

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

Studia **P**rawnoustrojowe

54

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY
Jarosław Dobkowski (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, 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 Turoślik

REDAKTORZY TEMATYCZNI TOMU
Piotr Krajewski, Adam Zienkiewicz, Stanisław Bułajewski, Mirosław Karpiuk

RECENZENCI
Lista recenzentów zamieszczona na końcu tomu

REDAKCJA WYDAWNICZA
Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE
Marian Rutkiewicz

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

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2021

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. 51,10; ark. druk. 43,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 573

Spis treści

ARTYKUŁY

Maciej Bendorf-Bundorf , <i>Otrzymywanie dotacji celowych przez fundacje i stowarzyszenia a status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych</i>	7
Marcin Berent, Waldemar Kurkowski , <i>Klauzula czynnego żalu i przerwanie solidarności sprawców przestępstwa korupcji wyborczej</i>	21
Radovan Blažek, Nina Tarabová , <i>Sexual abuse in comparison of canon law of Roman Catholic Church and national criminal law on the example of Slovakia</i>	35
Katarzyna Karolina Borkowska , <i>Namowa i pomoc do samobójstwa w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne</i>	53
Tomasz Brzezicki, Łukasz Przystupa , <i>Konsekwencje skierowania decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu do osoby zmarłej niebędącej inwestorem</i>	77
Natalia Daško , <i>Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 kwietnia 2021 r. w zakresie przestępstw związanych z terroryzmem. Uwagi na tle implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541</i>	91
Murman Gorgoshadze, Omar Phartenadze, Levan Djakeli , <i>О месте и роли теоретико-правовых (общеправовых) дисциплин в системе высшего юридического образования</i>	105
Magdalena Ickiewicz-Sawicka , <i>The phenomenon of human organ trafficking in light of the United Nations sustainable development agenda with special emphasis on cultural offences in Republic of Kosovo</i>	119
Adam Jakuszewicz , <i>The doctrine of the margin of appreciation as a tool of relativisation of freedom of religion. Some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights</i>	135
Emilia Jurgielewicz-Delegacz , <i>Bezpieczeństwo w ruchu drogowym w krajach członkowskich Unii Europejskiej</i>	149
Justyna Karaźniewicz , <i>Nowy środek zapobiegawczy w postępowaniu karnym (art. 276a Kodeksu postępowania karnego)</i>	169
Marcin Kazimierzczuk , <i>Wsparcie warsztatu pracy producenta rolnego, zapobiegające zniszczeniu potencjału produkcji w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020</i>	187
Adrianna Kimla , <i>Analiza ryzyka rozpadu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – casus Szkocji</i>	205
Szymon Kisiel , <i>Dyspozycja wkładem na wypadek śmierci, jak pośmiertna forma rozporządzenia majątkiem posiadacza rachunku bankowego. Aspekty cywilnoprawne i podatkowe</i>	217
Piotr Krajewski , <i>Interpretacyjne i prawne problemy definicji i statusu migrantów środowiskowych</i>	233

Emil Kruk , <i>The running of animal shelters by non-governmental organizations</i>	249
Maciej Kruś, Kamil Tychmanowicz , <i>Ramy prawne utraty statusu odpadów w Polsce</i>	259
Anna Kryniecka-Piotrak , <i>Prawo naturalne jako prawo kultury w ujęciu Gustawa Radbrucha</i>	273
Tomasz Kuczyński , <i>Charakter prawny i podstawy prawne funkcjonowania gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych</i>	287
Michał Kurowski , <i>Brak skargi uprawnionego oskarżyciela a konstrukcja konsumpcji skargi publicznej w zakresie postępowania przygotowawczego, którego uszczerbka odmówiono</i>	301
Grzegorz Łaszczyca , <i>Realność terminu załatwienia sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym</i>	313
Aneta Łyżwa , <i>Prawno-kryminologiczne rozważania na temat katastrof w ruchu drogowym</i>	333
Katarzyna Majchrzak , <i>Znęcanie się fizyczne lub psychiczne w świetle art. 207 Kodeksu karnego</i>	355
Katarzyna Małysa-Sulińska , <i>Kwalifikacja obiektu budowlanego jako wiata a reglamentacja jego budowy</i>	371
Nataliia Martsenko , <i>Influence of artificial intelligence on the legal system</i>	385
Piotr Misztal , <i>Zdalne posiedzenia aresztowe w trybie art. 250 § 3b–3h Kodeksu postępowania karnego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda</i>	405
Małgorzata Moras , <i>Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia</i>	423
Jerzy Nikolajew , <i>Dyskryminacja ze względu na bezwyznaniowość w pracy. Rozważania na kanwie orzeczeń sądowych zapadłych w sprawie dotyczącej G.J.</i>	439
Radosław Olszewski , <i>Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego w procesie karnym</i>	453
Paweł Polaczuk , <i>Głośnie dzwony kościelne jako szkodliwe oddziaływanie na środowisko w niemieckim porządku prawnym. Kilka uwag</i>	465
Artur Pohorilenko , <i>Укладення господарських договорів у сфері електронної комерції</i>	479
Mieczysław Różański , <i>Podstawy prawne nauczania religii w szkołach w okresie kształtowania się II Rzeczypospolitej</i>	497
Arkadiusz Sadza , <i>Immunitet materialny sędziego a środki oddziaływania wychowawczego</i>	511
Marcin Skinder , <i>Implementacja postanowień procesu bolońskiego w ustawach o szkolnictwie wyższym Polski, Łotwy, Francji, Rumunii, Grecji, Czech i Finlandii</i>	529
Agnieszka Skóra , <i>The language problem of minorities in a homogeneous state. Comments on the example of the legal status of the Silesian, Kashubian and Wymysorys languages in Poland</i>	551
Denis Solodov, Ewelina Lewandowska , <i>Zasadność sporu odnośnie nowej definicji zgwałcenia – uwagi na tle proponowanych zmian</i>	571
Ewa Suknarowska-Drzewiecka , <i>Obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania a obowiązki pracownika wobec pracodawcy w stosunku pracy</i>	583

Małgorzata Szalewska , <i>Postępowanie skargowe w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych</i>	597
---	-----

GŁOSY

Gabrielé van Blommestein , <i>Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2 czerwca 2017 r., sygn. akt I ACa 1413/16, dotycząca nieważności umowy spółki. Glosa częściowo aprobująca</i>	615
Łukasz Cora , <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 27 lutego 2020 r., sygn. akt V KK 80/19, dotycząca oddalenia wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie małoletniego</i>	625
Jarosław Kasiński , <i>Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 8 grudnia 2020 r., sygn. akt II KK 148/20, dotyczącego warunków istnienia wyroku wydanego na rozprawie</i>	635
Przemysław Kuczkowski, Piotr Pawłowski , <i>Glosa krytyczna do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt II GSK 1041/17</i>	643
Tomasz Majer , <i>Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 14 stycznia 2020 r., sygn. akt I SA/Ol 749/19</i>	655
Zbigniew Wardak , <i>Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 11 czerwca 2020 r., sygn. akt C-634/18</i>	669
Sławomir Zwolak , <i>Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 stycznia 2018 r., sygn. akt II OSK 1103/17</i>	679

Maciej Bendorf-Bundorf

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7475-4986

maciek.bendorf@gmail.com

Otrzymywanie dotacji celowych przez fundacje i stowarzyszenia a status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych

Wprowadzenie

Zagadnienie obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje lub stowarzyszenia, które realizują zadania publiczne, korzystając z systemu dotacji celowych, posiada bardzo duże znaczenie dla praktyki funkcjonowania takich podmiotów. Z uwagi na umiejscowienie fundacji i stowarzyszeń na płaszczyźnie społeczno-gospodarczej, takie jednostki często korzystają z tej formy finansowania swojej działalności, wykorzystując zbieżność celów działania i zakresu wykonywanych zadań z zakresem funkcjonowania podmiotów publicznych, w szczególności jednostek samorządu terytorialnego. Wynik analizy takich stanów faktycznych przez pryzmat obowiązku udzielania zamówień publicznych jako podmiot prawa publicznego wykazuje niewątpliwie istotne znaczenie dla licznej grupy fundacji i stowarzyszeń.

Przepisy określające zakres podmiotowy obowiązku przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych skonstruowane są w sposób, który ma na celu zapewnić szczelność systemu zamówień publicznych. Zakupy, które posiadają status publicznych, w szczególności z uwagi na dokonywanie ich z wykorzystaniem środków publicznych, powinny być oceniane w kategoriach zamówień publicznych i wiązać się z obowiązkiem przeprowadzenia określonej przepisami procedury wyboru wykonawcy. Takie *ratio legis* jest szczególnie widoczne w przypadku art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹, który zawiera definicję podmiotu prawa publicznego. Wskazane w przepisie przesłanki uzyskania statusu takiego podmiotu,

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129, dalej jako u.p.z.p.

w szczególności co do charakteru wykonywanej działalności, znajdują zastosowanie do fundacji i stowarzyszeń. Przepis wymaga przy tym, aby takie jednostki wykazywały odpowiedni stopień zależności od sektora publicznego, w szczególności o charakterze finansowym, przejawiającym się finansowaniem w ponad 50%.

Celem artykułu jest analiza dotacji celowej jako źródła finansowania działalności fundacji i stowarzyszeń z perspektywy przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Czy otrzymywane dotacje celowe, w sytuacji gdy stanowią one ponad 50% budżetu beneficjenta, należy oceniać w kategoriach finansowania działalności podmiotu, które implikuje stosunek zależności od sektora publicznego? Wysoką problematyczność zagadnienia kumulują wyrażone w tym zakresie poglądy przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych². Pojawiające się w opiniach UZP tezy odnośnie takich stanów faktycznych wraz popierającą je argumentacją, nie posiadają charakteru wykluczającego możliwość podjęcia polemiki oraz przedstawienia tez przeciwnych.

Dotacje celowe jako forma wsparcia fundacji i stowarzyszeń

Mechanizm przekazywania dotacji celowych na realizację zadania publicznego stanowi jedną z podstawowych form współpracy pomiędzy sektorem publicznym a organizacjami pozarządowymi, w szczególności fundacjami i stowarzyszeniami³. Zgodnie z art. 221 ustawy dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴, podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i nie działające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje celowe na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁵, a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie – na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z beneficjentem dotacji⁶.

² Dalej jako UZP.

³ Szerzej zob. A. Olejniczak, [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, Warszawa 2012, s. 183 i nast.

⁴ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 305.

⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1057.

⁶ A. Zalcewicz, [w:] H. Dzwonkowski, G. Golebiewski (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, Warszawa 2014, s. 580–581. Zob. również K. Sawicka, [w:] M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 577 i nast.; A. Ostrowska, *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018, s. 263 i nast.

Niezależnie od systemu dotacji realizowanego na podstawie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, fundacje i stowarzyszenia mogą otrzymywać dotacje celowe na podstawie innych przepisów, w szczególności: ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁷, ustawy o finansowaniu zadań oświatowych⁸, a także, stosowanych samodzielnie, przepisów ustawy o finansach publicznych⁹.

Przedmiotem finansowania poprzez dotację celową mogą być cele publiczne, które pozostają w związku z zadaniami danej jednostki samorządu terytorialnego¹⁰. Mogą to być zarówno zadania przypisane danej j.s.t. na mocy przepisów prawa, jak również zadania określone w programach przyjętych przez właściwy organ stanowiący¹¹. Z punktu widzenia fundacji i stowarzyszeń realizacja powierzonego zadania publicznego pozostaje w immanentnym związku z realizacją celu statutowego danej organizacji pozarządowej. Tym samym można przyjąć, że w sytuacji gdy realizowany cel publiczny pokrywa się z celem statutowym fundacji lub stowarzyszenia, otrzymywana dotacja celowa w sposób pośredni stanowi źródło finansowania działalności danego podmiotu, umożliwiając jego funkcjonowanie oraz realizację zadań, dla których został on utworzony. Zdaniem Marcina Miemca, dotacje celowe stanowią pomoc m.in. dla jednostek spoza sektora finansów publicznych, która przeznaczona jest na sfinansowanie lub dofinansowanie realizacji określonego celu publicznego¹².

Zasadne wydaje się wskazanie w tym miejscu, że zgodnie z badaniami statystycznymi przeprowadzonymi przez Stowarzyszenie Klon/Jawor, w ciągu ostatnich lat widoczny jest trend wzrostowy w zakresie wykorzystywania przez organizacje pozarządowe samorządowych źródeł finansowania ich działalności. W roku 2011 korzystanie ze źródeł samorządowych zadeklarowało 49% organizacji pozarządowych, w roku 2014 – 55%, natomiast w roku 2017 aż 61% organizacji¹³.

⁷ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1133. Zgodnie z art. 28 ustawy, klub sportowy, działający na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, niebędący w celu osiągnięcia zysku, może otrzymywać dotację celową z budżetu tej jednostki.

⁸ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2029.

⁹ W szczególności art. 151 ustawy o finansach publicznych, w myśl którego dysponent części budżetowej może zlecić organizacji pozarządowej realizację swoich zadań na podstawie zawartej z tą organizacją umowy, przyznając jednocześnie dotację celową na realizację tych zadań.

¹⁰ Dalej jako j.s.t.

¹¹ Zob. M. Paczocha, *Głosa do wyroku WSA z dnia 19 czerwca 2006 r. (I SA/Rz 400/06)*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1–2.

¹² W. Miemiec, [w:] W. Miemiec, K. Sawicka, M. Miemiec, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 142–143.

¹³ B. Charycka, M. Gumkowska, 2018. *Kondycja organizacji pozarządowych*, Warszawa 2019, s. 38.

Pojęcie podmiotu prawa publicznego w systemie zamówień publicznych

Przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego określa art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹⁴. Zgodnie z tym przepisem obowiązek przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych spoczywa na osobach prawnych, niezaliczanych do jednostek sektora finansów publicznych, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Uzyskanie statusu podmiotu prawa publicznego uzależnione jest jednak od wystąpienia określonego stosunku zależności takich podmiotów od jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub innych podmiotów prawa publicznego, które pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują je w ponad 50% lub
- posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Wprowadzenie pojęcia podmiotu prawa publicznego, jako kategorii jednostek zobowiązanych do dokonywania zakupów zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych, nastąpiło w ramach implementacji do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych¹⁵. Uzasadniona wydaje się zatem teza, że interpretacja znaczenia tego pojęcia oraz analiza poszczególnych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego powinna zostać dokonana w oparciu o dorobek orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁶ w tym zakresie.

¹⁴ Analogiczną regulację zawierał art. 3 ust. 1 pkt 3 wcześniej obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 288). Szerzej zob. Z. Czarnik, [w:] S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 70–72.

¹⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.) oraz 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.U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.). Szerzej nt. europejskich źródeł prawa zamówień publicznych zob. C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham 2012, s. 59 i nast.; por. również: J. Verdeaux, *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4, s. 721 i nast.; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

¹⁶ Dalej jako TSUE.

Mimo potencjalnej analogii pomiędzy art. 4 pkt 3 u.p.z.p. a obowiązującym na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych¹⁷ przepisem art. 4 ust. 1 pkt 6, który zobowiązywał do stosowania jej przepisów państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz jednostki zależne, które wykonywały zadania o charakterze użyteczności publicznej, prowadzona analiza powinna następować w oderwaniu od poglądów doktryny wypracowanych na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych. Wydaje się bowiem, że ustawodawca w sposób zamierzony zrezygnował z wykorzystanego w poprzedniej ustawie pojęcia „zadań o charakterze użyteczności publicznej”, wprowadzając w jego miejsce zaimplementowane z dyrektyw pojęcie „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”, nakierowując tym samym na wykładnię pojęcia podmiotu prawa publicznego występującą w ramach linii orzeczniczej TSUE¹⁸. Istotne przy tym jest, że sformułowane na podstawie orzecznictwa TSUE rozumienie podmiotu prawa publicznego pozostaje aktualne niezależnie od nowelizacji przepisów krajowych czy zmian w źródłach europejskiego prawa zamówień publicznych¹⁹. Zdaniem TSUE pojęcie podmiotu prawa publicznego stanowi autonomiczne pojęcie europejskiego porządku prawnego. W toku ustalania, czy konkretny podmiot wypełnia warunki objęcia obowiązkiem przestrzegania dyrektyw zamówieniowych, TSUE bierze co prawda pod uwagę krajowe normy prawa, jednak wyłącznie w celu stwierdzenia, czy spełnione są przesłanki przewidziane w dyrektywach²⁰.

Dotacje celowe jako źródło finansowania fundacji i stowarzyszeń w opiniach UZP

Zagadnienie źródeł finansowania organizacji pozarządowych, w tym w formie dotacji celowych, w kontekście obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, było przedmiotem szeregu opinii UZP. Zajmowane w tym zakresie stanowisko UZP z jednej strony należy uznać spójne, z drugiej jednak wydaje się powielać wcześniej postawione tezy, odnosząc się w poszczególnych dokumentach do uprzednio przedstawionych analiz i argumentacji. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich opinii w tym temacie jest orzeczenie TSUE w sprawie Cambridge²¹, które UZP poddał analizie, a następnie jej wynik przyjmował za wytyczną interpretacyjną przy wykładni zagadnień bar-

¹⁷ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1994 r., Nr 76, poz. 344 ze zm.).

¹⁸ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 54.

¹⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 38.

²⁰ Orzeczenie TSUE z 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00.

²¹ Orzeczenie TSUE z 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98.

dziej szczegółowych lub jedynie pośrednio związanych z przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie TSUE.

Odwołanie się do tez przedstawionych w danym wyroku występuje w szeregu opinii zamieszczonych na portalu UZP²², jednak wykorzystanie stanowiska TSUE bezpośrednio przy ocenie sytuacji prawnej fundacji i stowarzyszeń następuje w opinii *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3²³ oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*. W danej opinii UZP wskazuje, że pod pojęciem finansowania w ponad 50% należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co wiąże się z powstaniem stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania pomiędzy beneficjentem środków a podmiotem publicznym. Finansowanie, o którym mowa w ustawowej definicji podmiotu prawa publicznego, nie może być przy tym utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za określone świadczenie, do którego zobowiązuje się beneficjent, w szczególności na podstawie umowy o wykonanie zadania publicznego. W opinii wprost stwierdzono, że „nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu (fundacji, stowarzyszenia), gdy środki publiczne przekazywane są temu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50% wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a²⁴ ustawy Pzp”²⁵.

²² Por. w szczególności opinie prawne UZP: *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE, Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydające środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych oraz Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych*. Opinie prawne dostępne na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne> (data dostępu: 28.06.2021).

²³ Obecnie: art. 4 pkt 3 u.p.z.p.

²⁴ Obecnie w art. 4 pkt 3 lit. a u.p.z.p.

²⁵ *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5* – opinia prawna dostępna na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne> (data dostępu: 28.06.2021).

Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Orzeczenie „Cambridge”

Tak jak to zostało wskazane, przedstawione poglądy UZP oparte są na tezach wyrażonych w orzecznictwie TSUE, w szczególności w wyroku z 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98²⁶ tzw. sprawa Cambridge. Przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE była kwestia obowiązku udzielania zamówień publicznych przez brytyjskie uniwersytety, a konkretnie zagadnienia wypełnienia przez takie jednostki przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Przedstawiciele uczelni sprzeciwiali się bezwzględnemu traktowaniu uniwersytetów jako podmioty prawa publicznego i zobowiązaniu do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywach²⁷.

W sprawie jako bezsporne uznano spełnianie przez uniwersytety dwóch pierwszych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego, a mianowicie posiadanie przez jednostkę osobowości prawnej oraz ustanowienie w celu zaspokajania potrzeb w ogólnym interesie, które nie wykazują charakteru handlowego ani przemysłowego. Za równie oczywisty uznano brak spełnienia dwóch ostatnich warunków, dotyczących nadzoru nad zarządem oraz wyznaczenia przez podmioty publiczne większości członków organów administrujących, zarządzających lub nadzorczych. Sporną kwestię, o której wyjaśnienie zwrócono się do TSUE, stanowiła natomiast przesłanka odnosząca się do źródeł finansowania działalności danego podmiotu. Pierwsze z pytań, z którymi zwrócono się do TSUE, dotyczyło użytego w dyrektywach zwrotu „finansowane w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”. Wątpliwości dotyczyły tego, czy pojęcie to obejmuje takie źródła finansowania działalności uniwersytetów, jak:

- a) granty przeznaczone na finansowanie projektów naukowo-badawczych,
- b) środki uzyskane w ramach zapłaty za realizację zamówień publicznych w przedmiocie usług w postaci prac naukowo-badawczych, wykonywanych na rzecz konkretnych podmiotów publicznych,
- c) środki wypłacane za realizację innych zamówień, w przedmiocie takich usług jak organizacja konferencji lub doradztwo,
- d) przekazywane przez władze lokalne stypendia, z których pokrywano koszty czesnego określonych studentów²⁸.

²⁶ W cytowanej opinii brak jest bezpośredniego wskazania na to orzeczenie jako źródło stawianych tez, jednak w tekście znajduje się odesłanie do opinii *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, w której autor bezpośrednio powołuje się na dany wyrok TSUE.

²⁷ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006, s. 75–80.

²⁸ Ibidem, s. 75–80.

Ustosunkowując się do spornej kwestii, TSUE wskazał, że wszystkie kryteria określone w trzecim warunku definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach mają na celu odzwierciedlać stosunek bliskiej zależności danej jednostki od państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego. Podkreślił jednak, że nie wszystkie przypadki przekazywania środków przez wskazane kategorie podmiotów wywołują taki skutek; nie wszystkie stanowią tym samym finansowanie ze środków publicznych w rozumieniu przyjętym w dyrektywach. TSUE wyraźnie stwierdził, że pod pojęciem finansowania ze środków publicznych nie należy rozumieć w szczególności płatności, które stanowią zapłatę za wykonane usługi. Wnioskując *a contrario*, należałoby uznać, że wszystkie podmioty prywatne, które występują w roli wykonawców zamówień publicznych na rzecz publicznych zamawiających, są finansowane przez podmioty publiczne i spełniają kryterium zależności od państwa. Jednakże, zdaniem TSUE, w takich przypadkach nie dochodzi do powstania pomiędzy podmiotami wymaganego stosunku bliskiej zależności, podległości. W sytuacji bowiem wykonywania usług w oparciu o umowę dotyczącą konkretnych świadczeń mamy do czynienia ze świadczeniem cywilnoprawnym, którego istotę stanowi więź pomiędzy świadczeniami obu stron stosunku prawnego, oparta na zasadzie wzajemności (*do ut es*). Wykorzystując opisane kryterium rozróżniające, Trybunał uznał, że środki otrzymywane przez brytyjskie uniwersytety od podmiotów publicznych na zasadzie komercyjnej, w szczególności w ramach wynagrodzenia za usługi doradcze, organizację konferencji czy też prace naukowo-badawcze na rzecz publicznych zamawiających, nie stanowią finansowania ze środków publicznych w znaczeniu przyjętym w dyrektywach zamówieniowych. Argumentując tę tezę, wskazano, że podmiot publiczny, przekazując środki w takich stanach faktycznych, finansując wykonanie konkretnych usług, podejmuje działania we własnym interesie, na zasadach działalności komercyjnej. Do odmiennych wniosków należy jednak dojść, analizując formy finansowania uniwersytetów, określone w punktach a) oraz d) pytania skierowanego do TSUE. Mianowicie: zdaniem TSUE granty na sfinansowanie realizacji projektów naukowo-badawczych oraz stypendia przeznaczone na sfinansowanie czesnego określonych studentów posiadają charakter płatności, których celem jest wsparcie jednostki jako całości. Przy takich przejawach przekazywania środków, w katalogu motywów dokonania płatności, nie jesteśmy bowiem w stanie zamieścić interesu ekonomicznego podmiotu finansującego. Takie formy wspierania podmiotów prywatnych posiadają, w opinii TSUE, cechy „finansowania przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”, mogą tym samym stanowić podstawę do uznania beneficjenta środków za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych²⁹.

²⁹ Ibidem.

Orzeczenie C-337/06

Analiza omawianego problemu powinna również uwzględnić tezy postawione przez TSUE w wyroku w sprawie C-337/06³⁰. We wskazanym orzeczeniu kwestia sporna również dotyczyła wykładni pojęcia „finansowania w ponad 50% przez podmioty publiczne” i dokonywanej na tej podstawie kwalifikacji jednostki jako podmiotu prawa publicznego. Ocena przesłanek powstania obowiązku udzielania zamówień publicznych prowadzona była w stosunku do publicznych nadawców w sferze radiofonii i telewizji, funkcjonujących na terytorium Niemiec³¹.

Zgodnie z regulacjami niemieckiego porządku prawnego, wskazani nadawcy są instytucjami prawa publicznego, którym powierzono realizację zadań leżących w interesie publicznym, przy czym cechuje ich niezależność od władz państwowych, samodzielnie sprawują kierownictwo nad swoją administracją oraz są zorganizowani w sposób wyłączający jakikolwiek wpływ władz publicznych. Zgodnie natomiast z orzecznictwem niemieckich sądów najwyższych nadawcy ci nie stanowią części organizacji państwa. Z kolei w zakresie źródeł finansowania działalności takich podmiotów obowiązuje zasada finansowania z opłat abonamentowych uiszczanych przez obywateli, którzy posiadają odpowiednie odbiorniki (przy czym wpływy z tego źródła stanowiły większość źródeł dochodów analizowanych jednostek). Sedno sporu dotyczyło ustalenie, czy taka forma finansowania, przy której środki nie pochodzą bezpośrednio od państwa, lecz od odbiorców usług, objęta jest zakresem pojęcia „finansowania w ponad 50%” przez określone podmioty w rozumieniu definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach. Z uwagi na to, że nie jest to zagadnienie bezpośrednio związane z omawianym tematem, można wprost wskazać, że TSUE uznał taką formę finansowania za kwalifikującą wskazanych nadawców jako podmioty podlegające przepisom dyrektyw. Istotne jednak są tezy postawione przez TSUE w uzasadnieniu swojego stanowiska. Mogą one stanowić wartościowe źródło wiedzy odnośnie analizowanych przypadków zlecania realizacji zadań publicznych i związanych z tym dotacji celowych. Stan faktyczny orzeczenia, w szczególności cechy i status prawny niemieckich nadawców, wykazuje bowiem na liczne cechy wspólne z omawianymi formami dotowania zadań fundacji i stowarzyszeń.

Przed wszystkim należy podkreślić, że wskazani nadawcy funkcjonują jako podmioty wyłączone ze struktur państwowych w sposób całkowicie autonomiczny, wyłączający państwową ingerencję w sposób wykonywania oraz kierunki ich działalności. Jedynym elementem przybliżającym ich do sektora publicznego jest realizacja zadań w sferze publicznej oraz otrzymywanie środ-

³⁰ Orzeczenie TSUE z 17 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06.

³¹ I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 66.

ków finansowych z publicznego źródła na pokrycie kosztów ich działalności. Zgodnie z poglądem TSUE wyrażonym w pkt. 31 wyroku, mimo że niemiecki system finansowania nadawców publicznych wyklucza co do zasady wywieranie na nadawców jakiegokolwiek wpływu politycznego ze strony organów państwowych, okoliczność ta nie jest wystarczająca, aby niniejszą sprawę rozpatrywać wyłącznie z takiego punktu widzenia, że z definicji brak jest możliwości wywierania określonego wpływu przez państwo. Dla celów jednolitej wykładni i stosowania prawa unijnego oraz realizacji celów prawa pierwotnego należy bowiem mieć na uwadze również inne aspekty, takie jak swobody przepływu poszczególnych czynników produkcji oraz otwarcie rynków krajowych na konkurencję w skali ogólnoeuropejskiej. W odpowiedzi na pytanie, czy przesłanka „finansowania przez podmioty publiczne” jest spełniona wyłącznie w przypadkach bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych przez beneficjenta środków, TSUE stwierdził, że na podstawie brzmienia omawianego przepisu bezpośrednia ingerencja państwa lub innego podmiotu publicznego w proces udzielania zamówień publicznych nie stanowi warunku *sine qua non* spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo”³². TSUE wskazał, że celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych wykonawców przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować przy dokonywaniu zakupów innymi kryteriami niż czysto gospodarcze³³. W świetle wskazanych celów dyrektyw zamówieniowych³⁴, zarówno przesłanka „finansowania ze strony podmiotów publicznych”, jak i całe pojęcie podmiotu prawa publicznego, powinno – zdaniem TSUE – podlegać funkcjonalnej interpretacji³⁵.

Szczególnie istotny pogląd TSUE, mogący stanowić podsumowanie całej przedstawionej linii argumentacyjnej, zawarty został w pkt. 59 orzeczenia. Trybunał stwierdził bowiem, iż w rozstrzyganej sprawie nie występuje skonkretyzowane świadczenie wzajemne na rzecz państwa, a przekazywanie środków na rzecz nadawców ma na celu wyrównanie ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej państwa. W tych okolicznościach nadawcy, których dotyczy postępowanie, nie różnią się od innych służb pu-

³² Zob. pkt 52 wyroku. Podobnie TSUE argumentował w wyroku z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, pkt 44 i 47.

³³ Szerzej nt. efektywności zamówień publicznych zob. M. Milosavljevis, M. Dobrota, N. Milanovi, *A New Approach to the Evaluation of Public Procurement Efficiency among European Countries*, „European Review” 2018, nr 2, s. 246–259.

³⁴ Szerzej zob. M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum Studia Ekonomiczne” 2019, nr 3, s. 151–163.

³⁵ Pkt 37 i 40 wyroku.

blicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym.

Dotacje celowe na zadania publiczne w świetle poglądów TSUE

W oparciu o przedstawione tezy Trybunału należy zadać pytanie, czy – analogicznie jak niemieccy nadawcy – fundacje lub stowarzyszenia otrzymujące dotację na realizację zadania publicznego nie powinny być traktowane jak „usługi publiczne, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym”?

W opiniach UZP znajdują się wnioski, że nie dochodzi do spełnienia przesłanki finansowania w przewidzianej części w rozumieniu art. 4 pkt 3 lit a u.p.z.p., w sytuacji gdy środki przekazywane są w ramach stosunku umownego w zamian za konkretne świadczenia na rzecz podmiotów publicznych. Należy jednak pamiętać o wytycznej TSUE, zgodnie z którą pojęcie podmiotu prawa publicznego powinno podlegać funkcjonalnej interpretacji. Co za tym idzie: wydaje się, że charakter stosunku prawnego, na mocy którego następuje przekazanie środków, nie powinien stanowić podstawy do arbitralnego wyłączenia obowiązku przestrzegania prawa zamówień publicznych w stosunku do ich beneficjenta.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jedną z zalet dotacji celowych jest wyposażenie podmiotu przekazującego dotację w możliwość sprawowania kontroli nad sposobem jej wykorzystania. Oznacza to, że przekazane środki wykorzystane mogą być wyłącznie na zadanie, które dotujący rzeczywiście chce wspierać, przy czym nieosiągnięcie celu i niewykonanie zadania może stanowić podstawę do żądania zwrotu całości lub części przekazanej dotacji³⁶.

Według badań statystycznych przeprowadzonych przez Stowarzyszenie Klon/Jawor, aż 4% fundacji i stowarzyszeń wykazuje środki pochodzące ze źródeł samorządowych jako jedyne źródło finansowania ich działalności, natomiast aż 29% wskazuje to źródło jako dominujące³⁷. Czy zatem podmiot, który jest finansowany w 100% przez podmioty publiczne, nie powinien być uznany za zależny od sektora publicznego i tym samym wyposażony w status podmiotu prawa publicznego na podstawie art. 4 pkt 3 u.p.z.p.? Czy argument umowy, jako podstawy prawnej przekazania środków, uzasadnia wyłączenie obowiązku udzielania zamówień publicznych w przypadku tak oczywistych stosunków zależności finansowej? Stosując wskazaną przez TSUE wytyczną interpretacyjną, a więc wykładnię funkcjonalną, trudno jest ocenić taki stan

³⁶ W. Misiąg, [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 450.

³⁷ J. Przewłocka, P. Adamiak, J. Herbst, *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Warszawa 2013, s. 110.

faktyczny inaczej niż w sposób stwierdzający wystąpienie w nich obowiązku przestrzegania Prawa zamówień publicznych przez beneficjenta środków.

Zakończenie

Postulat zapewnienia szczelności systemu zamówień publicznych pozostaje w bezpośrednim związku z przesłankami powstania obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez fundacje i stowarzyszenia. Z uwagi na tożsamość w zakresie celów oraz zadań realizowanych przez sektor publiczny i pozarządowy, wraz z ugruntowanymi w przepisach prawa podstawami wzajemnej współpracy, istnieje prawdopodobieństwo wykorzystywania fundacji lub stowarzyszeń do realizacji zadań właściwych dla państwa czy jednostek samorządu terytorialnego³⁸. Z uwagi na brak jednoznacznych przepisów określających obowiązek stosowania u.p.z.p. po stronie fundacji i stowarzyszeń istnieje ryzyko omijania tego obowiązku przez przedstawicieli sektora publicznego. Bowiem w przypadku bowiem wykonywania określonych zadań bezpośrednio przez organy państwowe i samorządowe, wszelkie zakupy dokonywane w związku z ich realizacją posiadają status zamówień publicznych. Wykorzystanie natomiast pośrednictwa fundacji lub stowarzyszeń, w formie przekazania zadania publicznego wraz z dotacją celową, skutkuje stanem, w którym zakupy funkcjonalnie posiadające status zamówień publicznych dokonywane mogą być z wyłączeniem właściwych dla nich procedur.

Dokonując oceny dotacji celowych z uwzględnieniem wytycznej interpretacyjnej wskazanej przez TSUE – wykładni funkcjonalnej, uzasadniona wydaje się teza, że takie czynniki, jak realizacja zadań w interesie publicznym, powiązana z określonym stosunkiem zależności od sektora publicznego, w szczególności o charakterze finansowym, posiadają charakter aktywizacyjny w odniesieniu do obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia oraz uzyskania przez nie statusu podmiotu prawa publicznego.

Wykaz literatury

- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Barański R., Olejniczak A., *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

³⁸ Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 235 i nast.

- Bendorf-Bundorf M., *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2018.
- Bovis C.H., *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Charycka B., Gumkowska M., 2018. *Kondycja organizacji pozarządowych*, Stowarzyszenie Klon/Jawor, Warszawa 2019.
- Dzwonkowski H., Gołębiowski G. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawnofinansowy*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2014.
- Karlikowska M., Miemiec W., Ofiarski Z., Sawicka K., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Presscom, Warszawa 2010.
- Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, UZP, Warszawa 2006.
- Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Milosavljević M., Dobrota M., Milanović N., *A New Approach to the Evaluation of Public Procurement Efficiency among European Countries*, „European Review” 2018, nr 2.
- Misiąg W. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Opinia prawna UZP *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydające środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Ostrowska A., *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Paczocho M., *Glosa do wyroku WSA z dnia 19 czerwca 2006 r. (I SA/Rz 400/06)*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1–2.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Przewłocka J., Adamiak P., Herbst J., *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Stowarzyszenie Klon/Jawor, Warszawa 2013.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Verdeaux J., *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4.
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum Studia Ekonomiczne” 2019, nr 3.

Summary

Receiving targeted subsidies by foundations and associations as a condition for obtaining the status of a body governed by public law in the meaning of the Act – Public Procurement Law

Keywords: public procurement, foundation, associations, body governed by public law, targeted subsidies.

This contribution aims to answer the question of whether targeted subsidies received by a foundation or association should be considered as a condition for obtaining the status of a body governed by public law in the meaning of public procurement law. The manifestations of correlation between foundations and associations and the public sector are not a neutral state from the point of view of the obligation of public procurement. The appropriate procedures when making public purchases are often associated with the expenditure of public funds, particularly in terms of the implementation of tasks by the representatives of the public sector. It should however be noted that the functional analysis of the obligation for public procurement leads to the conclusion that its scope goes beyond the activities of state and local authorities. The system of socioeconomic relationships occurring in the modern democratic states tends to blur the boundaries between the public and non-governmental sector, which creates the need for a similar evaluation of the two categories of entities from the point of view of their impact on the public interest.

Marcin Berent

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0001-7287-2148

marcinberent@umk.pl

Waldemar Kurkowski

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0001-7003-9806

502505@doktorant.umk.pl

Klauzula czynnego żalu i przerwanie solidarności sprawców przestępstwa korupcji wyborczej

Wprowadzenie

W ogólnej liczbie przestępstw stwierdzanych każdego roku w Polsce i ujawnianych w oficjalnych statystykach kryminalnych udział procentowy przestępczości wyborczej jawi się jako zupełnie marginalny, wręcz symboliczny. Ograniczone ujęcie ilościowe przestępczości wyborczej jest nie tylko niewspółmierne do zainteresowania doktrynalnego w tym względzie, lecz nie koresponduje też z jej ujęciem jakościowym, wszak przepisy prawa karnego chronią dobra prawne o fundamentalnym znaczeniu dla instytucjonalnych zrębów demokratycznego państwa prawa. To stwierdzenie nie uprawnia jednak do kwestionowania pól kryminalizacyjnych wykreślanych zarówno przez przepisy Kodeksu karnego¹, a obecnie także Kodeksu wyborczego², w których odpowiednie normy sankcjonowane znalazły należne im miejsce. Przestępczość wyborcza jest zatem stałym elementem obrazu kryminologicznego w Polsce, choć pozostaje wyjątkowa nie tylko z uwagi na niewielką swą liczbę. Tak zdiagnozowana charakterystyka przestępczości wyborczej objawia się również sezonowym jej charakterem, gdzie wyraźnie widać, że wzrostowi wskaźników w tym względzie towarzyszy okres wyborczy i referendalny. Znamienna jest

¹ Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.

² Dz.U. z 2001 r., Nr 21, poz. 112 ze zm.

także struktura orzekanych kar, która zasadniczo nie jest koherentna ze zgeneralizowanymi trendami w polityce kryminalnej³.

Przestępstwem szczególnym w obszarze tzw. przestępczości wyborczej (przestępstw przeciwko wyborom i referendum) jest korupcja wyborcza, skryminalizowana w art. 250a § 1 k.k., a w sensie instytucjonalnym pośród niej – klauzula czynnego żalu i przerwanie solidarności jej sprawców, określona w § 4 tegoż artykułu. To właśnie tym zagadnieniom, tj. klauzuli czynnego żalu i przerwaniu solidarności sprawców przestępstwa korupcji wyborczej, poświęcony został tekst niniejszy, merytorycznie zogniskowany w instytucji takiego żalu afiliowanego przy korupcji wyborczej, zwłaszcza formalnoprawnym warunkom decydującym o jego relewancji i karnoprawnych konsekwencjach⁴. Uściślając, celem badawczym tego opracowania jest przedstawienie teoretycznych i dogmatycznych podstaw tak pojmowanego czynnego żalu, określonego przez ustawodawcę w art. 250a § 1 k.k. oraz zaprezentowanie wyników badań empirycznych nad praktycznym wymiarem przestępstwa korupcji wyborczej. Dla osiągnięcia opisanego celu w artykule przyjęto perspektywę badania obowiązującego stanu prawnego (bez ujęcia retrospektywnego) i aktualnego stanu wiedzy w temacie (w zakresie części teoretycznej i dogmatycznej omawianych problemów) oraz perspektywę orzeczniczą (w zakresie części empirycznej tekstu). Tak sformułowany cel badawczy zdeterminował wybór metod badawczych – wiodącymi są: analiza dogmatyczna (metoda formalno-dogmatyczna) z elementami metody systemowej oraz analiza danych statystycznych. W tekście wykorzystano też metodę analizy logicznej i pojęciowej instytucji prawnej – dla zbadania istoty czynnego żalu afiliowanego przy przestępstwie korupcji wyborczej oraz metodę aksjologiczną (z uwzględnieniem eksplanacji teleologicznej) – dla zbadania karygodności korupcji wyborczej i kryminalnopolitycznego sensu czynnego żalu. Jak zostało zasygnalizowane, w niniejszym tekście autorzy chcą nie ograniczać się wyłącznie do prostych schematów deskryptywnych, sprowadzonych do opisów dogmatycznych tytułowego typu czynu zabronionego, lecz swą ambicję chcieliby urzeczywistnić poprzez próbę prezentacji zarysu badań i analiz własnych, opartych o dane statystyczne uzyskane z Wydziału Statystycznej Informacji Zarządczej Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości.

³ Tak: M. Berent, *Ogólna charakterystyka przestępczości wyborczej w Polsce*, abstrakt referatu przygotowanego na Międzynarodową Interdyscyplinarną Konferencję Naukową „Wyzwania współczesnego prawa wyborczego – edycja IV”, która odbyła się na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu 16 października 2016 r., niepublikowany.

⁴ O tzw. przestępstwach wyborczych zob. szerzej zwłaszcza: D. Wąsik, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum – aspekty karnomaterialne, procesowe i kryminologiczne*, Olsztyn 2012, passim.

Dogmatyczna, aksjologiczna i politycznokryminalna istota czynnego żalu w prawie karnym

Sprawca objawiający czynny żal porzuca swój zamiar przestępczy i przestaje chcieć, aby się dokonało, albo pragnie odwrócenia skutków swego kryminalnego zachowania. To, w jaki sposób winien być objawiony karnoprawnie relewantny czynny żal, zależy od czynników dwojakiego rodzaju. Pomijając w tym miejscu wywody w zakresie typologii przestępstwa korupcji wyborczej⁵, należy jednak wskazać, że czynny żal afiliowany przy konkretnym typie czynu zabronionego, inaczej niż ogólne jego przesłanki obowiązujące przy abstrakcyjnie pojmowanym usiłowaniu na zasadzie art. 15 k.k., każdorazowo wymaga ściśle określonego przez ów typ czynu zachowania. Istotą czynnego żalu jest jednak zawsze modyfikacja odpowiedzialności karnej, pozwalająca organowi stosującemu prawo na jej redukcję, sięgającą aż po odstępianie od wymierzenia kary. W odbiorze społecznym konsekwencje czynnego żalu jawić mogą się jako niezrozumiałe, wszak sprawca zaatakował normę sankcjonowaną tkwiącą u podstaw danego typu czynu zabronionego. *Ratio legis* czynnego żalu, w przypadku korupcji wyborczej, określonego na warunkach art. 250a § 4 k.k., wyrasta jednak z przesłanek politycznokryminalnych⁶ i ogólnej aksjologii prawa karnego, obliczonej na ochronę dóbr prawnych. Zaiste bowiem dla ustawodawcy znaczenie nadrzędne ma właśnie ochrona dóbr prawnych przed ich naruszeniem. Nawet więc jeśli sprawca z obranej drogi przestępstwa miałby zawrócić w ostatniej chwili, nadal godzien jest premii. Funkcja ochronna prawa karnego, zwłaszcza w relacji do prawa wyborczego, zdaje się mieć bowiem znaczenie nadrzędne, nawet kosztem, choć bez popadania w nadmierną przesadę, funkcji sprawiedliwościowej. Postulaty skreślenia zatem instytucji czynnego żalu, albo choćby ograniczenia jej zasięgu, wydają się politycznokryminalnie chybione, chyba że zostałyby wykazane, iż jego istnienie w ustawie karnej nie stanowi zachęty do przerwania solidarności sprawców przestępstwa korupcji, tego jednak do tej pory, przynajmniej niezbicie, nie dowiedziono⁷.

⁵ Zob. np. L. Tyszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1429.

⁶ M. Berent, *Problem wymiaru kary przy usiłowaniu nieudolnym. Rozważania na płaszczyźnie lex lata i lex ferenda*, [w:] D. Gil (red.), *Współczesne problemy wymiaru sprawiedliwości*, Lublin 2012, s. 165.

⁷ Por. M. Berent, *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym*, Toruń 2018, s. 374–375, praca doktorska (niepublikowana). Inną sprawą, rzecz jasna, jest dyskurs, czy beneficja tkwiąca u podstaw modyfikacji odpowiedzialności karnej na zasadzie art. 250a § 4 k.k. są wystarczające dla zawrócenia sprawcy z drogi przestępstwa – uwagi na ten temat zob. L. Tyszkiewicz, *O sposobach przeciwdziałania solidarności między biorącym i dającym łapówkę w obronie przed odpowiedzialnością karną*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12.

Przesłanki czynnego żalu przy przestępstwie korupcji wyborczej

Polski ustawodawca, określając przesłanki normatywne służące przerwaniu solidarności sprawców przestępstw korupcyjnych, w przypadku podjęcia współpracy z organami ścigania, wprowadził wyjątek w odniesieniu do przestępstwa korupcji wyborczej i referendalnej, ustanowiony w art. 250a § 4 k.k. W zakresie konsekwencji prawnych skutkiem tego wyjątku jest złagodzenie odpowiedzialności karnej informatora, będącego sprawcą tzw. biernej strony korupcji. Ważne jest bowiem, że w obrazie kryminologicznym przestępstwa korupcji wyborczej i referendalnej to przyjmujący łapówkę, jako głosujący, jest lepszym „gwarantem” ujawnienia inkryminowanego czynu⁸. W sensie politycznokryminalnym czyn takiego „gwaranta” wykazuje mniejszą społeczną szkodliwość niż zachowanie osoby udzielającej bezprawnej korzyści, która zazwyczaj korumpuje więcej głosujących⁹.

Określenie, że beneficjentem współpracy z organami ścigania nie będzie dający łapówkę, jak w przypadku innych przepisów ujętych w Kodeks karnym, lecz przyjmujący łapówkę, zatem zmodyfikowanie odpowiedzialności karnej w obrębie sprzedajności wyborczej, zamiast w obrębie przekupstwa wyborczego, miało znaczenie dla ukształtowania przepisu art. 250a § 4 k.k., w tym dla uregulowania kryteriów decydujących o złagodzeniu odpowiedzialności karnej sprawcy denuncjującego. Ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie możliwości rozciągnięcia dobrodziejstwa z art. 250a § 4 k.k. wyłącznie do sytuacji, w której nastąpiło przyjęcie łapówki. Zamiast tego wskazał, że objęty redukcją odpowiedzialności karnej będzie sam głosujący, który przyjął łapówkę albo żądał jej w zamian za określone głosowanie. W taki oto sposób beneficjentem instrumentu z art. 250a § 4 k.k. stał się sprawca sprzedajności wyborczej typu podstawowego oraz typu uprzywilejowanego ze względu na przypadek mniejszej wagi¹⁰.

Przyjęcie łapówki oparte jest o konstrukcję swoistego współsprawstwa koniecznego, gdzie akt korupcji jest dwustronny – do zrealizowania znamion typu czynu zabronionego niezbędne jest przyjęcie łapówki przez jedną ze stron i jej udzielenie przez drugą ze stron. W przypadku żądania łapówki korupcja może wyczerpać się w akcie jednostronnym, bowiem ten, od kogo się żąda, łapówki mógł nie udzielić, nie dając okazji do jej przyjęcia i nie popełniając tym samym przestępstwa. Trudno jednoznacznie oceniać ukształtowanie prze-

⁸ Zob. R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji wyborczej (art. 250a K.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 79. Por. M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Kraków 2006, s. 1125.

⁹ Tak: L. Tyszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wyborom...*, s. 1430.

¹⁰ Zob. P. Bachmat, *Zozerwanie solidarności sprawców korupcji wyborczej i referendalnej*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12, s. 120.

pisu w tym zakresie, gdyż przestępstwo sprzedajności wyborczej zostaje popełnione z chwilą żądania łapówki. Między sprawcami nie ma jednak solidarności, która zawiązuje się dopiero we wspólnocie kryminalnej (zatem w przypadku korupcji dwustronnej). Wspólnota taka wyrasta z jedności celów, bowiem tylko sprawcy działający solidarnie są jednakowo zainteresowani uniknięciem odpowiedzialności karnej, ewentualnie utrzymaniem się w posiadaniu wręczonych i przyjętych korzyści w zamian za określone zachowanie. Tylko w takim wypadku powstaje problem rozbicia solidarności uczestników przestępstwa korupcyjnego, który w innej sytuacji się w ogóle nie konstytuuje¹¹. Pomijając kwestię ewentualnej rekonstrukcji odpowiedzialności karnej na zasadzie usiłowania nieudolnego, przepis art. 250a § 4 k.k. pozwala premiować żądanie łapówki, nawet w wypadku korupcji jednostronnej. Jest to następstwo pominięcia w treści przepisu wymogu przyjęcia łapówki dla zaktualizowania się odpowiedzialności karnej. Ten, kto – będąc uprawnionym do głosowania – inicjuje akt korupcyjny, może, z powołaniem na art. 250a § 4 k.k., liczyć na redukcję odpowiedzialności karnej za żądanie korzyści w zamian za głosowanie w określony sposób, choćby korzyści tej nie otrzymał ze względu na niepodjęcie współdziałania przez drugą stronę. Przyjmując założenie o racjonalności sprawcy, należy zgodzić się z Pawłem Bachmatem, że jeśli sprawca nabierze przekonania, iż istnieje realna perspektywa na złożenie organom ścigania zawiadomienia o próbie żądania łapówki, to wówczas najrozsądniejszym będzie jego uprzedzenie i dokonanie samodenuncjacji. W ten sposób sprawca nadal mógłby liczyć na złagodzenie odpowiedzialności karnej. To rozwiązanie politycznokryminalnie chybione, bo przecież nie o to chyba chodziło ustawodawcy. Taki jednak wniosek jest uprawniony i – wobec jasnego brzmienia przepisu z art. 250a § 4 k.k. – konieczny¹².

Jeszcze innym problemem jest to, że art. 250a § 4 k.k. w ogóle nie obejmuje przypadków, gdy głosujący przyjmie obietnicę łapówki w zamian za głosowanie w określony sposób. Jest to jednak oczywiste następstwo ograniczenia pola kryminalizacyjnego korupcji wyborczej i referendalnej wyłącznie do dwóch środków łapownictwa, a to: korzyść osobista i majątkowa, zatem bez obietnicy korzyści majątkowej i obietnicy korzyści osobistej, które w ten sposób znalazły się poza tym polem kryminalizacyjnym. W piśmiennictwie wskazuje się, że wyrugowanie z zakresu odpowiedzialności karnej takich zachowań przynależy do charakterystyki współczesnej kampanii wyborczej, w której obietnice korzyści nazywane są obietnicami wyborczymi. Obietnice takie, pozostając poza zakresem kryminalizacji, wskutek świadomej decyzji ustawodawcy, mają na celu przyciągnięcie potencjalnych wyborców i skłonienie ich do głosowania

¹¹ Ibidem, s. 120–121. Por. idem, *Uregulowania służące rozerwaniu solidarności uczestników koniecznych przestępstw korupcyjnych na przykładzie przepisów art. 229 § 6, art. 230a § 2, art. 296a § 5, art. 296b § 4 K.k.*, „Prawo w Działaniu” 2010, nr 8, s. 143–157.

¹² Idem, *Rozerwanie solidarności...*, s. 121.

w określony sposób. To jednak, jak zostało napisane, nie przestępstwo, lecz dyskusyjna i nieoczywista cecha współczesnej demokracji¹³.

Czynny żal a zakres denuncjacji przy przestępstwie korupcji wyborczej

Wyznaczając zakres denuncjacji i przyjmując za punkt wyjścia rezultaty wykładni językowej, należy stwierdzić, zgodnie z literalnym brzmieniem artykułu 250a § 4 k.k., że sprawca, pragnący skorzystać z karnoprawnie relewantnego czynnego żalu określonego w tymże artykule, zawiadamiając organ powołany do ścigania przestępstw o fakcie jego popełnienia i okolicznościach jego popełnienia, winien zawiadomić li tylko o ustawowo określonych „okolicznościach”, nie natomiast „wszystkich istotnych okolicznościach” popełnienia przestępstwa, jak ma to miejsce zazwyczaj w innych wypadkach ustawowo określonych. Słusznie podniesiono jednak w piśmiennictwie, że ustawodawcy polskiemu zabrakło konsekwencji przy określaniu zasięgu obowiązku informacyjnego sprawcy denuncjującego. Konfrontując zakres artykułu 250a § 4 k.k. z innymi jego odpowiednikami określonymi w ustawie karnej (zob. np. 229 § 6 k.k., 230a § 3 k.k., 296a § 5 k.k.), okazuje się, że wymogi normatywne stawiane przez tenże artykuł wobec sprawcy denuncjującego są najmniejsze. Trudno jednoznacznie rozstrzygnąć, jakie może mieć to znaczenie dla wiarygodności wiedzy przekazywanej przez denuncjatora organom ścigania. Nie ma jednak wątpliwości, że reguły zawarte w 250a § 4 k.k. jakości tej nie służą, albowiem ustawodawca nie sformułował żądania, aby sprawca objawiający czynny żal ujawnił w swoim zawiadomieniu „wszystkie istotne okoliczności” popełnienia przestępstwa. To w prostej konsekwencji prowadzi do polityczno-kryminalnej dysfunkcji, gdyż konsumentem beneficjum określonego w art. 250a § 4 k.k. może stać się osoba, która ujawnia jakiegokolwiek okoliczności popełnienia przestępstwa, choćby nie były to „wszystkie istotne okoliczności” popełnienia przestępstwa, a nawet okoliczności „istotne”. Bez popadania w nadmierne uproszczenia i zbędny absurd można stwierdzić, że odpowiedzialność karna sprawcy żalującego mogłaby zostać zredukowana nawet wówczas, gdyby sprawca ten przekazał organom ścigania informacje o zupełnie podstawowym znaczeniu albo wręcz bez jakiegokolwiek znaczenia. Nie mają w tym miejscu znaczenia wywody doktrynalne w odniesieniu do okoliczności „istotnych” ani też interpretacje sądowe w tym zakresie, albowiem ustawodawca w treści artykułu 250a § 4 k.k. owej istotności nie żąda. Prawdziwa jest zatem teza, że trudne, o ile w ogóle możliwe, jest racjonalne objaśnienie powodów zmniejszenia zakresu obowiązków denuncjatora wyłącznie do zawiadomienia o „oko-

¹³ Ibidem, s. 123.

licznościach” ujawnionego przestępstwa. To z kolei stawiać może pod znakiem zapytania politycznokryminalny sens uregulowania z art. 250a § 4 k.k. i jego przydatność do walki z korupcją wyborczą. W skrajnych bowiem sytuacjach informatorzy ujawniać mogą informacje niemające żadnego znaczenia procesowego, dokonując tym samym ich selekcji wedle własnego upodobania. Formalnoprawnie będą oni mieli rację, albowiem ich relacje składane przed organem powołanym do ścigania przestępstw będą zawierały „okoliczności”, choćby nie były to „okoliczności istotne” ani „wszystkie istotne”¹⁴.

Granice temporalne objawienia karnoprawnie relewantnego czynnego żalu przy przestępstwie korupcji wyborczej

Możliwość objawienia karnoprawnie relewantnego czynnego żalu jest ograniczona w czasie. Zastosowanie instytucji czynnego żalu, opisanego w art. 250a § 4 k.k., uwarunkowane jest dwiema przesłankami. Po pierwsze, sprawca musi zawiadomić organ powołany do ścigania przestępstw o popełnionym przestępstwie i okolicznościach jego popełnienia. Po drugie, zawiadomienie o popełnionym przestępstwie musi zostać złożone, zanim organ powołany do ścigania przestępstw dowiedział się o tym przestępstwie i okolicznościach jego popełnienia. Dla czynnego żalu afiliowanego przy przestępstwie korupcji wyborczej, podobnie jak dla czynnego żalu w polskim prawie karnym w ogóle, zupełnie bez znaczenia pozostają powody, dla których sprawca czynnie żałujący przestaje chcieć, aby się dokonało, albo pragnie odwrócić następstwa swego bezprawnego procederu. Oznacza to, że będzie mógł się powoływać na karnoprawnie relewantny czynny żal każdy, kto spełnia obiektywne jego kryteria, niezależnie od celu, motywu czy pobudki tkwiącej u podstaw porzucenia przez niego przestępczego zamiaru. Istotne jest tylko to, aby sprawca dostarczył organowi powołanemu do ścigania przestępstw wiedzy o przestępstwie popełnionym i okolicznościach jego popełnienia, które organowi temu nie były wcześniej znane. Zawiadomienie musi zostać złożone do momentu, zanim organ powołany do ścigania przestępstw w trybie procesowym nie dowie się o fakcie popełnienia przestępstwa oraz okolicznościach jego popełnienia. W razie spełnienia takich przesłanek zaktualizuje się ustawowy wariant odstąpienia od wymierzenia kary. Zgodnie bowiem z art. 61 § 1 k.k. sąd może odstąpić od wymierzenia kary w wypadkach przewidzianych w ustawie. Z treści art. 250a

¹⁴ Ibidem, s. 124–125 i wskazane tam piśmiennictwo: P. Gensikowski, *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 201; Z. Cwiakalski, *Komentarz do art. 60*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, Kraków 2004, s. 914, 916, 922, 926–927; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie profesjonalnym (art. 296b K.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2, s. 70.

§ 4 k.k. *expressis verbis* wynika, że sąd może odstąpić od wymierzenia kary. Oznacza to, że jest to wypadek przewidziany w ustawie, o którym mowa w art. 61 § 1 k.k. Dodatkowo, przyjmując pełną relewancję czynnego żalu, stosownie do art. 61 § 2 k.k., sąd – odstępując od wymierzenia kary – może odstąpić także od wymierzenia środka karnego i to nawet wówczas, jeśli jego orzeczenie jest obowiązkowe¹⁵.

W kwestii granic temporalnych objawienia prawnie doniosłego czynnego żalu przy przestępstwie korupcji wyborczej staje jeszcze kwestia limitu czasowego w zakresie czasu popełnienia czynu zabronionego. Samo przestępstwo korupcji wyborczej może zostać popełnione przed dniem głosowania oraz w dniu głosowania, aż do czasu zamknięcia lokali wyborczych. Po tym czasie korupcja wyborcza nie ma sensu. Czas popełnienia czynu musi być ustalany w relacji do danych wyborów przeprowadzanych zawsze w określonym czasie. Wynika to wprost ze znamienia strony przedmiotowej typu czynu zabronionego opartego o wyrażenie „w określony sposób”. Zaiste bowiem, głosowanie w określony sposób możliwe jest tylko w czasie konkretnych wyborów i w czasie konkretnego referendum. Przestępstwo korupcji wyborczej może zostać popełnione dopiero w chwili zarządzenia wyborów lub referendum, ponieważ dopiero wtedy ujawnia się możliwość głosowania w sposób możliwy z góry do określenia¹⁶. Możliwość skorzystania z dobrodziejstwa czynnego żalu, dla rozerwania solidarności uczestników porozumienia przestępczego, nie ustaje oczywiście z chwilą ustania wyborów. Nie jest wykluczona bowiem sytuacja, w której organ powołany do ścigania przestępstw nie posiada wiedzy procesowej o przestępstwie popełnionym oraz okolicznościach jego popełnienia, mimo zakończenia wyborów.

Istotne w kontekście powyższego jest jeszcze podkreślenie, że wiedza operacyjna, mimo zmieniającego się trendu w tym względzie, nie jest wystarczająca dla zniweczenia możliwości premiowania zachowania sprawcy podejmującego współdziałanie z organem powołanym do ścigania przestępstw. Wykreślenie granic temporalnych dla możliwości skorzystania z dobrodziejstwa art. 250a § 4 k.k. z założenia ma motywować sprawcę do szybkiego zawiadomienia organów ścigania o popełnionym przestępstwie i okolicznościach jego popełnienia. Dla sprawcy denuncjującego dobrodziejstwo czynnego żalu ma charakter premii¹⁷, ale organom ścigania jakiś pożytek z tej wiedzy też się

¹⁵ Zob. W. Kozielowicz, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1586. Por. idem, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 440–441.

¹⁶ Zob. J. Piskorski, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczegółowa*, t. 2, Warszawa 2017, s. 303. Por. P. Bachmat, *Rozerwanie solidarności...*, s. 126.

¹⁷ Tak: I. Zgoliński, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1158.

należy. Jeśli zatem sprawca zawiadamia organ powołany do ścigania przestępstw o popełnionym przestępstwie i okolicznościach jego popełnienia w świadomości, że organ dysponuje już wiedzą procesową w tym zakresie, wówczas nie będzie mógł zostać beneficjentem reguły określonej w art. 250a § 4 k.k. Podobnie nie będzie mógł skorzystać z możliwości złagodzenia kary ten, kto zawiadomienie składa w niewiedzy, że dla organu nie jest to informacja nowa¹⁸.

Struktura i dynamika przestępstwa korupcji wyborczej w Polsce

Zgodnie z zapowiedzią objawioną na początku tego tekstu, niniejszy artykuł byłby niepełny, gdyby pominięto w nim wyniki badań własnych o charakterze empirycznym, wywiedzione z danych statystycznych uzyskanych z Wydziału Statystycznej Informacji Zarządczej Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości.

Z wyżej wymienionych danych statystycznych, zawnioskowanych na potrzeby przygotowania tekstu niniejszego, wynika, że w latach 2008–2018 ogólna liczba skazanych na podstawie art. 250a k.k. wyniosła ledwie 310 osób. Najwięcej skazań odnotowano w roku 2011 (94 skazania), natomiast najmniej – w roku 2010 (11 skazań). W dekadzie wyznaczanej latami 2008–2018 najczęściej stosowaną karą za przestępstwo korupcji wyborczej była kara pozbawienia wolności orzekana z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (202 skazania na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i tylko 7 skazań na karę bezwzględną). Nie stosowano przy tym środków karnych orzeczonych samoistnie, a także kar mieszanych. Rzadziej stosowanymi karami była grzywna samoistna (51 skazań), kara ograniczenia wolności (50 skazań, w tym 8 z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, co podówczas było jeszcze możliwe) oraz grzywna obok pozbawienia wolności (59 skazań, w tym 58 z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, co podówczas też było jeszcze możliwe). Jak już zasygnalizowano introdukcyjnie, na podstawie art. 250a k.k. w latach 2008–2018 skazano stosunkowo niewiele osób. W roku 2018 prawomocnie skazano według miejsca popełnienia przestępstwa 12 osób w mieście, 6 na wsi. Pod względem płci pośród przestępców wyborczych zdecydowanie dominują mężczyźni, albowiem skazaniem objęto 17 z nich, jedno tylko skazanie dotyczyło kobiety. Odpowiednio w 2017 r. skazano 9 mężczyzn i 6 kobiet. W roku 2016 miasto było miejscem popełnienia przestępstwa w 31 przypadkach, natomiast wieś w 7, przy czym skazaniem

¹⁸ Zob. P. Bachmat, *Rozerwanie solidarności...*, s. 125–126; R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji w sporcie...*, s. 69–70; zob. też: M. Szewczyk, *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Kraków 2004, s. 1331.

objęto 30 mężczyzn i 8 kobiet. W 2015 r. przestępstwo popełniono 28 razy w mieście i 21 razy na wsi, przy czym w 42 przypadkach ich sprawcami byli mężczyźni, a tylko w 7 kobiety. W roku 2014 w miastach popełniono przestępstwo z art. 250a k.k. 12 razy, a na wsi 2 razy, gdzie skazano 11 mężczyzn i 3 kobiety. W 2013 r. za przestępstwo z art. 250a k.k. czterokrotnie skazywano w mieście oraz 12 razy na wsi, gdzie karalnością objęto 14 mężczyzn i 2 kobiety. W 2012 r. za korupcję wyborczą skazano 15 osób w mieście oraz 18 osób na wsi, przy czym skazanie objęło aż 23 mężczyzn. W roku 2011 z art. 250a k.k. skazano 57 osób, gdzie miejscem popełnienia przestępstwa było miasto, oraz 22 osoby, gdzie miejscem popełnienia przestępstwa była wieś. Pośród sprawców odnotowano 66 mężczyzn oraz 13 kobiet. W roku 2010 skazano 9 osób za popełnienie przestępstwa korupcji wyborczej w mieście, natomiast, co znamienne, w tym czasie na wsi nie popełnił go nikt. Na 9 skazanych przypadło 6 mężczyzn i 3 kobiety. W 2009 r. skazano za korupcję wyborczą w mieście 17 razy, a na wsi znów nikogo. Pośród sprawców było 15 mężczyzn i 2 kobiety. W roku 2008 skazano 18 osób za przestępstwo korupcji wyborczej popełnione w mieście i tylko 3 na wsi, przy czym pośród sprawców było aż 18 mężczyzn.

Na podstawie powyższych danych, co zostało już zasygnalizowane, można wyprowadzić następujące wnioski: *primo*, przestępstwo korupcji wyborczej stanowi margines ogółu przestępstw popełnianych każdego roku w Polsce; *secundo*, przestępstwo korupcji wyborczej podlega znacznej sezonowości, co oznacza, że ich liczba w danym roku jest ściśle powiązana z kalendarzem wyborczym; *tertio*, z punktu widzenia kryterium płci, dominującymi sprawcami przestępstw korupcji wyborczej są mężczyźni; *quatro*, z punktu widzenia kryterium przestrzennego (miejscowego) przestępstwo korupcji wyborczej popełniane jest przede wszystkim w miastach.

Pośród zebranych danych nie było informacji, z których można byłoby wyprowadzić jakąkolwiek wiedzę na temat regulacji określonej w art. 250a § 4 k.k. Biorąc jednak pod uwagę ogólną liczbę przestępstw korupcyjnych wymierzonych przeciwko wyborom i referendum, stanowiącą symboliczny ułamek wszystkich przestępstw popełnianych w Polsce, przyjąć można, że klauzula czynnego żalu afiliowana przy przestępstwie korupcji wyborczej ma wymiar równie symboliczny (w sensie ilościowym). Jak zostało to jednak wysłowione we wstępie, niewielkie znaczenie danej instytucji w obszarze prawa karnego nie tylko nie dowodzi jej dysfunkcji, ale nierzadko wręcz świadczy o prawidłowym poziomie bezpieczeństwa państwa, nie mogąc stanowić tym samym argumentu w sporze nad sensem (bezsensem) istnienia dyskutowanej reguły.

Podsumowanie i wnioski

Rekapituluując wszystkie powyższe wywody, zbędne wydaje się skrótowne powtarzanie tego, co wszak już powiedziane (napisane) zostało. Niechaj wolno będzie tylko podkreślić, choć to oczywisty nawrót do tezy otwierającej tekst niniejszy, że przestępczość wyborcza, w tym tytułowa korupcja wyborcza, stanowi margines ogółu przestępstw popełnianych każdego roku w Polsce, z charakterystyczną jej sezonowością wyznaczaną datami faktycznego przeprowadzania wyborów i referendum oraz znikomą, żadną nieomal, użytecznością praktyczną instytucji ustanowionej w art. 250a § 4 k.k. To konstatacja oczywiście zupełnie wesoła i krzepiąca, zaiste jest bowiem tak, że akurat w przypadku norm prawa karnego ich ograniczona użyteczność w praktyce nie świadczy o dysfunkcji procesu legislacyjnego, lecz o stabilności bezpieczeństwa państwa, w którym częstsze uruchamianie aparatu represji jest przejawem i odpowiedzią na wzrastający stan przestępczości i – co politycznokryminalnie zostało już dawno odnotowane – skutkuje zazwyczaj wzrostem punitowności prawa karnego w ogóle. Bez nadmiernej przesady wyznaczyć więc można intelektualnie, że niewielka przydatność dla praktyki instytucji klauzuli czynnego żalu i przerwania solidarności sprawców przestępstwa korupcji wyborczej, ustanowionej przez ustawodawcę w art. 250a § 4 k.k., nie jest świadectwem jej zbędności w ustawie karnej, lecz dogmatycznie prawidłowo ustabilizowanego instrumentu reakcji karnej, po który sięga się rzadko, podobnie jak rzadko, przynajmniej na tle ogólnej liczby przestępstw wyborczych, atakuje się normy sankcjonowane tkwiące u ich podstaw. To zaś w ostatecznym rozrachunku nie może być argumentem w sporze nad sensem (bezsensem) istnienia w polskim Kodeksie karnym klauzuli czynnego żalu i przerwania solidarności sprawców przestępstwa korupcji wyborczej, ukształtowanej przez ustawodawcę na zasadzie art. 250a § 4 k.k. Potrzeba jego pozostawiania w Kodeksie karnym, niezależnie od postulowanych zmian, wydaje się bowiem bezdyskusyjna.

Wykaz literatury

- Bachmat P., *Rozerwanie solidarności sprawców korupcji wyborczej i referendalnej*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12.
- Bachmat P., *Uregulowania służące rozerwaniu solidarności uczestników koniecznych przestępstw korupcyjnych na przykładzie przepisów art. 229 § 6, art. 230a § 2, art. 296a § 5, art. 296b § 4 K.k.*, „Prawo w Działaniu” 2010, nr 8.
- Berent M., *Ogólna charakterystyka przestępczości wyborczej w Polsce*, abstrakt referatu przygotowany na Międzynarodową Interdyscyplinarną Konferencję Naukową „Wyzwania współczesnego prawa wyborczego – edycja IV”, która odbyła się na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu 16 października 2016 r. (niepublikowany).

- Berent M., *Problem wymiaru kary przy usiłowaniu nieudolnym. Rozważania na płaszczyźnie lex lata i lex ferenda*, [w:] D. Gil (red.), *Współczesne problemy wymiaru sprawiedliwości*, Wyd. KUL, Lublin 2012.
- Berent M., *Usiłowanie przestępstwa w polskim prawie karnym*, Toruń 2018, praca doktorska (niepublikowana).
- Ćwiakalski Z., *Komentarz do art. 60*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, Zakamycze, Kraków 2004.
- Gensikowski P., *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Kozielewicz W., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Kozielewicz W., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Piskorski J., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Stefański R.A., *Przestępstwo korupcji w sporcie profesjonalnym (art. 296b K.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2.
- Stefański R.A., *Przestępstwo korupcji wyborczej (art. 250a K.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4.
- Szewczyk M., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Szewczyk M., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Zakamycze, Kraków 2006.
- Tyszkiewicz L., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Tyszkiewicz L., *O sposobach przeciwdziałania solidarności między biorącym i dającym łapówkę w obronie przed odpowiedzialnością karną*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12.
- Wąsik D., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum – aspekty karnomaterialne, procesowe i kryminologiczne*, Volumina.pl, Olsztyn 2012.
- Zgoliński I., *Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum*, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolter Kluwer, Warszawa 2018.

Summary

Active repentance clause and breaking of the solidarity of perpetrators committing the offence of electoral corruption

Keywords: criminal law, electoral law, active electoral corruption (vote-buying), passive electoral corruption (electoral bribery), active repentance.

From the quantitative point of view, offences against elections and referenda are on the margins of the total number of offences recorded annually in Poland. However, they are characterized by a unique particularity revealing temporal, seasonal dynamics, and a distinctive motivation of perpetrators,

including those accepting (demanding) an advantage in exchange for a certain way of voting (vote buying) and those providing such an advantage (bribery). A limited number of offences committed does not necessarily indicate a lack of judicial dysfunction in the operation of the justice system, especially if the reduction in the number of offences is not the result of the state criminal policy. The truth of this thesis seems to be particularly relevant in the case of the offence of electoral corruption (Article 250a of the Criminal Code) since its commission always constitutes a manifestation of criminal pathology that distorts the actual outcome of elections, and consequently, the value of the entire electoral process and even of democracy in general. For these reasons and despite the limited extent of electoral corruption, legal interests underlying it remain of the highest value. The paper addresses these very issues. It includes dogmatic, theoretical and legal research and analysis of the title active repentance referred to in Article 250a § 4 of the Criminal Code, established, under the legislator's intention, to break the solidarity between perpetrators of corruption in the area of electoral corruption. The purpose is to present the normative basis of the institution, which, after all, is of major importance for shaping the criminal liability of an individual perpetrator, but also, despite the small number of electoral offences, for conducting the entire criminal policy of the state. However, the aim of the article is not limited to descriptive analyses, because the research and analysis of the selected type of prohibited activities are not limited to considerations conducted through a purely dogmatic prism, but includes a research aspect that relies on the presentation of research results of an empirical nature. The deliberations, which are based on *lex ferenda* and partially on *de lege lata* considerations, focus heavily on the analysis of the institution of active repentance as described in Article 250a § 4 of the Criminal Code. This institution provides that the perpetrator may count on the modification of the scope of liability, including waiving the punishment if they abandon their criminal intent and no longer wish for the act to happen. Ultimately, this paper does not deal only with dogmatics focused around Article 250a of the Criminal Code and involving a purely descriptive approach. It also addresses the title breaking of the solidarity of the perpetrators committing the offence of electoral corruption and the empirical research that the authors have presented in this study.

Radovan Blažek

Comenius University in Bratislava, Slovakia

ORCID: 0000-0003-3091-3399

radovan.blazek@flaw.uniba.sk

Nina Tarabová

Comenius University in Bratislava, Slovakia

ORCID: 0000-0003-3528-1319

nina.tarabova@flaw.uniba.sk

Sexual abuse in comparison of canon law of Roman Catholic Church and national criminal law on the example of Slovakia*

Introduction

The public is quite often confronted with cases where there are partnerships and subsequently sexual practices between age-generating partners, and it is not uncommon for such cases to occur precisely in connection with the exercise of the profession of educators, teachers or other persons entrusted with youth care (e.g. pastors and clerics). In Slovakia there were important cases that swept across Slovakia – suspicions of sexual abuse in the youth centre “Clean Day” in Galanta which appeared in September 2016¹, the case of a pastor from a village Nevidzany who had abused an 11-year-old girl from November 2011 to September 2012, and who was also legally convicted of this act². The case of a teacher who had abused her 12-year-old pupil at a primary

* This article was supported by the scientific project APVV 16-0471 of the Slovak Research and Development Agency.

¹ See e.g.: <https://www.topky.sk/cl/10/1574155/Desive-svedectva-o-praktikach-v-Galante--FOTO-Za-murmi-tohto-centra-sa-mali-diat-ohavnosti-> (accessed: 22.08.2021) <https://www.dnes24.sk/kauza-zneuzivanie-maloletych-v-galante-sex-s-dievcatami-tu-mali-viaceri-terapeuti-249899> (accessed: 22.08.2021).

² See e.g.: <https://www.topky.sk/cl/10/1574155/Desive-svedectva-o-praktikach-v-Galante--FOTO-Za-murmi-tohto-centra-sa-mali-diat-ohavnosti-> (accessed: 22.08.2021); <https://www.dnes24.sk/kauza-zneuzivanie-maloletych-v-galante-sex-s-dievcatami-tu-mali-viaceri-terapeuti-249899> (accessed: 22.08.2021).

school in village Koškovce from March to October 2013 and was also found guilty by a valid judgment³.

However, Slovakia is not the only one state with such cases. From Australian country towns to schools in Ireland and cities across the US, the Catholic Church has faced child sexual abuse accusations in the last few decades. Cardinal George Pell was convicted of abusing two choir boys in Melbourne in 1996. He was Australia's highest-ranking Catholic, and was previously Vatican treasurer. Theodore McCarrick, a former cardinal in the US, was defrocked over abuse claims just 10 days earlier - making him the most senior Catholic figure to be dismissed from the priesthood in modern times⁴. The bishop of Bruges, Roger Vangheluwe, resigned in April 2010 after admitting that he had sexually abused a boy for years when he was a priest and after being made a bishop⁵. There were many of such similar cases throughout the world, reported news from the year 2010 alleged that: "there were documented some 300 cases of alleged sexual abuse by Belgian clergy (...) more than 4,000 US Roman Catholic priests had faced sexual abuse allegations in the last 50 years, in cases involving more than 10,000 children – mostly boys (...). Since the start of 2010, at least 300 people have made allegations of sexual or physical abuse by priests across the Pope's home country. Claims are being investigated in 18 of Germany's 27 Roman Catholic dioceses (...). In March 2010, Dutch bishops ordered an independent inquiry into more than 200 allegations of sexual abuse of children by priests"⁶. Other cases were reported from Italy, Switzerland, Malta, Austria and Spain⁷. This article cannot mention all of them, but the mentioned cases show that this problem is not something unusual and no country is exception. This proves that sexual abuse represents an important social issue and needs the response from the society to struggle against it. The typical solution of the sexual abuse of children in almost all countries is the criminal responsibility of sexual abuse which is in accordance with the international consensus incorporated in the Lanzarote Convention from 25 October 2007⁸.

In the cases of teachers and tutors only secular criminal responsibility comes into consideration. However, in case of pastors and clerics of Roman catholic church the situation differs – there comes into play also secondary responsibility – the responsibility under Canon Law. What is the difference

³ See e.g.: <http://www.pluska.sk/krimi/domace-krimi/priznanie-ucitelky-dany-ako-som-zviedla-12-rocneho.html> (accessed: 22.08.2021).

⁴ <https://www.bbc.com/news/world-44209971> (accessed: 22.08.2021).

⁵ <https://www.bbc.com/news/10407559> (accessed: 22.08.2021).

⁶ <https://www.bbc.com/news/10407559> (accessed: 22.08.2021).

⁷ <https://www.bbc.com/news/10407559> (accessed: 22.08.2021).

⁸ <https://rm.coe.int/protection-of-children-against-sexual-exploitation-and-sexual-abuse/1680794e97> (accessed: 22.08.2021).

between those two responsibilities? And how the Catholic Church deals with this problem in its own rows?

The responsibility under the Slovak criminal law

The sexual abuse shall be punished under Slovak criminal law under provision of Art. 201 Sec. 1 of Slovak Criminal Code⁹: “Any person who has sexual intercourse with a person under fifteen years of age, or who subjects such person to other sexual abuse, shall be liable to a term of imprisonment of three to ten years”.

It means that in normal cases where the general perpetrator commits such crime, he/she would face the imprisonment of 3 to 10 years. However, the priests and clerics are regarded as special type of perpetrator who could be punished with more serious punishment.

Under provision of Art. 201 sec. 2 of Slovak Criminal Code: “The offender shall be liable to a term of imprisonment of seven to twelve years if he commits the offence referred to in paragraph 1:

- a) acting in a more serious manner,
- b) against a protected person, or
- c) by reason of specific motivation”.

More serious manner

The Criminal Code of Slovakia from 2005 introduced couple of universal terms that are used for several criminal offences. “The essence of qualifying features lies in the fact that they are features sharpening the type seriousness of the basic facts of the crime, which, when they approach the basic facts of the crime, together with it create a qualified facts of the crime which contains a higher rate of punishment than the basic facts of the crime”¹⁰.

The main principle of the use and application of special qualification features is that their use is possible only if the given feature is not contained in the basic facts of the crime (§ 38 sec. 1 CC). The overall meaning of these features is, in particular, that their accession to the basic facts of the crime increases the gravity of the act and therefore it is also appropriate to punish the offender more severely if he fulfils the given feature. Thus, the commission of a criminal offense in the basic and qualified basic facts of the crime must

⁹ Act No. 300/2005 Coll. Criminal Code as amended, hereinafter also as CC or Criminal Code.

¹⁰ E. Burda, J. Čentěš, J. Kolesár, J. ZÁHORA et al., *Trestný zákon. Všeobecná časť. Komentár – I.diel*, Praha 2010, p. 1032.

also be distinguished by the fact that the accession of a given specific qualification feature must increase the seriousness of the criminal offense. Such an understanding of special qualification terms can also be defined from the following wording from the literature: “The same classification in specific qualified facts of the crime has an effect on the determination of rates of punishment, so that a certain qualification circumstance in similar cases has approximately the same effect on the increased rates of punishment”¹¹.

It follows that a specific qualification feature should therefore be taken into account if, in the given specific circumstances, the act shows a higher dangerousness and seriousness to society and stricter punishment of the perpetrator is appropriate. Therefore, for some selected crimes, some special qualification features do not apply because the perpetrator’s actions could not be influenced by this feature. A simple example is crime of negligent homicide or crime of negligent bodily injury, if they were committed in transport where is it not possible to attribute to the perpetrator the fact that he committed the crime on the “protected person”¹² because given the fact that it is a negligent crime where the perpetrator himself did not decide by his own will who would become the victim of the crime and thus this fact does not increase the seriousness of the crime.

Breach of an important obligation

The Criminal Code defines as one of the more serious forms of action a “breach of an important obligation arising from the offender’s employment, position or function or imposed on him by law”¹³.

“An important obligation can generally be considered to be an obligation the breach of which in a given situation generally increases to a significant extent, in particular, the danger to human life and health. However, it can also be damage to property or other rights of the injured party. These are obligations that arise for the offender from his competence in a job or functional classification, while the obligations may arise not only from the law, but also on the basis of the law also from another generally binding legal regulation. In order for an important obligation to be breach, it must be clearly es-

¹¹ I. Mencerová, L. Tobiášová, Y. Turayová et al., *Trestné právo hmotné. Osobitná časť*, Šamorín 2014, p. 12.

¹² Protected person within the meaning of Sec. 139 CC means a child, a pregnant woman, a close person, a dependent person, an elderly person, a sick person, a person enjoying protection under international law, a public agent or a person performing his duties imposed by law, witness, an expert, an interpreter or a translator, or a medical professional in the exercise of the medical profession aimed at saving life or protecting health

¹³ Art. 138 letter h) CC.

establish that there is a causal link between the breach of such an obligation and the consequence of the offense”¹⁴.

“A breach of an important obligation cannot be mechanically considered a breach of any obligation, but only a breach of such an obligation, which can usually result in such a significant interference with the rights of others that if this important obligation is breached in a causal link with a crime, effectiveness of this crime is significantly increased compared to a common crime of a similar nature (R 31/1966). This is not a breach of an important obligation, although a breach of that obligation may have fatal consequences in a particular case if, in general, it is not an important obligation”¹⁵.

Breach of an important obligation may result from:

- a) the offender’s employment,
- b) the offender’s position,
- c) the offender’s function,
- d) law or other generally binding regulation¹⁶.

Ad a) Employment is work performed for remuneration within the employment relation regulated by the Labor Code, or on the basis of another labour relationship. The peculiarity between the employment relations is so-called state service¹⁷.

Ad b) Position is any legally binding position in which the offender finds himself, unless it is at the same time an obligation arising from his employment or function. The professional literature cites as an example the position of a convicted person in the execution of imprisonment, the position of an entrepreneur, attorney and other liberal professions, the position resulting from the rank of the armed corps, etc.¹⁸

Ad c) Function may or may not be an employment relation, but from the performance of this function stem specific obligations, e.g. mayor, chairperson of a civil abolition, position in a registered church. A functionary may be a person in the public sector, in the private sector or between the public and private sectors, and the duties in this position may arise from a generally binding legal regulation, internal regulation or another internal act¹⁹.

Ad d) Breach of an obligation imposed by law or other generally binding legal regulation can be understood as an extension of responsibility for the fulfilment of important obligations by all individuals concerned, even if they are not in a specific employment, position, or function, but if this important

¹⁴ Judgement of the Slovak Cupreme Court R 31/1996, [in:] I. Mencerová, L. Tobiášová, Y. Turayová et al., *Trestné právo hmotn...*, p. 18.

¹⁵ E. Burda, J. Čentěš, J. Kolesár, J. Záhora et al., op. cit., p. 1043.

¹⁶ Ibidem, p. 1044.

¹⁷ Ibidem, p. 1045.

¹⁸ See: ibidem.

¹⁹ Ibidem.

obligation is clearly identifiable in a particular piece of legislation. It can therefore be stated that that wording is chosen by the legislature “to cover the breach of all the relevant important obligations of the offender arising from his profession, job classification, employment, position or function, which are obligations relating to the protection of life and health and which are important from this point of view”²⁰.

As is clear from the above wordings, the literature and practice of the courts are important for defining what is meant by employment, position, function, as well as what is meant by a breach of an ‘important’ obligation. Nevertheless, in certain cases it may be questionable whether this is:

- a) a person who is in the specified position, employment or function,
- b) an ‘important’ obligation.

In principle, practice of the courts does not provide a clear and exhaustive list of employments and other positions for which it is relevant to take this qualification feature into account, nor is it possible to provide a catalogue of important obligations. Practice in this regard relies on sufficient rational assessment and expertise of law enforcement authorities, which must assess on a case-by-case basis whether or not this is the case.

It must be reiterated that not a breach of every obligation arising from an employment, position or function is a breach of an important obligation. The Criminal Code defines, in addition to § 138 letter h) CC also an aggravation according to § 37 letter e) CC, i.e. that the offender “has abused his or her employment, profession, function or position to obtain an unjustified or disproportionate advantage”. The Criminal Code recognises different degrees of breaching of obligations arising from employment, position, function, while not all of them can be subordinated to a ‘more serious course of action’; some are just an ‘aggravation’.

It follows from the above that not every breach of labour obligations is automatically a ‘breach of an important obligation’ within the meaning of § 138 letter h) CC. The court in the case of application of § 138 letter h) CC must execute evidence to determine whether or not there is such a type of obligation and therefore there is no general criterion, which is understood as an ‘important obligation’ within the meaning of this provision. The application of this provision in a specific case depends on the free assessment of the court and must clearly stand on the evidence taken from a procedural point of view.

²⁰ J. Čentěš et. al., *Trestný zákon. Velký komentár*, 2. aktualizované vyd., Eurokódex 2015, p. 257.

Criminal responsibility of the pastor or cleric

The position of a teacher, educator or religious person authorised to pastoral or educational activity meets the conditions of a person in 'employment, position or function'. In case of sexual intercourse between these persons and their trustees, there may occur also a violation of 'important' obligation arising from their employment, position, or function.

The court or law enforcement authority is obliged to examine what obligations arise for clerics in their professions, if they are not given directly by law but are e.g. given exclusively by the employment agreement, i.e. another type of regulation that is not generally binding (Code of Canon Law).

The professional literature states that in criminal proceedings it is not necessary to prove:

- a) notorious facts,
- b) facts for which the presumption of truth applies until proven otherwise,
- c) legal regulations published in the Collection of Laws²¹.

It follows that knowledge of the content of the duties of a particular job, profession, or function is not covered by the 'presumption of well-known facts'. Failure to determine these circumstances does not allow, without the appropriate evidence, to apply the qualification using § 138 letter. h) CC and therefore neither the qualification of a stricter punishment for sexual abuse according to Art. 201 sec. 2 letter a) CC.

The court in criminal proceedings takes into account, in particular, the evidence proposed by the parties and should itself be only an arbitrator which supervises the legality and smoothness of the court proceedings, and which ultimately decides on the basis of the evidence presented. „The Criminal Procedure Code²² prefers elements of the adversarial process, where the activity in proving is carried out mainly by the parties, i.e. the prosecutor, the accused, resp. advocate”²³.

The court, as an impartial decision-making body, should therefore only take evidence which can contribute to an objective investigation of the case and which can alter the facts in favour and against the accused, if this can have a decisive influence on the decision in the case. From the above, it can be stated that if neither the prosecutor nor the injured party proposes, during the criminal proceedings, to prove whether or not there was a breach of any important obligation of the accused arising from their employment or position, then the court must decide the case without taking into account this qualification feature.

²¹ J. Čentés et al., *Trestné právo procesné...*, p. 326–327.

²² Act No. 301/2005 Coll. Criminal Procedure Code as amended, hereinafter also as CPC or Criminal Procedure Code.

²³ J. Čentés et al., *Trestné právo procesné...*, p. 79.

It must also be emphasised that, from a procedural point of view, it is not sufficient for the application of that qualification feature to ‘add’ that qualification feature to the legal classification of the act. If the court intends to apply the ‘breach of an important obligation’ sign, this would also have to be clearly defined in the court decision in order to be specifically identified. In this context, it is necessary to point out that this fact must clearly follow from the reasoning of the judgment as it follows from § 168 par. 1 CPC: „If the judgment contains a reasoning, the court shall state briefly in what facts it has established as evidence, on which evidence it bases its findings of fact and what considerations it has taken in assessing the evidence taken, in particular if they contradict each other. It must be clear from the reasoning how the court dealt with the defense, why it did not grant the request for additional evidence and what legal considerations it followed when assessing the proven facts according to the relevant provisions of the law on guilt and punishment. If the judgment contains other statements, those statements must be substantiated”.

Case law from Slovakia

The fact that the injured person is a minor cannot affect the assessment of a ‘breach of an important obligation’ because there is *de iure* an obligation in every profession to ‘not have sexual contact with persons under the age of 15’. The position of pastor or cleric in this case can be considered as a profession that allows contact with minors.

In the proceedings of the District Court of Nitra, case no. 4T 50/2014, it was proved that it was the fact that the accused acted in relation to the injured party as a pastor allowed him to commit a crime, i.e. “the crime was committed in a direct causal connection with the violation of the duties of a clergyman”²⁴.

With respect to all of the above arguments, a procedure which substantially increases the severity of a crime due to its performance, circumstances and consequence, should necessarily be considered, in a general theoretical sense, as the fulfilment of the ‘growing mode of proceedings’. With regard to the circumstances of the case, it can be stated that the position of the pastor in this case facilitates the committing of a crime, facilitates its secrecy and brings the perpetrator to a *de facto* advantage in the form of camouflage of this activity of his pastoral mission.

Based on the above analysis, it can be stated that from the point of view of Criminal Code, in the case of committing a crime of sexual abuse by pastor, the application of the qualification mark according to Art. 138 letter. h) CC is

²⁴ Judgement of DC of Nitra case No. 4T 50/2014 dated January 12, 2015.

given. However, from the procedural point of view, this fact cannot be considered as a matter of 'legal assessment' but rather a matter which is subject to proper evidence, and the alleged violation of an important obligation must arise logically and unequivocally from the evidence taken in criminal proceedings.

The responsibility under canon law

In the following part the position of a pastor of the Roman Catholic Church in the meaning of the Code of Canon Law (hereinafter also referred to as CCL)²⁵ as a representative of the church or religious society is analysed²⁶.

Basic principles of canon criminal law

The idea of punishing the religious delicts in the meaning of Canon Law is expressed in the canon 1311 CCL: „The Church has the innate and proper right to coerce offending members of the Christian faithful with penal sanctions”. In the meaning of canon 11 CCL: “Merely ecclesiastical laws bind those

²⁵ Codex iuris canonici announced in 1983.

²⁶ In the context of this article, a pastor is also meant by another person who actually performs the office of pastor, as defined, e.g. in Canon 515, § 1: “A parish is a certain community of the Christian faithful stably constituted in a particular church, whose pastoral care is entrusted to a pastor (parochus) as its proper pastor (pastor) under the authority of the diocesan bishop”; resp. in Canon 519: “The pastor (parochus) is the proper pastor (pastor) of the parish entrusted to him, exercising the pastoral care of the community committed to him under the authority of the diocesan bishop in whose ministry of Christ he has been called to share, so that for that same community he carries out the functions of teaching, sanctifying, and governing, also with the cooperation of other presbyters or deacons and with the assistance of lay members of the Christian faithful, according to the norm of law”.

By analogy, similar obligations apply e.g. also to the parochial vicar, who may in certain circumstances perform the function of pastor, as follows from Can. 541 § 1: “When a parish becomes vacant or a pastor has been impeded from exercising his pastoral function and before the appointment of a parochial administrator, the parochial vicar is to assume the governance of the parish temporarily”. Resp. he performs an auxiliary function in addition to the performance of the function of pastor in the sense of Canon 545 § 1: “Whenever it is necessary or opportune in order to carry out the pastoral care of a parish fittingly, one or more parochial vicars can be associated with the pastor. As co-workers with the pastor and sharers in his solicitude, they are to offer service in the pastoral ministry by common counsel and effort with the pastor and under his authority” and § 2: “A parochial vicar can be assigned either to assist in exercising the entire pastoral ministry for the whole parish, a determined part of the parish, or a certain group of the Christian faithful of the parish, or even to assist in fulfilling a specific ministry in different parishes together”. Available at: https://www.vatican.va/archive/ENG1104/___P1U.HTM (accessed: 22.08.2021).

who have been baptized in the Catholic Church or received into it, possess the efficient use of reason”.

The Roman Catholic Church could be seen as an autonomous society which has its own legal system, including the rules of criminal law. In addition to the legislative and executive powers, it also owns the judiciary and has established a system of institutions that have the right to impose sanctions for violations of the norms of canonical criminal law and also exercise other competencies entrusted to them by the norms of canonical criminal law²⁷.

Canon criminal law is part of the public law of the Catholic Church. If the legal system of the Catholic Church considers a certain illegal act to be very serious and socially dangerous, it classifies it as criminal according to the norms of canonical criminal law and protects the public interest defined by the norms of canonical criminal law (competent ecclesiastical authority – e.g. diocesan bishop) and decides on guilt and punishment as a public body²⁸.

Canon criminal law has its substantive part (book 6 of the Code) and procedural part (book 7 of the Code). The norms of canonical substantive criminal law are contained in the 6th book of the Code (in canons 1311 to 1399). Canon's substantive criminal law has its general part (canons 1311 to 1363) and a special part (canons 1364 to 1399). The general part contains norms that apply to all the facts of ecclesiastical offenses, e.g. norms stipulating the conditions of criminal liability, types of punishments, application of punishments (suspension of punishment, waiver of punishment, suspension of execution of punishment), termination of punishments. The special part contains norms establishing the facts of individual ecclesiastical offenses classified according to a common criterion (group objects) into six titles²⁹.

The higher canonical criminal liability arises when the norms of canonical criminal law are violated, resp. to disrupt social relations, which are protected by the norms of canonical criminal law. The basis of canonical criminal liability is the unlawful conduct of subjects of canon law (believers), for which it is possible to impose a canonical punishment. This is an illegal act, the features of which are established by law (Code of Canon Law), and for which the competent ecclesiastical authority imposes punishments, resp. sanctions provided for by a criminal law or a criminal order.

Tortious liability forms part of canonical criminal liability, on the basis of which the believer, after fulfilling the conditions (age, sanity, intention)³⁰,

²⁷ M. Nemec, *Základy kánonického práva*, 2. vyd., Bratislava–Trnava 2006, p. 162.

²⁸ Ibidem, p. 162–163.

²⁹ Ibidem, p. 163–164.

³⁰ Can. 1321 § 2 CCL: “A penalty established by a law or precept binds the person who has deliberately violated the law or precept; however, a person who violated a law or precept by omitting necessary diligence is not punished unless the law or precept provides otherwise”.

Can. 1322 CCL: “Those who habitually lack the use of reason are considered to be incapable of a delict, even if they violated a law or precept while seemingly sane”.

assumes responsibility for the offense committed and at the same time the obligation to bear the legal consequences of his intentional wrongdoing – ecclesiastical tort.

In the meaning of canon 1312 § 1 CCL: “The following are penal sanctions in the Church:

- 1) medicinal penalties, or censures, which are listed in cann. 1331–1333;
- 2) expiatory penalties mentioned in can. 1336”.

Censures are as following:

Excommunication (can. 1331 CCL) consists of expulsion from the Church, it excludes the offender from eligibility for ecclesiastical offices and the sacraments and cause the cessation of all rights in the Church.

Interdict (can. 1332 CCL) is a prohibition on holding services in a particular place or in respect of a particular person. It is either a special interdict, when one church or certain persons are punished, or a general interdict, which punishes the whole parish or diocese, or its inhabitants.

Suspension (can. 1333 CCL) is the suspension of all or some of the official rights of ecclesiastical officials for a certain period of time or until their improvement.

Expiatory penalties are as following (can. 1336 § 1 CCL): “In addition to other penalties which the law may have established, the following are expiatory penalties which can affect an offender either perpetually, for a prescribed time, or for an indeterminate time:

- 1) a prohibition or an order concerning residence in a certain place or territory;
- 2) privation of a power, office, function, right, privilege, faculty, favor, title, or insignia, even merely honorary;
- 3) a prohibition against exercising those things listed under n. 2, or a prohibition against exercising them in a certain place or outside a certain place; these prohibitions are never under pain of nullity;
- 4) a penal transfer to another office;
- 5) dismissal from the clerical state”.

Pope John Paul II. in 1979 placed canonical criminal law in the image of the church, which “protects the rights of individual believers, but also the common good as an integral condition for the development of the human and Christian person. Punishment in the field of view of the ecclesial community is in fact nothing more than a finding of the situation or state in which the offender finds himself. It is a means to help the offender find full communion in the church, which he has broken with his offenses”³¹.

Can 1323, sec. 1. CCL: “The following are not subject to a penalty when they have violated a law or precept: 1/ a person who has not yet completed the sixteenth year of age”.

³¹ V. Filo, *Učiaca úloha cirkvi (Tretia kniha)*, *Časné majetky cirkvi (Piata kniha)*, *Sankcie v cirkvi (Šiesta kniha)*, *Procesy (Siedma kniha)*, Bratislava 1994, p. 63.

Thus, canonical criminal law has undergone great changes in the history of the Church. The result of this development was a clear distinction between sin and tort, the introduction of a distinction between the forum of repentance and the forum of discipline and the criminal forum in it. The means by which the church responds to sin have been shown to be different. In general, these are pastoral and legal remedies, but also criminal means, which are mentioned in the Sixth and Seventh Books of the current Code of Canon Law³².

The purpose of canon criminal law is to be able to force a certain desirable action from two states: clergy and believers with the help of a certain threat of sanction, that is, punishment. However, the Church is very reluctant to use this right and very rarely in practice. The imposition of a sentence is a kind of last measure (*ultima ratio*), occurring only in cases of the most serious illegal conducts, when it is necessary for the correction of the offender and/or for the restoration of ecclesiastical order. Despite the comprehensive legislation in the Sixth and Seventh Books of the Code, measures of a preventive nature are at the forefront³³.

Responsibility for sexual abuse in the light of canon law

Canon 515: “A parish is a certain community of the Christian faithful stably constituted in a particular church, whose pastoral care is entrusted to a pastor (parochus) as its proper pastor (pastor) under the authority of the diocesan bishop”.

Canon 519: “The pastor (parochus) is the proper pastor (pastor) of the parish entrusted to him, exercising the pastoral care of the community committed to him under the authority of the diocesan bishop in whose ministry of Christ he has been called to share, so that for that same community he carries out the functions of teaching, sanctifying, and governing, also with the cooperation of other presbyters or deacons and with the assistance of lay members of the Christian faithful, according to the norm of law”.

The duties of a pastor are established by e.g. canon 521: “§ 2 Moreover, he is to be outstanding in sound doctrine and integrity of morals and endowed with zeal for souls and other virtues; he is also to possess those qualities which are required by universal or particular law to care for the parish in question”.

³² Ibidem, p. 62.

³³ E.g.: Can. 1341: “An ordinary is to take care to initiate a judicial or administrative process to impose or declare penalties only after he has ascertained that fraternal correction or rebuke or other means of pastoral solicitude cannot sufficiently repair the scandal, restore justice, reform the offender”.

Can. 1317: “Penalties are to be established only insofar as they are truly necessary to provide more suitably for ecclesiastical discipline. Particular law, however, cannot establish a penalty of dismissal from the clerical state”.

The duties of the other consecrated persons, however, are scattered in other canons which are applicable to all consecrated persons, including pastors, e.g. Canon 277, Art. 1 and 2: “§ 1 Clerics are obliged to observe perfect and perpetual continence for the sake of the kingdom of heaven and therefore are bound to celibacy which is a special gift of God by which sacred ministers can adhere more easily to Christ with an undivided heart and are able to dedicate themselves more freely to the service of God and humanity. § 2 Clerics are to behave with due prudence towards persons whose company can endanger their obligation to observe continence or give rise to scandal among the faithful”.

Overall, the Code of Canon Law contains a number of obligations which apply to a pastor as a specific function – the ‘pastor’, but also general obligations that apply to such an individual as a ‘consecrated person’. Their specific calculation would require a deeper analysis of canon law for which there is not enough space in this article. However, in the *Codex iuris canonici* from 1983 there is no special provisions about prohibition of sexual abuse. In any case, it is possible to clearly identify from Canon 277 the duty of the cleric to observe celibacy and to refrain from any contact and visit by persons who would endanger his condition. The so called ‘adultery’, or the violations of the sixth commandment is clearly defined as the most serious violations of the Canon law.

Canon 538 states that: “§ 1. A pastor ceases from office by removal or transfer carried out by the diocesan bishop according to the norm of law, by resignation made by the pastor himself for a just cause and accepted by the same bishop for validity, and by lapse of time if he had been appointed for a definite period according to the prescripts of particular law mentioned in can. 522”.

The reasons for the removal are not specified directly in the part relating to the implementation of the office of a pastor, but apply to all consecrated persons.

In the part of the Code of Canon Law: Book IV. – Sanctions in the Church, Part II. – Penalties for Individual Delicts, Title V. – Delicts Against Special Obligations (Cann. 1392–1396) concerning ecclesiastical delicts, we find finally the punishments and sanctions for the delicts of adultery and violations of the sixth commandment:

Canon 1395: “§ 1. A cleric who lives in concubinage, other than the case mentioned in can. 1394, and a cleric who persists with scandal in another external sin against the sixth commandment of the Decalogue is to be punished by a suspension. If he persists in the delict after a warning, other penalties can gradually be added, including dismissal from the clerical state. § 2. A cleric who in another way has committed an offense against the sixth commandment of the Decalogue, if the delict was committed by force or threats or

publicly or with a minor below the age of sixteen years, is to be punished with just penalties, not excluding dismissal from the clerical state if the case so warrants”.

From the above mentioned provisions is clear, that for the clerics, pastors and other consecrated persons is presumed the sanction suspension or dismissal from the clerical state in case of sexual abuse.

The “new” canon law

Pope Francis has changed the Roman Catholic Church’s laws to explicitly criminalise sexual abuse. It is the biggest overhaul of the criminal code for nearly 40 years. The new rules make sexual abuse, grooming minors for sex, possessing child pornography and covering up abuse a criminal offence under Vatican law. The Pope said one aim was to “reduce the number of cases in which the (...) penalty was left to the discretion of authorities”³⁴.

The changes to the Code of Canon Law took 11 years to develop and included input from canonist and criminal law experts. Pope Francis has worked to tackle sexual abuse allegations involving Catholic priests since he became pontiff in 2013. Victims and critics had complained for decades that the previous laws were outdated, designed to protect perpetrators and were open to interpretation. The new code replaces the last major changes made by Pope John Paul II in 1983. It is designed to have clearer and more specific language, and dictates that bishops must take action when a complaint is made. The new rules come into effect on 8 December³⁵.

The code says a priest can lose their position if they used “force, threats or abuse of his authority” to engage in sexual acts. For the first time, laypeople working within the Church system, such as administrators, can also face punishment for abuse, such as losing their jobs, paying fines or being removed from their communities.

The new rules also criminalise ‘grooming’ of minors or vulnerable adults to pressure them to take part in pornography. It is the first time the Church has officially recognised grooming as a method used by sexual predators to exploit and abuse victims.

The law has also taken away the discretionary power that had previously allowed high-ranking Church officials to ignore or cover up allegations of abuse to protect priests. Now, anyone found guilty of this could be charged with negligence in failing to properly investigate and punish sexual predators.

³⁴ <https://www.bbc.com/news/world-europe-57318959> (accessed: 14.07.2021).

³⁵ Ibidem.

Monsignor Filippo Iannone, who leads the Vatican department that oversaw the changes, said there had been “a climate of excessive slack in the interpretation of penal law”, where mercy was sometimes put before justice³⁶.

The changes come under the new heading of “offences against human life, dignity and liberty”, which replaces the previously vague “crimes against special obligations”. The relevant provisions are as following:

Canon 1398 as in effect since 8 December 2021: “§ 1. A cleric is to be punished with deprivation of office and with other just penalties, not excluding, where the case calls for it, dismissal from the clerical state, if he:

1° commits an offence against the sixth commandment of the Decalogue with a minor or with a person who habitually has an imperfect use of reason or with one to whom the law recognises equal protection;

2° grooms or induces a minor or a person who habitually has an imperfect use of reason or one to whom the law recognises equal protection to expose himself or herself pornographically or to take part in pornographic exhibitions, whether real or simulated;

3° immorally acquires, retains, exhibits or distributes, in whatever manner and by whatever technology, pornographic images of minors or of persons who habitually have an imperfect use of reason.

§ 2. A member of an institute of consecrated life or of a society of apostolic life, or any one of the faithful who enjoys a dignity or performs an office or function in the Church, who commits an offence mentioned in § 1 or in can. 1395 § 3 is to be punished according to the provision of can. 1336 §§ 2–4, with the addition of other penalties according to the gravity of the offence”³⁷.

Advocates have long demanded the Church remove the reference to the sixth commandment, and define the abuse as a crime against children instead of a violation of priestly celibacy. “Describing child sexual abuse as the canonical crime of ‘adultery’ is wrong and minimises the criminal nature of abuse inflicted on child victims. A canonical crime relating to child sexual abuse should be clearly identified as a crime against the child”³⁸.

Conclusion

Violation of the celibacy of the pastor, or for any violation of the 6th commandment (“you will not commit adultery”), ‘suspension from office’ according

³⁶ Ibidem.

³⁷ Codex iuris canonici announced in effect since 8 December 2021, https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/eng/documents/cic_lib6_en.pdf (accessed: 22.08.2021).

³⁸ The Roman Catholic Church: Safeguarding in the Roman Catholic Church in England and Wales, Report from November 2020, published 4 December 2020, <https://www.iicsa.org.uk/key-documents/23357/view/catholic-church-investigation-report-4-december-2020.pdf> (accessed: 22.08.2021).

to canon 538 is possible. It can be concluded that the obligation to observe celibacy can be categorised for the pastor as an 'important duty' within the ecclesiastical regulations of the Roman Catholic Church, whereas dismissal from the clerical state is presumed for such violation according to canon 1395. Sanction for this violation may be considered the most severe punishment that can be imposed on a consecrated person under the Code of Canon Law.

The obligation to 'observe celibacy' can be considered an obligation that should also be taken into account in secular criminal law in terms of 'violation of an important duty', as the sanction for this violation is already reflected in the Code of Canon Law and this fact may also be taken into account in the sanctioning of the perpetrator by secular criminal law with regard to the provisions on the imposition of a sentence which should be fair, proportionate, and sufficient to re-educate and remedy the perpetrator, including taking into account other sanctions imposed on him for this act in other proceedings.

Although the secular criminal law and canon criminal law exist as the separate legal systems with totally different sanctions and subjects of application, sexual abuse could be seen as a crossing issue, where those both systems try to combat against this social problem, with different methods and different sanctions.

It is true that the secular criminal law has the strict and severe sanctions which are mainly connected with deprivation of liberty punishment and that are applicable generally on a non-specified group of perpetrator. The sanctions in the scope of canon law should supplement the secular responsibility with the special sanctions for the particular cases committed within the community of consecrated persons. Also canon law from the year 1983 show the signs of responsibility for the sexual abuse of children with strict and severe sanctions for the pastors and clerics for violations of the 6th commandment.

However, the latest changes in the canon law show that the position of the Roman Catholic Church to this social problem has developed more accurate and precise to this issue and that also in the community of Roman Catholic Church is the sexual abuse separately defined problem which desires the special attention. Hopefully the changing position of the leaders of the Roman Catholic Church help to diminish and successfully struggle this problem.

Acknowledgements

We would sincerely like to thank to Mgr. et. Mgr. Tibor Nagy, graduate of the Faculty of Roman Catholic Theology of Cyril and Methodius, Comenius University Bratislava, long-year functionary and law expert in the Roman Catholic Church for his consultations and discussion about the issue of this article.

References

- Burda E., Čentěš J., Kolesár J., Záhora J. et al., *Trestný zákon. Všeobecná časť. Komentár – I. diel*, C.H. Beck, Praha 2010.
- Čentěš J. et al., *Trestný zákon. Veľký komentár*, 2. aktualizované vyd., Žilina, Eurokódex 2015.
- Čentěš J. et al., *Trestné právo procesné. Všeobecná a osobitná časť*, 2. vyd., Heuréka, Šamorín 2012.
- Filo V., *Učiaca úloha cirkvi (Tretia kniha), Časné majetky cirkvi (Piata kniha), Sankcie v cirkvi (Šiesta kniha), Procesy (Siedma kniha)*, Edičné stredisko KSsCM, Bratislava 1994.
- Mencerová I., Tobiášová L., Turayová Y. et al., *Trestné právo hmotné. Osobitná časť*, Heuréka, Šamorín 2014.
- Nemec M., *Základy kánonického práva*, 2. vyd., Iura Edition, Bratislava–Trnava 2006.
- The Roman Catholic Church: Safeguarding in the Roman Catholic Church in England and Wales, Report from November 2020, published 4 December 2020, <https://www.iicsa.org.uk/key-documents/23357/view/catholic-church-investigation-report-4-december-2020.pdf>.

Summary

Sexual abuse in comparison of canon law of Roman Catholic Church and national criminal law on the example of Slovakia

Keywords: criminal law, canon law, sexual abuse, sanctions, criminal responsibility, pastor.

Lately we are facing the new rules of Roman Catholic Church Law, that are also focused on the sexual abuse of minors and its punishment, announced on June 1st, 2021. These new rules should come into effect on 8 December 2021. This occasion offers a good opportunity for analysis of this specific social problem (sexual abuse) and its punishment from the religious and secular perspectives. Authors offers an example of national law of Slovakia in comparison with Roman Catholic Church Law and the way how they deal with the problem of sexual abuse.

In this paper, we report on the criminal responsibility of pastors and clerics for the sexual abuse in the light of national criminal law and Canon Law. This is significant because the position of pastor could influence also the responsibility according to secular criminal law, and on the other side, the responsibility in criminal law is not only one and the consequences for clerics will appear also in the scope of Canon law. The criminal and Canon Law responsibility exist separately but in this case is important to think how they influence each other.

Streszczenie

Wykorzystywanie seksualne w świetle prawa kanonicznego Kościoła rzymskokatolickiego i krajowego prawa karnego na przykładzie Słowacji

Słowa kluczowe: prawo karne, prawo kanoniczne, wykorzystywanie seksualne, sankcje, odpowiedzialność karna, ksiądz.

Ostatnimi czasy mamy do czynienia z nowymi przepisami prawa Kościoła rzymskokatolickiego, które koncentrują się na karaniu za wykorzystywanie seksualne nieletnich, ogłoszonymi 1 czerwca 2021 r. Nowe przepisy powinny wejść w życie 8 grudnia 2021 r. Jest to dobra okazja do analizy tego specyficznego problemu społecznego, jakim jest wykorzystywanie seksualne, i jego karania (z perspektywy religijnej i świeckiej). Autorzy przytaczają przykład prawa krajowego Słowacji, porównując z prawem Kościoła rzymskokatolickiego, oraz sposoby radzenia sobie z problemem wykorzystywania seksualnego.

W niniejszym artykule opisano odpowiedzialność karną księży i kleryków za nadużycia seksualne w świetle krajowego prawa karnego i prawa kanonicznego. Jest to o tyle istotne, że pozycja księdza może wpływać także na odpowiedzialność według świeckiego prawa karnego, a z drugiej strony odpowiedzialność karna nie jest jedyną, zatem konsekwencje dla duchownych pojawiają się także w zakresie prawa kanonicznego. Odpowiedzialność karna i kanoniczna istnieje oddzielnie, ale w tym przypadku ważne jest, aby zastanowić się, w jaki sposób wpływają na siebie.

Katarzyna Karolina Borkowska

Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie

ORCID: 0000-0002-4529-5805

katarzyna.karolina.borkowska@gmail.com

Namowa i pomoc do samobójstwa w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne

Uwagi wstępne

Według danych Światowej Organizacji Zdrowia co roku życie odbiera sobie ponad 700 000 osób, co oznacza, że co 40 sekund ktoś popełnia samobójstwo¹. Zjawisko samobójstwa stanowi ważny problem społeczny i kryminologiczny², jak również prawny³, a wraz z rozwojem techniki nabrało nowego wymiaru⁴. Sieć cyfrowa stała się narzędziem wykorzystywanym do odebrania sobie życia⁵, stanowiąc jednocześnie podwaliny nowej dziedziny wiedzy – cybersuicydologii (*cybersuicidology*), a więc nauki zajmującej się całością zjawisk związanych z samobójstwami, na które miał wpływ Internet⁶. Postęp społeczny dodatkowo spotęgował już istniejące wątpliwości natury prawnej w zakresie formy reakcji na akt suicydalny – człowiek dysponuje przecież prawem do samostanowienia, które obejmuje również wolność podejmowania decyzji w przedmiocie zakończenia egzystencji⁷. Nadal kontrowersyjna – zarówno prawnie, jak

¹ Światowa Organizacja Zdrowia, *Suicide data*, <https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/suicide-data> (data dostępu: 30.08.2021).

² B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1986, s. 214–220.

³ W zakresie prawnych aspektów zjawiska samobójstwa por. prace K. Burdziaka: *Samobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2019; idem, *Samobójca czy zabójca? Kilka słów na temat statusu samobójstwa w polskim prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 4, s. 130–143.

⁴ P. Drzewiecki, *Samobójstwa nastolatków w Internecie w perspektywie pedagogiki mediów*, „Kultura – Media – Teologia” 2011, nr 5, s. 61–73.

⁵ A.O. Alao, M. Soderberg, E.L. Pohl, A.L. Alao, *Cybersuicide: review of the role of the internet on suicide*, „Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking” 2006, nr 9(4), s. 489–493.

⁶ D. Zero, *Cybersuicydologia – nowe technologie a samobójstwo*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 1, s. 35.

⁷ A.J. McCormick, *Self-determination, the right to die, and culture: a literature review*, „Social Work” 2011, t. 56, nr 2, s. 119–128.

też etycznie – pozostaje legalizacja eutanazji i wspomaganego samobójstwa⁸. Siłą rzeczy dyskusyjna pozostaje także prawna reakcja na udział osoby trzeciej w samobójstwie, które samo w sobie – co do zasady – we współczesnym świecie nie podlega penalizacji⁹.

Należy wskazać, że między ustawami karnymi państw europejskich istnieją różnice w reakcji penalnej na podżeganie innej osoby do samobójstwa albo na udzielenie jej w tym pomocy¹⁰. Dyferencje te dają się zauważyć również w przypadku polskiego i austriackiego prawa karnego. Dlatego też przedmiotem badań uczyniono regulacje prawne penalizujące podżeganie do samobójstwa w polskiej i austriackiej ustawie karnej. Cel badań stanowiło natomiast ukazanie zbieżności oraz odrębności między obydwoma unormowaniami. Problem badawczy określono następująco: jakie są wspólne i odmienne cechy polskiej i austriackiej regulacji prawnej dotyczącej namowy i pomocy do samobójstwa. W ślad za tak skonkretyzowanym problemem badawczym obrano następującą hipotezę badawczą: polska i austriacka regulacja prawna dotycząca przestępstwa namowy i pomocy do samobójstwa wykazuje zarówno podobieństwa, jak i różnice, w swojej zawartości normatywnej. Aby zweryfikować przedmiotową hipotezę badawczą, posłużono się komparatystyczną metodą badań. Merytoryczna część niniejszego opracowania została podzielona na trzy części: pierwsza z nich została poświęcona stanowi prawnemu w Polsce, druga – w Austrii, w trzeciej zaś dokonano porównania obu regulacji oraz wyciągnięto wnioski. Za cezurę aktualności stanu prawnego przyjęto datę 30 sierpnia 2021 r.

Ponadto należy wskazać, że obecnie brakuje w Polsce studium poświęconego zagadnieniu podżegania do samobójstwa w aspekcie prawnoporównawczym dedykowanego szczegółowemu porównaniu przepisów prawnych dwóch państw. Literatura przedmiotu koncentruje się wokół samobójstwa jako zjawiska kryminologicznego i prawnego (w tym miejscu należy wyszczególnić prace autorstwa Konrada Burdziaka¹¹, Rajnhardta Kokota¹² oraz opracowanie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości¹³) albo jedynie ogólnie dotyka warstwy porównawczej (w tym przedmiocie warto wskazać na publikacje Marka

⁸ D. Zannoni, *Right or duty to live? Euthanasia and assisted suicide from the perspective of the European Convention on Human Rights*, „European Journal of Legal Studies” 2020, t. 12, nr 2, s. 181–212; M. Michalska-Suchanek, *Fenomen samobójstwa. Długa historia krótko opisana*, Mikołów 2011, s. 8.

⁹ T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2015, s. 187–189.

¹⁰ Opracowanie służby naukowej Bundestagu, *Zur Rechtslage bei der Beihilfe am Suizid in Deutschland, Belgien, den Niederlanden und der Schweiz*, 2015, s. 1–10.

¹¹ K. Burdziak, *Samobójca czy zabójca?...*, idem, *Samobójstwo w prawie...*

¹² R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., cz. I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, nr 35, s. 13–26; idem, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., cz. II*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, nr 36, s. 25–36.

¹³ M. Mozgawa, P. Bachmat, *Przestępstwo doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (art. 151 k.k.) – analiza akt sądowych*, Warszawa 2016.

Kulika¹⁴ oraz Andrzeja Gawlińskiego i Daniela Zero¹⁵). Zagraniczne opracowania zawierające rozważania *stricte* komparatystyczne nie obejmują natomiast swoim zakresem polskich przepisów¹⁶.

Namowa i pomoc w doprowadzeniu do samobójstwa w polskim prawie karnym

W polskim prawie karnym podżeganie do samobójstwa jest penalizowane przez art. 151 Kodeksu karnego¹⁷ (dalej jako k.k.), który stanowi, że kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Przestępstwo to należy do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (rozdział XIX k.k.), z uwagi na treść znamion czasownikowych nie stanowi jednak uprzywilejowanego typu zabójstwa¹⁸. Z racji wysokości ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności kwalifikowane jest do kategorii występków.

Tradycją polskiego prawa karnego jest bezkarność samobójstwa¹⁹, samobójstwo samo w sobie nie stanowi przestępstwa²⁰. Człowiekowi wolno dysponować swoim życiem²¹, dlatego też podżeganie i pomocnictwo do samobójstwa nie jest karalne na zasadach ogólnych (art. 18 k.k.)²². Przepis penalizuje zachowanie stanowiące podżeganie i pomocnictwo do czynu, który nie jest dla

¹⁴ M. Kulik, *Odpowiedzialność karna za podżeganie lub pomocnictwo do samobójstwa w wybranych państwach*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Samobójstwo*, Warszawa 2017, s. 119–144.

¹⁵ A. Gawliński, D. Zero, *Namowa lub pomoc w samobójstwie – aspekty prawnokarne, porównawcze i kryminalistyczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52, s. 113–132.

¹⁶ H. Steidl, *Die Grenzen des „Selbstmordes“ bei § 78 StGB*, Diplomarbeit aus Straf- und Strafverfahrensrecht zur Erlangung des akademischen Grades einer Magistra der Rechtswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Paris-Lodron-Universität Salzburg, Uniwersytet w Salzburgu, Salzburg 2020; opracowanie służby naukowej Bundestagu, *Zur Rechtslage...*

¹⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

¹⁸ R. Kokot, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 928; J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa i udzielenie pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11, s. 46–47. W doktrynie akcentuje się, że „czym innym jest czynność wykonawcza polegająca na »zabijaniu człowieka«, a czym innym ta, która polega na »doprowadzaniu człowieka...«” (zob. J.K. Warylewski, *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 3, s. 75–78).

¹⁹ B. Michalski, *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, s. 176.

²⁰ A. Gawliński, D. Zero, op. cit., s. 116.

²¹ W medycznym prawie karnym wskazuje się, że „polski system prawa w zakresie życia i zdrowia niekiedy zezwala człowiekowi na swobodne podejmowanie decyzji ich dotyczących – w tym nawet powodujących unicestwienie tych dóbr (oczywiście, jeśli ma on zdolność po temu, by takie decyzje podejmować)” – zob. T. Dukiet-Nagórska, *Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, nr 43, s. 83–96.

²² I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 134.

sprawcy czynem zabronionym²³. Przestępstwo z art. 151 k.k. stanowi *delictum sui generis*²⁴, a do podżegania i pomocnictwa w ujęciu art. 151 k.k. nie stosuje się przepisów części ogólnej k.k. dotyczących form współdziałania przestępnego, gdyż takowe w tym przypadku nie zachodzi²⁵. Brak przepisu dotyczącego się *stricto* podżegania bądź pomocy do samobójstwa powodowałby niemożność przypisania odpowiedzialności karnej osobie współdziałającej z samobójcą²⁶.

Sprawcą przestępstwa z art. 151 k.k. może być każdy podmiot zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, jest to bowiem przestępstwo powszechne²⁷. W przypadku udzielenia pomocy do samobójstwa poprzez zaniechanie przestępstwo to ma charakter indywidualny – może się go dopuścić wyłącznie ten, na kim ciąży prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k.), który w przypadku czynu z art. 151 k.k. przybiera formę niedopuszczenia do popełnienia samobójstwa przez daną osobę²⁸.

Od strony podmiotowej namowa i pomoc do samobójstwa stanowi przestępstwo umyślne, przy czym w przypadku namowy możliwe jest jego popełnienie jedynie w zamiarze bezpośrednim, natomiast w przypadku pomocy – zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak też ewentualnym²⁹.

Głównym przedmiotem ochrony przepisu art. 151 k.k. jest życie człowieka³⁰. Jako poboczny przedmiot ochrony doktryna wskazuje wolność od wywierania destrukcyjnego wpływu na sposób dysponowania własnym życiem³¹.

Przedmiotem wykonawczym w przypadku czynu z art. 151 k.k. pozostaje „człowiek zdolny do właściwego rozpoznania czynu w postaci targnięcia się na

²³ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, art. 151; idem, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 151.

²⁴ B. Hołyst, *Suicydologia*, Warszawa 2012, s. 177; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 95.

²⁵ Wyrok SN z 20 listopada 2014 r., sygn. akt IV KK 257/14, Lex nr 1941900.

²⁶ V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 151.

²⁷ M. Grudecki, *Wybrane prawnokarne aspekty prób samobójczych, nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019, nr 2, s. 60-80; M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 151; M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 151.

²⁸ V. Konarska-Wrzosek, op. cit., art. 151; A. Zoll, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: Część I. *Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, art. 151; J. Giezek, *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 151.

²⁹ V. Konarska-Wrzosek, op. cit., art. 151; A. Zoll, op. cit., art. 151; J. Giezek, op. cit., art. 151; M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 151; M. Szwarczyk, op. cit., art. 151; R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 932; J. Kosonoga-Zygmunt, op. cit., s. 51.

³⁰ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 151; J. Kosonoga-Zygmunt, op. cit., s. 47.

³¹ R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 927; J. Giezek, op. cit., art. 151.

własne życie i mający obiektywną możliwość podjęcia takich działań”³². Przedmiot czynności wykonawczej musi więc rozumieć znaczenie aktu samobójczego³³, a ponadto mieć możliwość podjęcia takowego działania³⁴. Jeżeli ofiarą pozostaje osoba małoletnia lub upośledzona, to w takim przypadku namowa do samobójstwa i udzielanie w nim pomocy powinny być kwalifikowane jako zabójstwo³⁵ (art. 148 § 1 [bądź § 2] k.k., a w pewnych stanach faktycznych – nawet jako czyn z art. 148 § 3 k.k.³⁶). Andrzej Zoll jako dolny wiek zdolności do rozpoznania znaczenia samobójczego zamachu, posiłkując się granicą zawartą w przepisie³⁷ art. 32 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty³⁸, wskazuje wiek 16 lat³⁹. Andrzej Wąsek proponuje natomiast wiek 18 lat, a więc moment uzyskania pełnoletności⁴⁰. Zdaniem Violetty Konarskiej-Wrzošek wyznaczanie sztywnej granicy wieku nie jest uzasadnione, należy natomiast badać *ad casum*, czy ofiara była w stanie rozpoznać znaczenie i skutki samobójczego zamachu⁴¹. Osoba ofiary może pozostawać dla sprawcy anonimowa – wyczerpanie znamion art. 151 k.k. stanowi również namowa lub udzielenie pomocy do samobójstwa poprzez sieć Internet osobie nieznanej sprawcy⁴². Musi to być jednak osoba oznaczona; samo publiczne nawoływanie do popełnienia samobójstwa albo rozpowszechnianie ogólnych materiałów instruktażowych nie wyczerpuje znamion przepisu art. 151 k.k.⁴³ Sprawca może podlegać do samobójstwa także grupę osób – pod warunkiem, że krąg adresatów tej czynności pozostaje skonkretyzowany (np. członkowie sekty)⁴⁴.

³² R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 927.

³³ A. Zoll, op. cit., art. 151.

³⁴ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151.

³⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 238; D.J. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 3, s. 69–70; A. Lebiec, *Samobójstwo w ujęciu wielopłaszczyznowym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2013, nr 3, s. 6; wyrok SA w Gdańsku z 19 listopada 2009 r., II AKa 276/09, „Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku” 2011, nr 1, s. 96–99.

³⁶ J. Malczewski, *Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11, s. 20–35.

³⁷ Zgodnie z przepisem art. 32 ust. 2 i 5 przedmiotowej ustawy, jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego. Jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego zgoda.

³⁸ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.).

³⁹ A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁴⁰ A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 75.

⁴¹ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151.

⁴² R. Kokot, *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k.*, cz. II, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, nr 36, s. 25–36.

⁴³ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 335.

⁴⁴ R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 930.

Znamieniem czasownikowym przestępstwa z art. 151 k.k. jest doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie. Oznacza to, że to suicydent, zachowując swobodę decyzyjną, dokonuje aktu odebrania sobie życia⁴⁵. Sprawca ma „kierować postępowaniem innej osoby stając się przyczyną jej samobójstwa”⁴⁶. Należy się zgodzić z V. Konarską-Wrzošek, która wskazuje, że „użycie w art. 151 k.k. znamienia czynnościowo-skutkowego »doprowadza« oznacza, że nie wystarcza, aby sprawca swoim zachowaniem wzbudził u ofiary zamiar popełnienia samobójstwa lub cokolwiek pomógł jej w tym (...), konieczne jest, aby spowodował faktyczne podjęcie się realizacji aktu samobójczego przez ofiarę (bez względu na jego ostateczny wynik) lub pomógł jej realnie i znacząco (fizycznie lub psychicznie) w akcie samobójstwa”⁴⁷. Zachowanie sprawcy musi ponadto cechować się taką intensywnością, aby stać się przyczynkiem do targnięcia się ofiary na życie, tzn. warunkować wprowadzenie w czyn decyzji o pozbawieniu się życia⁴⁸. Pomiedzy zachowaniem sprawcy i samobójstwem musi zachodzić związek kauzalny tego rodzaju, że bez namowy lub udzielenia pomocy do zamachu samobójczego by nie doszło⁴⁹. Zaznaczenia także wymaga, że sama czynność doprowadzenia nie musi wynikać ze złej woli sprawcy⁵⁰ – przepis art. 151 k.k. nie wymaga, aby działanie sprawcy było nacechowane konkretnym motywem bądź celem⁵¹. Pobudki namowy bądź pomocy do samobójstwa są więc prawnie nieistotne⁵².

Art. 151 k.k. zawiera dwa alternatywne znamiona tyżące się czynności sprawczej. Są nimi: namowa drugiej osoby do targnięcia się na własne życie oraz udzielenie pomocy do takiego targnięcia się⁵³. W zakresie eksplikacji znamienia „namowy” w doktrynie spotykane są trzy koncepcje. Według pierwszej z nich pojęcie to powinno być interpretowane zbieżnie z „podżeganiem” w ujęciu art. 18 § 2 k.k.⁵⁴ Drugi pogląd zakłada, że „namowa” jest terminem o węższym zakresie strony przedmiotowej niż „nakłanianie”, a to ze względu

⁴⁵ J. Kosonoga-Zygmunt, *Swoboda decyzji woli suicydenta jako przesłanka odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 151 k.k.*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2015, nr 2, s. 23-36.

⁴⁶ I. Andrejew, op. cit., s. 134.

⁴⁷ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151.

⁴⁸ R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 928.

⁴⁹ Ibidem; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 477.

⁵⁰ J.K. Warylewski, *W sprawie...*, s. 75-78.

⁵¹ J. Malczewski, *Problemy z...*, s. 20-35.

⁵² Odmienne uważa Krzysztof Poklewski-Koziół, zdaniem którego „dyspozycja art. 151 [k.k. – przyp. aut.] przewiduje działanie sprawcy, który w jakimś własnym interesie, ze złą wolą, dąży do pozbawienia życia określonego człowieka i w tym celu doprowadza do jego targnięcia się na własne życie (...). Wyraz »doprowadza« odnosi się zarówno w języku potocznym, jak i prawnokarnym do czegoś, co ocenia się negatywnie” – zob. K. Poklewski-Koziół, *Obowiązek ochrony życia pacjenta a prawo człowieka do godnej śmierci [głos w dyskusji]*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 105. Wydaje się, że pogląd ten należy uznać za odosobniony.

⁵³ A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁵⁴ Ibidem; M. Szwarczyk, op. cit., art. 151; A. Zoll, R. Kokot, *Z problematyki...*, cz. I, s. 13-26; wyrok SO w Częstochowie z 3 października 2012 r., sygn. akt II K 186/08, Lex nr 2484316.

na konieczność werbalnego wyrażenia⁵⁵. Trzecie stanowisko oparte jest na dystynkcji poziomu nasilenia działania sprawcy – jak wskazuje Leon Tyszkiewicz, „podżeganie zostało określone znamieniem »namawia«, zamiast »nakłania«, co oznacza, że zakres form podżegania został ograniczony i to do tych postaci, które są mniej intensywne”⁵⁶. Samą „namowę” należy natomiast rozumieć jako „oddziaływanie na sferę intelektualną, jak i emocjonalną innej osoby, mające wywołać u niej zamiar popełnienia samobójstwa”⁵⁷ oraz jako „wpłynięcie na inną osobę by nie odstępowała od powziętego zamiaru (...), zwłaszcza zaś ponaglanie innej osoby do realizacji zaplanowanego czynu”⁵⁸. Namowa może przybierać postać prośby, sugestii, rady, propozycji, zalecenia⁵⁹. Wyłączone spod pojęcia „namowy” pozostają groźby⁶⁰ czy użycie przemocy⁶¹. „Udzieleniem pomocy” jest natomiast każda czynność, która umożliwia lub ułatwia popełnienie aktu samobójczego, a w tym dostarczenie narzędzi, udzielenie rady⁶² czy też utwierdzenie ofiary w już powziętym przez nią zamiarze (pomocnictwo intelektualne)⁶³. Pokrzywdzony nie musi mieć świadomości udzielanej mu pomocy⁶⁴. Pomoc musi jednak nastąpić przed podjęciem zamachu na własne życie – udzielenie pomocy już w trakcie czynu jest niemożliwe, bowiem skutek w postaci targnięcia się na własne życie został już w tym momencie zrealizowany⁶⁵. W praktyce może zdarzyć się sytuacja, gdy sprawca zrealizuje oba znamiona czynności sprawczej z art. 151 k.k., tj. najpierw namówi inną osobę do popełnienia samobójstwa, a następnie udzieli jej w tym pomocy⁶⁶. Zaakcentowania wymaga także, że doprowadzenie do samobójstwa w sposób inny niż poprzez nakłonienie lub udzielenie pomocy pozostaje poza dyspozycją przepisu art. 151 k.k., co jednocześnie oznacza, że możliwe jest ich zakwalifikowanie m.in. jako zabójstwo⁶⁷.

⁵⁵ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 151 k.k.; R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 929; K. Burdziak, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4, s. 175–187.

⁵⁶ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 151.

⁵⁷ J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa i udzielenie...*, s. 50.

⁵⁸ Wyrok SN z dnia 24 stycznia 1967 r., sygn. akt II KR 211/66, niepublikowany.

⁵⁹ R. Kokot, *Komentarz do...*, s. 929.

⁶⁰ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 251.

⁶¹ J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa i udzielenie...*, s. 55–56.

⁶² V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151.

⁶³ P. Góralski, *Pomoc i namowa do samobójstwa (art. 151 k.k.) w poglądach doktryny oraz danych statystycznych*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2003, nr 13, s. 35–52.

⁶⁴ R. Kokot, *Z problematyki...*, cz. II, s. 25–36.

⁶⁵ J. Giezek, op. cit., art. 151; R. Fluder, *Namowa i pomoc do targnięcia się na własne życie – zagadnienia wybrane*, [w:] P. Góralski (red.), *Problematyka ochrony życia i zdrowia ludzkiego w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 57.

⁶⁶ B. Michalski, op. cit., s. 179.

⁶⁷ P. Konieczniak, *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa (na marginesie sporu J. Warylewski – K. Poklewski-Koziell)*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 5, s. 72–78.

Przestępstwo z art. 151 k.k. ma charakter materialny – do jego dokonania konieczny jest skutek w postaci targnięcia się ofiary na życie⁶⁸. Skutkiem czynu jest sam zamach samobójczy⁶⁹. Przestępstwo jest dokonane z chwilą podjęcia próby samozagłady, jej rezultat jest natomiast prawnie irrelevantny⁷⁰. Jeżeli do targnięcia się na własne życie nie doszło, sprawca odpowie za usiłowanie⁷¹. Usiłowanie przestępstwa z art. 151 k.k. zachodzi również wtedy, gdy sprawca wzbudził w ofierze zamiar targnięcia się na własne życie, jednak ofiara swoim działaniem nie wykroczyła poza granice czynności przygotowawczych do samobójstwa⁷².

Namowa i pomoc do samobójstwa są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Przestępstwo to stanowi występki⁷³, który jest ścigany z urzędu⁷⁴.

Wskazać należy, że w Polsce corocznie wszczynana jest znacząca liczba postępowań, których przedmiotem pozostaje czyn z art. 151 k.k. W ciągu ostatnich pięciu lat liczba ta przekroczyła 3000 postępowań rocznie (2020 r. – 3458, 2019 r. – 3543, 2018 r. – 3406, 2017 r. – 3385, 2016 r. – 3024). Niska jest natomiast liczba przestępstw stwierdzonych⁷⁵. W 2020 r. stwierdzono 11 podżegań do samobójstwa, w 2019 r. – 18, w 2018 r. – 20, w 2017 r. – 27 (i był to najwyższy poziom pod rządami k.k. z 1997 r.), w 2016 – 11⁷⁶. Dla porównania – w przypadku zabójstw (art. 148 k.k.) w ciągu ostatnich pięciu lat liczba wszczętych postępowań wynosiła odpowiednio: 657 (2020 r.), 600 (2019 r.), 542 (2018 r.), 557 (2017 r.) i 514 (2016 r.), natomiast liczba stwierdzonych przestępstw była równa odpowiednio: 641 (2020 r.), 524 (2019 r.), 531 (2018 r.), 513 (2017 r.) i 456 (2016 r.)⁷⁷. Liczba przestępstw stwierdzonych stanowi więc w przypadku podżegania do samobójstwa niewielki ułamek liczby prowadzonych postępo-

⁶⁸ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151; J. Giezek, op. cit., art. 151; A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁶⁹ A. Marek, op. cit., art. 151.

⁷⁰ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151; J. Giezek, op. cit., art. 151; A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁷¹ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151; A. Zoll, op. cit., art. 151; A. Marek, op. cit., art. 151; L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 151.

⁷² A. Mazurek, *Odpowiedzialność karna za podżeganie lub pomocnictwo do samobójstwa oraz doprowadzenie do zamachu samobójczego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1980, nr 1, s. 69.

⁷³ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 151.

⁷⁴ A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁷⁵ W statystyce policyjnej za przestępstwo stwierdzone uważa się „przestępstwo będące zbrodnią lub występkiem ściganym z oskarżenia publicznego, w tym także przestępstwem skarbowym, objęte postępowaniem przygotowawczym zakończonym, w wyniku którego potwierdzono zaistnienie czynu zabronionego” – statystyka Policji, *Uwagi i definicje*, <https://statystyka.policja.pl/download/20/232288/Uwagiidefinicje.docx> (data dostępu: 30.08.2021).

⁷⁶ Statystyka Policji, *Namowa lub pomoc do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63420,Namowa-lub-pomoc-do-samobojstwa-art-151.html> (data dostępu: 30.08.2021).

⁷⁷ Statystyka Policji, *Zabójstwo (art. 148 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63411,Zabojstwo-art-148.html> (data dostępu: 30.08.2021).

wań⁷⁸. Zdaniem Józefa Gurgula⁷⁹ jeszcze mniej spraw karnych znajduje swój finał w sądzie – przyczyną jest to, że zazwyczaj „w wypadku popełnienia samobójstwa organy ścigania podejmują (...) czynności w celu ustalenia, czy nie zostało popełnione jakieś przestępstwo (w tym z art. 151 k.k.)”⁸⁰. Aby przedstawić pełen obraz statystyczny, warto w tym miejscu przytoczyć jeszcze liczbę zamachów samobójczych zakończonych zgonem na terenie całego kraju; w 2020 r. stwierdzono ich 5165, w 2019 r. – 5255, w 2018 r. – 5182, w 2017 r. – 5276⁸¹, a w 2016 r. – 5405⁸².

Namowa i pomoc do samobójstwa w austriackim prawie karnym

W austriackim prawie karnym namowa i pomoc do samobójstwa jest stygmatyzowana w § 78 ustawy karnej (dalej jako StGB)⁸³. Przepis ten stanowi, że kto nakłania inną osobę do samobójstwa lub udziela jej w tym pomocy, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat⁸⁴. Przedmiotem penalizacji cytowanego przepisu pozostaje „współdziałanie w samobójstwie” (*Mitwirkung am Selbstmord*). Przepis ten zawarty jest w pierwszym rozdziale części szczególnej ustawy karnej, który dedykowany jest przestępstwom przeciwko życiu i zdrowiu (*Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben*). W doktrynie prawa karnego podkreśla się, że przepis § 78 StGB stanowi *delictum sui generis* i nie jest uprzywilejowanym typem morderstwa (§ 75 StGB)⁸⁵.

⁷⁸ Do podobnych wniosków doszli Marek Mozgawa i Paweł Bachmat, którzy przeanalizowali dane z lat wcześniejszych (do 2014 r. włącznie) – M. Mozgawa, P. Bachmat, op. cit., s. 34.

⁷⁹ J. Gurgul, *Postępowanie przygotowawcze dotyczące samobójstwa (wybrane problemy)*, „Problemy Praworządności” 1990, nr 4–5, s. 4.

⁸⁰ A. Wąsek, op. cit., s. 65.

⁸¹ Statystyka Policji, *Zamachy samobójcze od 2017 r.*, <https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/zamachy-samobojcze/63803,Zamachy-samobojcze-od-2017-roku.html> (data dostępu: 30.08.2021).

⁸² Statystyka Policji, *Zamachy samobójcze od 2013 r. do 2016 r.*, <https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/zamachy-samobojcze/122324,Zamachy-samobojcze-od-2013-do-2016.html> (data dostępu: 30.08.2021).

⁸³ Ustawa z dnia 23 stycznia 1974 r. – kodeks karny (*Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* [Strafgesetzbuch – StGB]), Bundesgesetzblatt 1974, nr 60 z późn. zm.

⁸⁴ Przepis § 78 StGB ma następującą treść: „Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen”.

⁸⁵ W austriackim prawie karnym podstawowym typem przestępstwa penalizującym zabicie człowieka jest morderstwo (*Mord*) – szerzej na ten temat: K.K. Borkowska, *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, Warszawa 2020, s. 292–293. W doktrynie wskazuje się, że przestępstwem uprzywilejowanym jest zabójstwo eutanatyczne (§ 77 StGB), natomiast podżeganie do samobójstwa (§ 78 StGB) stanowi samodzielny typ czynu zabronionego – zob. G. Burda, *Der Suizid im Strafrecht*, Exposé zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel, Uniwersytet w Wiedniu, Wiedeń 2017, s. 6.

Z racji wysokości ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności współdziałanie w samobójstwie pozostaje występkiem (*das Vergehen*) – § 17 ust. 1 i 2 StGB.

Samo samobójcze działanie nie jest w Austrii penalizowane. Dlatego też zawarcie w ustawie przepisu penalizującego podżeganie do samobójstwa jest konieczne, aby móc karać zachowania takiego rodzaju – karanie form zjawiskowych w postaci podżegania i pomocnictwa ma miejsce jedynie w przypadku czynów zabronionych, do których – jak już wcześniej zauważono – samobójstwo nie należy⁸⁶.

Na potrzeby dalszych rozważań należy w tym miejscu poczynić uwagę o wyroku austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 11 grudnia 2020 r.⁸⁷, który orzekł, że znamie „lub udziela jej w tym pomocy” zawarte w przepisie § 78 StGB jest niezgodne z Konstytucją⁸⁸ i przepis utraci moc w tym zakresie z końcem 31 grudnia 2021 r.⁸⁹ Trybunał, uzasadniając orzeczenie, wskazał, że gwarantowane konstytucyjnie prawo jednostki do swobodnego samostanowienia obejmuje także prawo do godnej śmierci, którego elementem jest możliwość szukania przez osobę chcącą dokonać aktu samobójczego pomocy u osoby trzeciej. Ustanowienie generalnego zakazu udzielania pomocy w samobójstwie stanowi zbyt intensywną ingerencję w prawo jednostki do samostanowienia. Jeżeli wola popełnienia samobójstwa jest wynikiem swobodnej decyzji suicydenta, to musi być respektowana przez ustawodawcę. Jednocześnie jego rolą jest podjęcie takich środków, aby umożliwić suicydentowi powzięcie swobodnej decyzji, bez wpływu osób trzecich. Trybunał podkreślił dodatkowo, że nakłanianie do popełnienia samobójstwa pozostaje przestępstwem (pierwsze znamie z przepisu § 78 StGB). Decyzja o popełnieniu samobójstwa z pomocą osoby trzeciej jest bowiem chroniona konstytucyjnie tylko wtedy, gdy została podjęta dobrowolnie i bez żadnego wpływu. Warunek ten nie jest spełniony, jeżeli akt samobójczy wynika z namowy osoby trzeciej⁹⁰.

⁸⁶ H. Steidl, op. cit., s. 5; orzeczenie OGH z 27 października 1998 r., 11 Os 82/98 i 11 Os 83/98, „Evidenzblatt der Rechtsmittellentscheidungen” 1999, nr 71, s. 316.

⁸⁷ W rozpoznawanej sprawie Trybunał zajmował się przepisami § 77 StGB i § 78 StGB penalizującymi odpowiednio zabójstwo eutanatyczne (*Tötung auf Verlangen*) oraz podżeganie do samobójstwa (*Mitwirkung am Selbstmord*).

⁸⁸ Federalna ustawa konstytucyjna Republiki Austrii z dnia 1 października 1920 r. (*Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird [Bundes-Verfassungsgesetz]*), Bundesgesetzblatt 1920, nr 1 z późn. zm.

⁸⁹ Wyrok VfGH z 11 grudnia 2020 r., G 139/2019, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_2020121119G00139_00/JFT_20201211_19G00139_00.pdf (data dostępu: 30.08.2021).

⁹⁰ Na marginesie warto także wskazać, że orzeczenie zapadło w kontekście coraz silniej widocznego problemu wspomagane samobójstwa wśród osób nieuleczalnie chorych i wiążącej się z tym odpowiedzialności karnej lekarzy. Trybunał w tym samym orzeczeniu badał także konstytucyjność przepisu § 77 StGB penalizującego zabójstwo eutanatyczne (*Tötung auf Verlangen*). Trybunał nie dopatrzył się w tym zakresie niezgodności z ustawą zasadniczą, wskazując, że jest to przestępstwo uprzywilejowane. W przypadku uchylenia przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność karną, zabójstwo eutanatyczne podlegałoby ocenie przez pryzmat znamion

Mając na uwadze zapadłe orzeczenie, należy spodziewać się reformy przepisu § 78 StGB. W przypadku braku reakcji ustawodawcy poczynwszy od dnia 1 stycznia 2022 r. przepis § 78 StGB będzie miał natomiast następującą treść: kto nakłania inną osobę do samobójstwa, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat⁹¹.

Przestępstwo stypizowane w przepisie § 78 StGB jest przestępstwem powszechnym. Może je popełnić każdy zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, o czym przesądza zaimek rzeczowny rozpoczynający przepis (kto – *wer*). W przypadku zaniechania sprawca musi mieć status gwaranta (§ 2 StGB), który może wynikać z samego prawa, umowy bądź z podjętych dotychczas czynności⁹². W takiej sytuacji przestępstwo to jest indywidualne.

Od strony podmiotowej czyn z § 78 StGB charakteryzuje się umyślnością. Konieczne jest istnienie co najmniej zamiaru ewentualnego, który przejawia się w tym, że sprawca co najmniej godzi się na to, że pomaga w samobójstwie innej osobie⁹³.

Przedmiotem ochrony przepisu § 78 StGB jest przede wszystkim życie ludzkie i fizyczna integralność człowieka⁹⁴. Niemniej jednak w doktrynie panuje przekonanie, że przepis § 78 StGB obejmuje swoją ochroną także takie wartości jak prawo do życia prywatnego, prawo do życia rodzinnego oraz prawo do samostanowienia⁹⁵.

Przedmiotem wykonawczym czynu stypizowanego w § 78 StGB jest człowiek, który jest świadomy znaczenia samobójczego zamachu, tj. tego, że jego zachowanie prowadzi do śmierci. Ofiara musi mieć wolę popełnienia samobójstwa, akt suicydalny musi być wynikiem jej swobodnej decyzji⁹⁶. Przyjęcie kwalifikacji z przepisu § 78 StGB jest niemożliwe, kiedy zdolność ofiary do rozumienia znaczenia czynu doznała upośledzenia⁹⁷. W praktyce problematyczne do zakwalifikowania są przypadki, gdy ofiara jest nieletnia, w podeszłym

morderstwa (ewentualnie zabójstwa), a istniejące dotychczas wątpliwości związane ze wspomaganym samobójstwem i tak nie zostałyby rozstrzygnięte.

⁹¹ M. Halmich, *VfGH lockert Sterbehilfe – wie geht es nun weiter?*, „Pflegegeld & Sozialrecht” 2021, nr 1, s. 14–17.

⁹² O. Maleczky, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wiedeń 2015, s. 65.

⁹³ A. Birklbauer, M. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń 2017, § 78, nb 9.

⁹⁴ A. Grünauer, *Mitwirkung am Selbstmord: Analyse, Rechtsvergleich und Reformüberlegungen*, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magistra der Rechtswissenschaften im Diplomstudium Rechtswissenschaften, Uniwersytet Johannes Kepler w Linzu, Linz 2019, s. 7.

⁹⁵ M. Schörghuber, *§ 78 StGB – eine tragende Wand im Gebäude des rechtlichen Lebens- und Selbstbestimmungsschutzes*, „Imago Hominis” 2020, t. 27, z. 3, s. 150–157.

⁹⁶ A. Birklbauer, M. Hilf, A. Tipold, op. cit., 78, nb 6 i nast.; P. Velten, *Kommentar zu § 78 StGB*, [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wiedeń 2018, nb 25.

⁹⁷ E. Wach, *Strafrechtliche Probleme des Selbstmords*, „Österreichische Juristen-Zeitung” 1978, z. 18, s. 481; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń 2018, s. 19; orzeczenie OGH z 27 października 1998 r., 11 Os 82/98 i 11 Os 83/98, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1999, nr 71, s. 316.

wieku czy chora psychicznie⁹⁸. W braku wskazań ustawowych poszczególne kryteria takowej oceny zostały sformułowane przez orzecznictwo. Judykatura konsekwentnie wyklucza możliwość podjęcia swobodnej decyzji w przedmiocie powzięcia aktu samobójczego przez osoby poniżej 14 roku życia⁹⁹. Jednocześnie Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń wprost sformułował pogląd, że „chęć nieletniego do popełnienia samobójstwa nie jest w żadnym wypadku rozstrzygająca”¹⁰⁰, co sugerowałoby konieczność oceny stanu psycho-fizycznego takiej osoby *ad casum*¹⁰¹. W orzecznictwie podkreśla się, że jeżeli suicydent nie może swobodnie podjąć decyzji o dokonaniu samobójczego zamachu, to stanowi zarazem nie tylko ofiarę, ale też narzędzie w rękach osoby podlegającej i w grę wchodzi ocena zachowania podlegacza przez pryzmat znamion morderstwa (§ 75 StGB)¹⁰². Dotychczas w sądownictwie za osoby niezdolne do podjęcia samodzielnej decyzji o dokonaniu samobójczego zamachu uznano m.in. 12-letniego chłopca¹⁰³ czy osobę w stanie całkowitego odurzenia¹⁰⁴. W przypadku pozostawania pod wpływem alkoholu w doktrynie wskazuje się granicę zawartości od około 3 promili alkoholu we krwi wzwyż, niemniej jednak w konkretnym przypadku ilość ta może być większa¹⁰⁵. Ogólnie w judykaturze akcentowane jest, że to suicydent musi mieć zamiar pozbawienia siebie samego życia. Zamiar ten może zostać zrealizowany także wtedy, gdy ofiara naraża się na ryzyko śmierci stworzone przez osobę trzecią i nie zapobiega jej, chociaż mogłaby to zrobić aż do końca – przykładem takowego zachowania jest stanie na autostradzie i czekanie na nadjeżdżający pojazd¹⁰⁶ czy

⁹⁸ A. Grünauer, op. cit., s. 7.

⁹⁹ H. Steidl, op. cit., s. 19.

¹⁰⁰ Orzeczenie OGH z 20 marca 2000 r., 14 Os 158/99, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 2000, nr 162, s. 690.

¹⁰¹ R. Moos, *Komentarz do § 78 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *StGB. Wiener Kommentar*, Wiedeń 2017, nb 22.

¹⁰² Orzeczenie OGH z 20 marca 2000 r., 14 Os 158/99, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 2000, nr 162, s. 690; orzeczenie OGH z 13 lipca 2004 r., 14 Os 74/04, <https://www.jusline.at/entscheidung/289912> (data dostępu: 30.08.2021).

¹⁰³ Orzeczenie OGH z 20 marca 2000 r., 14 Os 158/99, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 2000, nr 162, s. 690.

¹⁰⁴ Orzeczenie OGH z 13 lipca 2004 r., 14 Os 74/04, <https://www.jusline.at/entscheidung/289912> (data dostępu: 30.08.2021). W przedmiotowej sprawie skarga kasacyjna została wniesiona jedynie na korzyść oskarżonego, w związku z czym Sąd nie mógł zmienić orzeczenia na niekorzyść oskarżonego i skazać go za morderstwo. Sąd ograniczył się więc do zawarcia stosownego wyводу prawnego w uzasadnieniu orzeczenia.

¹⁰⁵ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wiedeń 2015, § 287, nb 2; F. Plöchl, *Komentarz do § 287 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), op. cit., nb 22.

¹⁰⁶ Orzeczenie OGH z 27 października 1998 r., 11 Os 82/98 i 11 Os 83/98, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1999, nr 71, s. 316. W przedmiotowej sprawie oskarżonemu – kierowcy ciężarówki – zostało przypisane przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci (§ 80 StGB), a to z tego powodu, że naruszył on reguły ostrożności poprzez jazdę na drodze ekspresowej bez świateł drogowych, tylko ze światłami mijania. Z tego powodu za późno zobaczył on stojącą na drodze ofiarę (suicydenta). Prokurator w skardze kasacyjnej wskazywał, że oskarżony powinien ponieść odpowiedzialność karną za czyn z § 78 StGB, tj. za pomoc w samobójstwie. Sąd Najwyższy

nieopuszczenie pomieszczenia¹⁰⁷ bądź pojazdu¹⁰⁸, w którym inna osoba, również chcąc popełnić samobójstwo, odkręciła gaz¹⁰⁹. Do dobrowolnego odebrania sobie życia nie należą natomiast przypadki, gdy ofiara działa z powodu powtarzających się nadużyć wobec jej osoby, groźby, błędu czy podstęp¹¹⁰. Ten ostatni może zająć np. w sytuacji, gdy druga osoba wprowadza suicydenta w przekonanie, że ten jest nieuleczalnie chory, choć tak w rzeczywistości nie jest¹¹¹.

Do znamion strony przedmiotowej opisywanego przestępstwa należy nakłanianie innej osoby do samobójstwa lub udzielanie jej w tym pomocy. Czynnościami sprawczymi są więc namowa do samobójstwa i pomoc w akcie samobójczym. Nakłanianie definiowane jest jako wzbudzenie zamiaru popełnienia samobójstwa u ofiary i należy je interpretować jako „przyczynienie się” do popełnienia czynu zabronionego w rozumieniu przepisu § 12 przypadek II StGB. Aby sprowokować ofiarę do podjęcia samobójczego zamachu, konieczne jest wpłynięcie na sferę jej psychiki¹¹². Nakłonienie musi nastąpić przed podjęciem zamachu samobójczego. W przypadku, gdy namowa nie zostanie przez adresata w ogóle odebrana albo gdy dana osoba jest na tyle zdeterminowana w popełnieniu samobójstwa, że czynności nakłaniające nie mają wpływu na jej wolę, dochodzi jedynie do usiłowania namowy do samobójstwa¹¹³. Udzielenie pomocy to natomiast wspomóżenie innej osoby w zamachu samobójczym, przy czym akt ten musi być dokonany przez samobójcę. Innymi słowy, to suicydent musi zadać sobie śmierć, tzn. dokonać odebrania sobie życia własnymi rękami¹¹⁴. Element ten odróżnia to przestępstwo od zabójstwa eutanatycznego, tj. dokonanego rękami osoby trzeciej¹¹⁵. Udzielenie pomocy może przybrać

nie zgodził się z argumentacją oskarżyciela i wskazał, że zachowanie sprawcy tego przestępstwa musi być umyślne.

¹⁰⁷ Orzeczenie OGH z 23 września 1938 r., 5 Os 315/38, „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten” 18/60.

¹⁰⁸ Orzeczenie OGH z 31 marca 1950 r., 1 Os 651/49, „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten” 21/42.

¹⁰⁹ Argumentacja Sądu Najwyższego w obu sprawach była podobna. Sąd wskazał, że w przypadku, gdy dwie osoby zdecydują się na popełnienie samobójstwa, a jedna z nich przeżyje, a podczas podjętego wspólnie działania ofiara ma możliwość przerwania go (w przedmiotowych stanach faktycznych – możliwość opuszczenia pomieszczenia bądź pojazdu, otwarcia okien), właściwą kwalifikacją prawną dla zachowania osoby, która przeżyła, jest przepis § 78 StGB [a nie morderstwo – § 75 StGB – przyp. aut.].

¹¹⁰ H. Steidl, op. cit., s. 47.

¹¹¹ P. Velten, op. cit., nb 32.

¹¹² A. Grünauer, op. cit., s. 7.

¹¹³ R. Durl, *Strafloser Beitragsversuch und strafbare Mitwisserschaft – ein vermeidbares Paradoxon*, „RZ – Österreichische Richterzeitung” 2010, z. 10, s. 228 i nast.

¹¹⁴ Orzeczenie OGH z 27 października 1998 r., 11 Os 82/98 i 11 Os 83/98, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1999, nr 71, s. 316.

¹¹⁵ R. Moos, op. cit., nb 39 i nast.; H. Steidl, op. cit., s. 4; orzeczenie OGH z 4 września 1935 r., 4 Os 418/35, „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten” 15/59.

formę psychiczną bądź fizyczną¹¹⁶ i definiowane jest jako „każdy niewłaściwy społecznie środek, który stanowi przyczynę bądź wpływa na metodę lub sposób popełnienia samobójstwa”¹¹⁷. Pomoc może stanowić np. udzielenie porady dotyczącej sposobu samobójstwa albo udzielenie środka ku temu, m.in. dostarczenie leków lub broni¹¹⁸, udostępnienie mieszkania w celu dokonania samobójczego ataku¹¹⁹ czy pełnienie roli strażnika (tzw. stanie na czatach) bądź przewoźnika¹²⁰. Jeżeli sprawca jest już zdeterminowany, aby popełnić samobójstwo, to dalsze wspieranie jego decyzji może stanowić wsparcie psychiczne¹²¹. Podkreślenia wymaga, że granice pomocy psychicznej są płynne i wymagają oceny w zależności od konkretnego przypadku – przykładowo w orzecznictwie uznano, że stwierdzenie „rób, co chcesz” wypowiedziane przed podjęciem aktu samobójczego stanowi czynnik wzmacniający decyzję o samounicestwieniu, a tym samym jest pomocą w jego popełnieniu¹²². Pomoc psychiczną od nakłaniania odróżnia to, że w przypadku pomocy decyzja o autodestrukcji została już przez suicydenta podjęta, natomiast w przypadku namowy do samobójstwa to sprawca wzbudza w ofierze wolę pozbawienia siebie samego życia¹²³. Czynności sprawcze przestępstwa z przepisu § 78 StGB mogą zostać zrealizowane także poprzez sieć Internet¹²⁴.

Między zachowaniem sprawcy (namowa lub pomoc) a zamachem samobójczym musi ponadto zachodzić związek kauzalny¹²⁵. Nie musi on być jednak na tyle silny, aby realizacja aktu suicydalnego była niemożliwa bez wkładu sprawcy¹²⁶. Wymaga także podkreślenia, że przepis § 78 StGB penalizuje podżeganie do samobójstwa „innej osoby”. Tym samym samobójstwo samego siebie pozostaje bezkarne¹²⁷.

Przestępstwo stypizowane w przepisie § 78 StGB jest przestępstwem materialnym (*Erfolgsdelikt*). Dokonanie skutecznego zamachu samobójczego przez ofiarę (*die vollendete Selbsttötung des Suizidenten*) stanowi skutek przestęp-

¹¹⁶ H. Steidl, op. cit., s. 36.

¹¹⁷ R. Moos, op. cit., nb 28.

¹¹⁸ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, op. cit., s. 19.

¹¹⁹ H. Steidl, op. cit., s. 37.

¹²⁰ E. Steininger, *Komentarz do § 12 StGB*, [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), op. cit., nb 87.

¹²¹ R. Moos, op. cit., nb 28.

¹²² Orzeczenie OGH z 21 marca 1972 r., 12 Os 239/71, „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1972, nr 328, s. 610.

¹²³ R. Moos, op. cit., nb 28; A. Birklbauer, *Komentarz do § 78 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), op. cit., nb 47.

¹²⁴ Orzeczenie OGH z 7 marca 2007 r., 13 Os 114/06y, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20070307_OGH0002_0130OS00114_06Y0000_000/JJT_20070307_OGH0002_0130OS00114_06Y0000_000.pdf (data dostępu: 30.08.2021).

¹²⁵ P. Velten, op. cit., nb 16 i nast.

¹²⁶ Orzeczenie OGH z 28 sierpnia 1973 r., 12 Os 57/73, „RIS-Justiz” RS0092196.

¹²⁷ A. Grünauer, op. cit., s. 7.

stwa¹²⁸. Suicydent musi ponieść śmierć, aby przestępstwo zostało dokonane¹²⁹. W przypadku, gdy zamach samobójczy nie powiódł się albo nie został w ogóle podjęty, dochodzi do usiłowania przestępstwa z § 78 StGB¹³⁰.

Czyn z przepisu § 78 StGB zagrożony jest karą pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do 5 lat i stanowi występkek.

Dane statystyczne dotyczące przestępstwa z § 78 StGB z ostatnich pięciu dostępnych rocznych opracowań statystycznych¹³¹ przedstawiają się następująco: w 2019 r. odnotowano 1 przypadek, w 2018 r. – 9 przypadków, w 2017 r. – 10 przypadków, w 2016 r. – 5 przypadków, a w 2015 r. – 3 przypadki tego przestępstwa¹³². Ilość postępowań karnych prowadzonych w przedmiocie podżegania do samobójstwa jest więc znikoma. Wskazać także należy, że w latach 2018-2013 uzyskano zaledwie dwa wyroki skazujące w sprawach o czyn z § 78 StGB¹³³. Dla porównania warto w tym miejscu przytoczyć dane statystyczne dotyczące morderstwa, które stwierdzano zdecydowanie częściej: w 2019 r. było to 236 przypadków¹³⁴, w 2018 r. – 190 przypadków, w 2017 r. – 203 przypadki, w 2016 r. – 141 przypadków, a w 2015 r. – 133 przypadki. Uzupełnienie obrazu statystycznego stanowią dane dotyczące liczby skutecznych zamachów samobójczych: w 2019 r.¹³⁵ popełniono ich łącznie 1173, w 2018 r. – 1209, w 2017 r. – 1224, w 2016 r. – 1204, a w 2015 r. – 1251¹³⁶. Analitycy statystyczni zwracają uwagę na takie zjawiska, jak tendencja spadkowa wskaźników samobójstw we wszystkich grupach wiekowych od 1980 r. oraz wzrost ryzyka samobójstwa wraz z wiekiem – ponad jedna trzecia wszystkich samobójstw w Austrii popełniana jest przez osoby powyżej 65 roku życia; ryzyko samobójstwa jest prawie dwuipółkrotnie większe w grupie wiekowej od 75 do 79 lat, a w grupie wiekowej od 85 do 89 lat prawie pięć razy wyższe niż w przeciętnej populacji, szczyt przypada natomiast na grupę wiekową między 50 a 54 rokiem życia. Jednocześnie podkreśla się, że samobójstwo jest

¹²⁸ R. Moos, op. cit., nb 13, 17 i nast.; A. Birklbauer, op. cit., nb 34; H. Steidl, op. cit., s. 52.

¹²⁹ Orzeczenie OGH z dnia 17 czerwca 1938 r., 5 Os 251/38, „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten” 18/46.

¹³⁰ Szersze rozważania w tym zakresie: H. Steidl, op. cit., s. 59–63.

¹³¹ Dane z 2020 r. nie zostały do chwili tworzenia niniejszej pracy udostępnione (stan na: 30.08.2021). Wobec powyższego do analizy statystycznej obrano dane z lat 2019–2015.

¹³² Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, *Sicherheitsbericht 2019. Kriminalität Vorbeugung und Bekämpfung. Anhang*, https://bmi.gv.at/508/files/SIB_2019/2_SIB_2019_Anhang_V20200817_praes.pdf (data dostępu: 30.08.2021), s. 131.

¹³³ H. Steidl, op. cit., s. 64.

¹³⁴ Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, *Sicherheitsbericht 2019...*, s. 131.

¹³⁵ W zakresie liczby samobójstw dane z 2020 r. są już dostępne – odnotowano ich łącznie 1072. Przytoczenie w tekście danych z lat 2019–2015 podyktowane było wolą zachowania spójności z przytoczonymi uprzednio danymi dotyczącymi liczby podżegań do samobójstwa i morderstw.

¹³⁶ Statista, *Anzahl der Suizide und Todesfälle infolge von Selbstbeschädigung in Österreich nach Geschlecht von 1970 bis 2020*, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/800095/umfrage/suizide-und-todesfaelle-infolge-von-selbstbeschadigung-in-oesterreich-nach-geschlecht/> (data dostępu: 30.08.2021).

jedną z najczęstszych przyczyn zgonów w Austrii zarówno wśród mężczyzn, jak i kobiet w wieku do 50 lat, a nawet drugą najczęstszą wśród osób w wieku od 15 do 29 lat¹³⁷.

Dokonując analizy powyższych danych, należy dojść do wniosku, że liczba samobójstw jest w Austrii wysoka, natomiast liczba postępowań prowadzonych w kierunku namowy i udzielenia pomocy w samobójstwie – znikoma.

Wnioski

Porównanie zawartości normatywnej przepisu art. 151 k.k. i przepisu § 78 StGB pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków.

Zarówno w Polsce, jak i w Austrii, namowa i pomoc do samobójstwa stanowi odrębny typ czynu zabronionego. Ugruntowany jest pogląd, że podleganie do samobójstwa nie jest uprzywilejowanym typem przestępstwa zabójstwa (morderstwa), lecz stanowi osobne przestępstwo. Penalizowanie podlegania do samobójstwa w obu systemach prawa wynika z tego, że samo samobójstwo nie jest czynem przestępnym, w związku z czym nie jest możliwe karanie jego form zjawiskowych w postaci pomocnictwa i podlegania na podstawie przepisów części ogólnej ustawy karnej. Takowe ustawa przewiduje bowiem tylko w stosunku do czynów zabronionych.

Brak jest różnic w zakresie podmiotu przestępstwa. W regulacjach obu państw podleganie do samobójstwa jest przestępstwem powszechnym i może zostać popełnione przez każdą osobę zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Jedynie w przypadku zaniechania przestępstwo to ma indywidualny charakter – sprawca musi pełnić rolę gwaranta, tj. mieć obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

Odrębności nie daje się również odnotować w znamionach strony podmiotowej przestępstwa. Zarówno w Polsce, jak i w Austrii, podleganie do samobójstwa jest przestępstwem umyślnym, który można popełnić w obu postaciach zamiaru (*dolus directus* i *dolus eventualis*).

W zakresie przedmiotu ochrony dają się odnotować pewne nieznaczne dystynkcje. W obu systemach prawa podstawowym przedmiotem ochrony jest życie ludzkie. Niemniej jednak w Austrii dochodzą do głosu poglądy, że pobocznym przedmiotem ochrony przepisu § 78 StGB jest również prawo do prywatności, prawo do życia rodzinnego oraz prawo do samostanowienia. W Polsce najszerzej ujmujący przedmiot ochrony karności rozciągają ochronę przepisu art. 151 k.k. również na wolność od wpływu na sposób dysponowania własnym życiem. Tym samym należy uznać, że przedmiot ochrony jest

¹³⁷ Institut für Suizidprävention Graz, *Statistiken*, <https://ifsg.at/suizidalitaet/statistiken/> (data dostępu: 30.08.2021).

w Austrii rozumiany szerzej niż w Polsce. Taki stan rzeczy może wynikać m.in. z poglądów danego społeczeństwa na granicę dysponowania swoim własnym życiem.

Przedmiotem zamachu w przepisach obu ustaw pozostaje człowiek, który musi wyrazić wolę zabicia się samodzielnie, swobodnie i w sposób niewymuszony. Dlatego też w poglądach doktryny w obu państwach konsekwentnie wyklucza się kwalifikację prawną podżegania do samobójstwa, gdy ofiara pozostaje nieletnia, czy niezdolna do podjęcia decyzji. Znamiona przepisów są w tym przypadku nieostre, w związku z czym oceny zdolności ofiary do rozumienia znaczenia samobójczego aktu należy dokonywać w zależności od konkretnego przypadku.

Do znamion strony przedmiotowej należy w przypadku przepisu art. 151 k.k. doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie poprzez namowę lub udzielenie pomocy, a w przypadku przepisu § 78 StGB – nakłanianie innej osoby do samobójstwa lub udzielanie jej w tym pomocy. Mimo widocznego *prima facie* podobieństwa przepisów, między uregulowaniami istnieją wyraźne rozbieżności w znamionach strony przedmiotowej. Wynikają one z różnicy w zakresie znamienia czasownikowego, którym w Polsce jest doprowadzenie do aktu samobójczego, a w Austrii – namowa lub pomoc do takowego. W Polsce znamię czasownikowe jest zrealizowane z momentem podjęcia przez ofiarę próby zabicia się, w Austrii natomiast konieczne jest odebranie sobie życia przez ofiarę, czyli skuteczny akt samozagłady. W przypadku próby takowego, sprawca odpowiada za usiłowanie. Stąd też – mimo że według przepisów obu ustaw podżeganie do samobójstwa jest przestępstwem materialnym – inny pozostaje skutek przestępstwa. W Polsce skutkiem jest próba samobójcza, niezależnie od jej rezultatu. Sprawca realizuje komplet znamion przepisu art. 151 k.k. przez samo doprowadzenie do takowej. W Austrii skutkiem jest śmierć ofiary wskutek samobójstwa. Ma to dalej idące konsekwencje – skoro w Polsce skutek stanowi sama próba samobójcza, wspieranie psychiczne ofiary podczas już wcześniej podjętego zamachu (np. dalsze utwierdzanie jej w podjętej decyzji w trakcie przeprowadzania aktu samobójstwa) wydaje się pozostawać bezkarne. Skutkiem jest bowiem samo „doprowadzenie” do zamachu samobójczego, który w momencie działania sprawcy przecież już nastąpił. W Austrii sytuacje takie mieszczą się natomiast w dyspozycji przepisu § 78 StGB – czyn jest bowiem dokonany z momentem śmierci ofiary w wyniku aktu suicydalnego. Jedynie namowa musi nastąpić przed powzięciem aktu samounicestwienia, podobnie zresztą jak w Polsce. Znamiona „namowy” i „pomocy” są eksplikowane analogicznie w obu państwach. Przez namowę należy rozumieć wzbudzenie zamiaru zabicia się, natomiast przez pomoc – wszelkie czynności mające na celu umożliwienie lub ułatwienie przeprowadzenia aktu suicydalnego, które mogą przybrać charakter techniczny bądź wpływu na sferę psychiki ofiary. Między zachowaniem sprawcy (namowa bądź pomoc) a skutkiem

(próba samobójcza ofiary, przy czym w Austrii – skuteczna) musi zachodzić ponadto związek przyczynowo-skutkowy. Podkreślenia wymaga także, że austriacki Trybunał Konstytucyjny uznał znamię „pomagania w samobójstwie” za niezgodne z Konstytucją, w związku z czym przepis utraci moc w tym zakresie z końcem 31 grudnia 2021 r. Jeżeli więc ustawodawca do tego czasu nie zdecyduje się na reformę przepisu, począwszy od dnia 1 stycznia 2022 r., przepis § 78 StGB będzie penalizował jedynie nakłanianie do samobójstwa, pozostawiając poza swoją dyspozycją przypadki pomocy w samobójstwie. Tym samym przepisy polskie i austriackie staną się istotnie różne.

Sankcja karna jest w obu ustawach bardzo zbliżona – w Polsce jest to kara pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat, natomiast w Austrii – kara pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do 5 lat. W obu państwach podleganie do samobójstwa stanowi występki.

Z zestawienia danych statystycznych wynika natomiast, że zarówno w Polsce, jak też w Austrii, samobójstwo należy do częstych zjawisk. W Polsce w przedmiocie czynu z art. 151 k.k. każdego roku prowadzona jest znaczna liczba postępowań, jednak rzadko dochodzi do stwierdzenia przestępstwa. W Austrii natomiast liczba postępowań przygotowawczych prowadzonych w kierunku czynu z § 78 StGB jest znikoma. Różnice te mogą wynikać z przepisów procedury karnej obu państw.

Na podstawie całości przeprowadzonych rozważań, obraną w początkowej części niniejszej pracy hipotezę badawczą o treści „polska i austriacka regulacja prawna dotycząca przestępstwa namowy i pomocy do samobójstwa wykazuje zarówno podobieństwa, jak też różnice w swojej zawartości normatywnej”, należy zweryfikować w sposób pozytywny. Podobieństwa odnotowano w zakresie podmiotu i strony podmiotowej, jak również w ustawowym zagrożeniu karą, różnice zaś – w przedmiocie ochrony i strony przedmiotowej przestępstwa. W związku z zakresową utratą mocy przez przepis § 78 StGB, począwszy od 1 stycznia 2022 r., dyspozycje porównywanych przepisów będą się różnić intensywniej – polska ustawa przewiduje bowiem penalizację zarówno nakłaniania, jak i pomocy w samobójstwie, podczas gdy w Austrii dyspozycja przepisu odnoszącego się do udziału osoby trzeciej w akcie samobójczym zostanie ograniczona jedynie do podżegania.

Warto jeszcze odnieść się do najistotniejszej różnicy w regulacjach, tzn. do znamion strony przedmiotowej opisywanego przestępstwa. W Polsce przedmiotem penalizacji pozostaje doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie poprzez namowę lub udzielenie pomocy, a w Austrii – nakłanianie innej osoby do samobójstwa lub udzielanie jej w tym pomocy. Wydaje się, że polska regulacja stanowi bardziej pożądane rozwiązanie, bowiem przestępstwo zostaje popełnione już z momentem podjęcia zamachu samobójczego przez ofiarę. W Austrii zrealizowanie kompletu znamion wymaga skutecznego aktu suicydalnego, tj. śmierci ofiary. Z racji tego, że na powodzenie aktu samobój-

czego mogą mieć wpływ różne czynniki oraz faktu, że również samo prawo człowieka do samostanowienia o swoim życiu (a w tym także do zakończenia go) podlega prawnej ochronie, uzasadnione wydaje się penalizowanie w formie stadialnej dokonania już samego doprowadzenia do podjęcia próby samobójczej. Wskazać należy w tym kontekście, że austriacka doktryna szerzej rozumie przedmiot ochrony przepisu odnoszącego się do udziału osoby trzeciej w samobójstwie, rozciągając go m.in. na prawo do samostanowienia, w związku z czym tym bardziej wolność od wpływu na decyzję o zakończeniu egzystencji winna podlegać ochronie prawnej. Może to znaleźć wyraz m.in. w normatywnej zawartości znamienia dotyczącego czynności sprawczej. Stąd też postulatem *de lege ferenda* dla austriackiego ustawodawcy może być rozważenie zmiany znamienia czasownikowego na „doprowadzenie (...) do targnięcia się na życie”.

Uwagi warto poczynić także w przedmiocie opisywanego wyżej orzeczenia austriackiego Trybunału Konstytucyjnego. W uzasadnieniu wskazano, że zakaz wszelkich form pomocy w samobójstwie, bez żadnego wyjątku, jest niekonstytucyjny. Penalizowanie udzielania pomocy w akcie samobójczym narusza prawo do samostanowienia, które obejmuje również prawo osób gotowych popełnić samobójstwo do szukania pomocy u osoby trzeciej. Dlatego też utrata mocy przepisu w zakresie znamienia „udzielania pomocy” miała sprawić, aby takie przypadki nie podlegały penalizacji przez przepis § 78 StGB, a z racji braku karania formy zjawiskowej pomocnictwa w sytuacji, gdy zachowanie nie stanowi czynu zabronionego – pozostawały nieprzestępne. Wymaga jednak zaznaczenia, że utrata mocy przepisu w tym zakresie może spowodować, że przynajmniej niektóre przypadki tego typu będą podlegać ocenie prawnej przez pryzmat znamion podstawowego typu zabicia człowieka¹³⁸. Uznać więc należy, że zawarcie w przepisie § 78 StGB znamienia „pomagania w samobójstwie” – szczególnie w kontekście nieostrości znamion zabójstwa eutanatycznego (§ 77 StGB) – stanowi mimo wszystko dodatkową gwarancję niższej odpowiedzialności karnej, z której (być może) zbyt pochopnie zrezygnowano. Z racji możliwej reakcji ustawodawcy na przedmiotowe orzeczenie sądu konstytucyjnego i dokonanie stosownej reformy prawa, czynienie szerszej analizy w tym zakresie wydaje się jednak przedwczesne.

Wykaz literatury

Alao A.O., Soderberg M., Pohl E.L., Alao A.L., *Cybersuicide: review of the role of the internet on suicide*, „Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking” 2006, nr 9 (4).
 Andrejew I., *Kodeks karny. Krótki komentarz*, PWN, Warszawa 1986.

¹³⁸ Z podobnych powodów w chwili dokonywania w Austrii dużej reformy prawa karnego w 2015 r. zdecydowano się utrzymać w ustawie przestępstwo dzieciobójstwa (§ 79 StGB) jako uprzywilejowany typ zabicia człowieka – zob. K.K. Borkowska, op. cit., s. 287–288.

- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1987.
- Bertel Ch., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Österreich, Wiedeń 2015.
- Birklbauer A., Hilf M., Tipold A., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Facultas, Wiedeń 2017.
- Birklbauer A., *Komentarz do § 78 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *StGB. Wiener Kommentar*, MANZ, Wiedeń 2017.
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Borkowska K.K., *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Budyn-Kulik M., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Burda G., *Der Suizid im Strafrecht*, Exposé zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel, Uniwersytet w Wiedniu, Wiedeń 2017.
- Burdziak K., *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, nr 4.
- Burdziak K., *Samobójca czy zabójca? Kilka słów na temat statusu samobójstwa w polskim prawie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 4.
- Burdziak K., *Samobójstwo w prawie polskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000.
- Drzewiecki P., *Samobójstwa nastolatków w Internecie w perspektywie pedagogiki mediów*, „Kultura – Media – Teologia” 2011, nr 5.
- Dukiet-Nagórska T., *Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, nr 43.
- Durl R., *Strafloser Beitragsversuch und strafbare Mitwisserschaft – ein vermeidbares Paradoxon*, „RZ – Österreichische Richterzeitung” 2010, z. 10.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Fluder R., *Namowa i pomoc do targnięcia się na własne życie – zagadnienia wybrane*, [w:] P. Góralski (red.), *Problematyka ochrony życia i zdrowia ludzkiego w prawie karnym*, Inst. Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2016.
- Fuchs H., Reindl-Krauskopf S., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Österreich, Wiedeń 2018.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Gawliński A., Zero D., *Namowa lub pomoc w samobójstwie – aspekty prawnokarne, porównawcze i kryminalistyczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52.
- Giezek J., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Góralski P. (red.), *Problematyka ochrony życia i zdrowia ludzkiego w prawie karnym*, Inst. Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2016.
- Góralski P., *Pomoc i namowa do samobójstwa (art. 151 k.k.) w poglądach doktryny oraz danych statystycznych*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2003, nr 13.
- Górniok O. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Grudecki M., *Wybrane prawnokarne aspekty prób samobójczych, nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019, nr 2.
- Grünauer A., *Mitwirkung am Selbstmord: Analyse, Rechtsvergleich und Reformüberlegungen*, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magistra der

- Rechtswissenschaften im Diplomstudium Rechtswissenschaften, Uniwersytet Johannes Kepler w Linzu, Linz 2019.
- Gruszecka D., Kłaczyńska N., Łabuda G., Muszyńska A., Razowski T., Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Gurgul J., *Postępowanie przygotowawcze dotyczące samobójstwa (wybrane problemy)*, „Problemy Praworządności” 1990, nr 4–5.
- Halmich M., *VfGH lockert Sterbehilfe – wie geht es nun weiter?*, „Pflegegeld & Sozialrecht” 2021, nr 1.
- Holyst B., *Kryminologia*, PWN, Warszawa 1986.
- Holyst B., *Suicydologia*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Höpfel F., Ratz E. (red.), *StGB. Wiener Kommentar*, MANZ, Wiedeń 2017.
- Institut für Suizidprävention Graz, *Statistiken*, <https://ifsg.at/suizidalitaet/statistiken/>.
- Kokot R., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kokot R., *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., cz. I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, nr 35.
- Kokot R., *Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., cz. II*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, nr 36.
- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Konieczniak P., *W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa (na marginesie sporu J. Warylewski – K. Poklewski-Koziell)*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 5.
- Kosonoga-Zygmunt J., *Namowa i udzielenie pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 11.
- Kosonoga-Zygmunt J., *Swoboda decyzji woli suicydenta jako przesłanka odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 151 k.k.*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2015, nr 2.
- Kulik M., *Odpowiedzialność karna za podżeganie lub pomocnictwo do samobójstwa w wybranych państwach*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Samobójstwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Lach A., Lachowski J., Oczkowski T., Zgoliński I., Ziółkowska A., Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Lebiedowicz A., *Samobójstwo w ujęciu wielopłaszczyznowym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2013, nr 3.
- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Malczewski J., *Problemy z prawną kwalifikacją lekarskiej pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 11.
- Maleczky O., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, LexisNexis, Wiedeń 2015.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Mazurek A., *Odpowiedzialność karna za podżeganie lub pomocnictwo do samobójstwa oraz doprowadzenie do zamachu samobójczego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1980, nr 1.
- McCormick A.J., *Self-determination, the right to die, and culture: a literature review*, „Social Work” 2011, t. 56, nr 2.
- Michalska-Suchanek M., *Fenomen samobójstwa. Długa historia krótko opisana*, Instytut Mikołowski, Mikołów 2011.

- Michalski B., *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2000.
- Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, *Sicherheitsbericht 2019. Kriminalität Vorbeugung und Bekämpfung. Anhang*, https://bmi.gv.at/508/files/SIB_2019/2_SIB_2019_Anhang_V20200817_praes.pdf.
- Moos R., *Komentarz do § 78 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *StGB. Wiener Kommentar*, MANZ, Wiedeń 2017.
- Mozgawa M., Bachmat P., *Przestępstwo doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (art. 151 k.k.) – analiza akt sądowych*, Inst. Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2016.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Mozgawa M. (red.), *Samobójstwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Opracowanie służby naukowej Bundestagu, *Zur Rechtslage bei der Beihilfe am Suizid in Deutschland, Belgien, den Niederlanden und der Schweiz*, 2015.
- Plöchl F., *Komentarz do § 287 StGB*, [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *StGB. Wiener Kommentar*, MANZ, Wiedeń 2017.
- Poklewski-Kozieli K., *Obowiązek ochrony życia pacjenta a prawo człowieka do godnej śmierci [głos w dyskusji]*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.
- Schörghuber M., § 78 StGB – eine tragende Wand im Gebäude des rechtlichen Lebens- und Selbstbestimmungsschutzes, „Imago Hominis” 2020, t. 27, z. 3.
- Sosnowska D.J., *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 3.
- Statista, *Anzahl der Suizide und Todesfälle infolge von Selbstbeschädigung in Österreich nach Geschlecht von 1970 bis 2020*, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/800095/umfrage/suizide-und-todesfaelle-infolge-von-selbstbeschaedigung-in-oesterreich-nach-geschlecht/>.
- Statystyka Policji, *Namowa lub pomoc do samobójstwa (art. 151 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63420,Namowa-lub-pomoc-do-samobojstwa-art-151.html>.
- Statystyka Policji, *Uwagi i definicje*, https://statystyka.policja.pl/download/20/232288/Uwagi_definicje.docx.
- Statystyka Policji, *Zabójstwo (art. 148 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63411,Zabojstwo-art-148.html>.
- Statystyka Policji, *Zamachy samobójcze od 2013 r. do 2016 r.*, <https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/zamachy-samobojcze/122324,Zamachy-samobojcze-od-2013-do-2016.html>.
- Statystyka Policji, *Zamachy samobójcze od 2017 r.*, <https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/zamachy-samobojcze/63803,Zamach-y-samobojcze-od-2017-roku.html>.
- Stefański R. A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Steidl H., *Die Grenzen des „Selbstmordes“ bei § 78 StGB*, Diplomarbeit aus Straf- und Strafverfahrensrecht zur Erlangung des akademischen Grades einer Magistra der Rechtswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Paris-Lodron-Universität Salzburg, Uniwersytet w Salzburgu, Salzburg 2020.
- Steininger E., *Komentarz do § 12 StGB*, [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, LexisNexis, Wiedeń 2018.
- Szwarczyk M., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Światowa Organizacja Zdrowia, *Suicide data*, <https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/suicide-data>.

- Świda W., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1986.
- Triffterer O., Rosbaud Ch., Hinterhofer H. (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, LexisNexis, Wiedeń 2018.
- Tyszkiewicz L., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Tyszkiewicz L., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Velten P., *Komentarz do § 78 StGB*, [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, LexisNexis, Wiedeń 2018.
- Wach E., *Strafrechtliche Probleme des Selbstmords*, „Österreichische Juristen-Zeitung” 1978, z. 18.
- Warylewski J.K., *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 3.
- Wąsek A., *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1982, s. 75.
- Zannoni D., *Right or duty to live? Euthanasia and assisted suicide from the perspective of the European Convention on Human Rights*, „European Journal of Legal Studies” 2020, t. 12, nr 2.
- Zero D., *Cybersuicydologia – nowe technologie a samobójstwo*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2021, nr 1.
- Zoll A., *Komentarz do art. 151 k.k.*, [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Zoll A., Wróbel W. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Summary

Abetting and aiding in suicide in Polish and Austrian criminal law – a comparative study

Keywords: comparative criminal law, incitement to suicide, suicide, Polish criminal law, Austrian criminal law.

Every year more than 700 000 people die worldwide by committing suicide. Suicide is an important phenomenon – not only in the social but also in the legal sphere. Progress in many areas of life, including medicine and computer science, led to increased complexity in suicide legislation. Legal regulations must take into account inter alia an occurrence of euthanasia, assisted suicide and cybersuicide. The form of the regulation of participation in suicide by the criminal law system can vary. The subject of this paper is a comparative consideration of abetting and aiding in suicide in Polish and Austrian criminal law. This study aims to identify similarities and differences between regulations. The research includes analysis of the statutory features of a basic type of this crime contained in Polish

and Austrian legal provisions with particular reference to the subject, subjective side of an offence, object and objective side of an offence. Reference is also made to the criminal sanctions and the statistical data. The discussion is concluded with a comparison of Polish and Austrian provisions and an indication of the similarities and differences between regulations. The main conclusion of this paper is that regulations of abetting and aiding in suicide in Polish and Austrian law show common and different features and that after the expected legal change in Austria law may not respond to social needs. The analysis is based on views of legal dogmatics and judicial practice. The paper was written based on Polish and foreign source materials.

Tomasz Brzezicki

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0003-1048-1402

brzoza@umk.pl

Łukasz Przystupa

Państwowa Uczelnia Zawodowa we Włocławku

ORCID: 0000-0002-0420-0937

lukaszprzystupa@gmail.com

Konsekwencje skierowania decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu do osoby zmarłej niebędącej inwestorem

Wstęp

Tytuł niniejszego opracowania wydaje się nieprawdopodobny lub co najmniej kontrowersyjny. Wynika to z faktu, że powszechnie przyjmuje się, iż decyzja administracyjna stanowi niewątpliwie akt administracyjny indywidualny, czyli taki, „który odznacza się podwójną konkretnością – adresata i sprawy, w jakiej został wydany”¹. Z teoretycznego punktu widzenia nie jest więc możliwe wydanie decyzji w stosunku do osoby zmarłej, gdyż nie miałaby ona swojego adresata².

W procesie inwestycyjnym regulowanym m.in. przepisami ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym³, sytuacje w których występuje więcej niż jedna ze stron postępowania, nie należą do rzadkości. Można wręcz stwierdzić, że standardem są postępowania, w których występuje więcej niż jedna strona. Świetnym przykładem postępowań z udziałem kilku stron są m.in. sprawy z zakresu warunków zabudowy i zagospodarowania terenu. Należy bowiem zauważyć, że stroną w postępowaniu o wydanie warunków zabudowy

¹ J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Łódź–Zielona Góra 1998, s. 23.

² Zob. A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, 2021, Lex, art. 104.

³ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 741), dalej jako u.p.z.p.

i zagospodarowania terenu jest zawsze inwestor (strona czynna), a także inne podmioty, które biernie uczestniczą we wszczętym przez inwestora postępowaniu administracyjnym⁴; zwykle są to właściciele lub użytkownicy wieczystości nieruchomości sąsiednich, na które będzie oddziaływać planowana inwestycja.

W niniejszym artykule poddano analizie orzecznictwo sądów administracyjnych związanych z sytuacjami, w których decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu została skierowana do osoby fizycznej nieżyjącej.

Poza pewnymi wyjątkami, dotyczącymi przede wszystkim doręczeń, omawiane zagadnienie dotyczy zarówno decyzji o warunkach zabudowy, jak również decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Poczynione uwagi będą miały jednak uniwersalny charakter i znajdują zastosowanie także w decyzji o pozwoleniu na budowę lub większości innych decyzji i niektórych postanowień z zakresu procesu inwestycyjnego.

Rozważania posiadają także walor praktyczny, gdyż organy wydające decyzje lokalizacyjne często borykają się z problemem skierowania decyzji do osoby nieżyjącej.

Geneza problemu jest związana z ustawowymi rozwiązaniami dotyczącymi doręczenia decyzji uregulowanymi w Kodeksie postępowania administracyjnego⁵ oraz w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także sposobem ustalenia stron postępowania administracyjnego na podstawie danych znajdujących się w ewidencji gruntów i budynków lub księgach wieczystych.

Powszechnie znany jest fakt, że dane znajdujące się w urzędowych zbiorach dokumentów są często nieaktualne, skutkiem czego niejednokrotnie występuje omawiany problem.

W celu opracowania zagadnienia skorzystano z metody dogmatycznej, wykorzystując poglądy sądów administracyjnych, a także dorobek doktryny prawa i postępowania administracyjnego.

Strona postępowania

Postępowanie w sprawie decyzji lokalizacyjnej jest zawsze wszczynane na wniosek inwestora, co wprost wynika z przepisu art. 52 ust. 1 u.p.z.p. Przepis ten stosuje się odpowiednio do postępowań w sprawie decyzji o warunkach zabudowy, co wynika wprost z przepisu art. 64 ust. 1 u.p.z.p. Powyższe skutkuje zasadą, że właściwy organ jest związany treścią tak wyznaczonego żądania (zawartego w złożonym wniosku) i nie może samodzielnie

⁴ Zob. M. Pacura, *Osoby uprawnione do udziału w postępowaniu w przedmiocie wydania warunków zabudowy*, 2015, Lex.

⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 735), dalej jako k.p.a.

modyfikować wniosku strony⁶. Przyjmuje się, że „zakres tego związania jest wyznaczony treścią art. 52 ust. 2 w zw. z art. 64 ust. 1 u.p.z.p. Istnieje zatem związanie wskazanymi przez inwestora granicami terenu objętego wnioskiem oraz charakterystyką podstawowych cech planowanej inwestycji (w tym określeniem przeznaczenia i gabarytów projektowanych obiektów budowlanych oraz powierzchni terenu podlegającej przekształceniu i charakterystycznych parametrów technicznych inwestycji)”⁷. Nie jest to jednak związanie bezwzględne, gdyż niektóre parametry powinny zostać ustalone przez organ prowadzący postępowanie⁸.

Z punktu widzenia prowadzonych rozważań istotne jest wskazanie, że inwestor we wniosku o wszczęcia postępowania wskazuje – obok charakterystycznych parametrów urbanistyczno-architektonicznych planowanej inwestycji – także teren, którego wniosek dotyczy i obszar, na który ta inwestycja będzie oddziaływać (art. 52 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p.).

Z formalnego punktu widzenia wskazanie obszaru, na który inwestycja będzie oddziaływać, jest wymogiem koniecznym wniosku. Brak wskazania powyższego parametru planowanej inwestycji powinno zostać konwalidowane przez inwestora, po wezwaniu dokonanym przez organ w trybie przepisu art. 64 § 2 k.p.a. Wskazanie dokonane przez inwestora nie oznacza jednak, że właściwy organ prowadzący postępowanie jest zwolniony z rzeczywistego badania zakresu oddziaływania planowanej inwestycji na nieruchomości sąsiednie.

Podkreśla się, że jakkolwiek określenie obszaru oddziaływania inwestycji jest powinnością wnioskodawcy, to jednak organ nie jest tym wskazaniem związany i ma obowiązek okoliczności te sprawdzić⁹. W judykaturze przyjmuje się, że „granice obszaru oddziaływania wyznacza oddziaływanie faktyczne, polegające w szczególności na emisji zanieczyszczeń, powodowaniu nadmiernego hałasu, a nawet utrudnianiu nasłonecznienia. W pojęciu oddziaływania mieści się więc faktyczny, tj. rzeczywisty wpływ zamierzonej inwestycji zarówno na korzystanie z innych nieruchomości i to niekoniecznie graniczących bezpośrednio z obszarem przeznaczonym pod inwestycję, jak i na wartości prawnie chronione jak np. prawo do korzystania z nieruchomości w sposób określony przepisami wszystkich gałęzi prawa, w tym przepisami prawa cywilnego”¹⁰. Naczelny Sąd Administracyjny wręcz podkreśla, że ocena interesu prawnego właścicieli sąsiednich nieruchomości winna być dokonywana przy

⁶ Np. wyrok NSA z 11 czerwca 2014 r., sygn. akt II OSK 101/13, CBOSA czy wyrok WSA w Rzeszowie z 17 czerwca 2020 r., sygn. akt II SA/Rz 1345/19, CBOSA.

⁷ Wyrok WSA w Łodzi z 5 listopada 2019 r., sygn. akt II SA/Łd 487/19, CBOSA.

⁸ Zob. A. Despot-Mładanowicz, [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, 2019, Lex, art. 52.

⁹ Wyrok WSA w Szczecinie z 21 lutego 2019 r., sygn. akt II SAB/Sz 162/18, CBOSA.

¹⁰ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 29 kwietnia 2013 r., sygn. akt II SA/Bd 787/12, CBOSA.

uwzględnieniu norm art. 140 i 144 k.c.¹¹ Wobec braku szczególnej podstawy prawnej w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym normą prawną statuującą status strony w postępowaniu o wydanie decyzji lokalizacyjnej jest art. 28 k.p.a. Oznacza to, że stroną postępowania jest zawsze inwestor (żądający postępowania) oraz czyjego interesu prawnego dotyczy postępowania.

W konsekwencji powoduje to sytuację, że stroną w postępowaniu o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu jest zawsze wnioskodawca i właściciele (użytkownicy wieczystości) nieruchomości objętej wnioskiem oraz podmioty, którym przysługuje prawnorzeczowy tytuł prawny do nieruchomości sąsiednich. Do ustalenia kręgu stron w sprawie o wydanie decyzji o warunkach zabudowy istotny jest charakter i parametry inwestycji¹². Powoduje to sytuację, że stronami postępowania w sprawie o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu mogą być w zależności od okoliczności także właściciele nieruchomości niesąsiadujących bezpośrednio z terenem zaplanowanej inwestycji¹³.

Konkludując, należy stwierdzić, że inwestor jest zawsze podmiotem czynnym w postępowaniu zmierzającym do wydania decyzji lokalizacyjnej. To on zawsze wnosi wniosek wszczynający postępowanie administracyjne, przez który *de facto* wyznacza podmiotowy zakres postępowania. Wynika to z faktu, że zakres oddziaływania inwestycji posiada bezpośredni wpływ na ustalenie stron toczącego się postępowania. Podmiotami biernymi postępowania w sprawie ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu są bowiem właściciele i użytkownicy wieczystości nieruchomości znajdującej się w obszarze oddziaływania planowanej inwestycji.

Ustalanie stron biernych sprowadza się do ustalenia stron postępowania na podstawie danych zawartych w ewidencji gruntów i budynków, co wynika z art. 21 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, a także informacji znanych organowi na podstawie analizy ustaleń wynikających z ksiąg wieczystych czy innych dokumentów, np. aktów notarialnych, orzeczeń sądów. Warto przypomnieć, że regulacja art. 22 przywołanej ostatnio ustawy przewiduje obowiązek aktualizacji danych zawartych w ewidencji gruntów i budynków. Dokonywanie ustaleń w taki sposób prowadzi do sytuacji, w której organ prowadzący postępowanie administracyjne, z uwagi na jego gabinetowy charakter, nie posiada bezpośredniego kontaktu z innymi niż inwestor stronami postępowania. Praktyka wskazuje na pisemny charakter prowadzonego postępowania, zaś kontakt ze stronami postępowania odbywa się korespondencyjnie. Skutkiem tego niejednokrotnie występują sytuacje, gdy pisma wysyłane przez organ wydający

¹¹ Wyrok NSA z 26 maja 2015 r., sygn. akt II OSK2591/13, CBOSA.

¹² Np. wyrok WSA w Gliwicach z 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt II SA/GI 327/19, CBOSA czy wyrok NSA z 23 lutego 2018 r., sygn. akt II OSK 1892/17, CBOSA.

¹³ Wyrok NSA z 8 września 2004 r., sygn. akt OSK 394/04, CBOSA.

decyzję mogą być kierowane do osoby nieżyjącej (jednej z osób uznanych za stronę postępowania). Jeżeli bowiem następcy prawni nie przeprowadzą w ogóle sprawy spadkowej lub przeprowadzą taką sprawę, ale nie ujawnią jej wyników w księgach wieczystych i w ewidencji gruntów i budynków, to organ administracji publicznej, stosujący przecież art. 21 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, ma nikłe szanse na powzięcie takiej informacji w trakcie prowadzonego postępowania. Oczywiście istnieje możliwość, że taką informację organ uzyska z adnotacji operatora pocztowego dokonanej w trakcie doręczenia lub informacji uzyskanej od innej strony postępowania, ale też równie prawdopodobne są sytuacje, gdy osoba dokonująca doręczenia nie poczyni żadnej adnotacji, jak również nikt z sąsiadów nie prześle wyjaśnień do organu, skutkiem czego dwukrotnie awizowana korespondencja zostanie uznana za skutecznie doręczoną, mimo że dana osoba nie żyje (art. 40 k.p.a.). W sytuacji dokonania adnotacji przez operatora pocztowego o braku możliwości doręczenia przesyłki adresatowi zasadne wydaje się podjęcie przez organ dodatkowych działań mających na celu ustalenie wszystkich stron postępowania. Obowiązek taki wynika z przepisu art. 28 k.p.a., a tym bardziej aktualizuje się on jeśli organ jest świadomy nieaktualności danych zawartych w ewidencji gruntów i budynków.

Praktyka doręczeń

Truizmem jest stwierdzenie, że organ administracji publicznej doręcza pisma za pokwitowaniem. Powyższa zasada wynikająca z przepisu art. 39 k.p.a. doznaje pewnych modyfikacji związanych z postępowaniem w sprawie wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 53 ust. 1 u.p.z.p. o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz postanowieniach i decyzji kończącej postępowanie strony zawiadamia się w drodze obwieszczenia, a także w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości. Inwestora oraz właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości, na których będą lokalizowane inwestycje celu publicznego, zawiadamia się na piśmie.

W tym ostatnim zakresie, poza inwestorem, bierne strony postępowania (z wyjątkiem właścicieli i użytkowników wieczystych nieruchomości, na której jest planowana inwestycja) są zawiadamiane o toczącym się postępowaniu i wydawanych w sprawie rozstrzygnięciach na podstawie obwieszczenia dokonywanego na podstawie przepisu art. 49 k.p.a.¹⁴

¹⁴ Zob. K. Buczyński, [w:] J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, P. Sosnowski, K. Buczyński, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 53.

Przedstawiona regulacja nie posiada nowości normatywnej. Istniejące rozwiązania znane są przecież od lat ogólnej procedurze administracyjnej i często wykorzystywane w rozwiązaniach szczególnych.

Niemniej instytucja doręczenia przez obwieszczenie stosowana w sprawach lokalizacji inwestycji celu publicznego nie występuje tak często w sprawach o ustalenie warunków zabudowy. Dopiero bowiem jeśli w postępowaniu bierze udział więcej niż dwadzieścia stron, jest to dopuszczalne na podstawie art. 49 w zw. z art. 49a k.p.a.

W tego typu sprawach, zwłaszcza gdy stron jest kilka lub kilkanaście, zwraca uwagę określona praktyka działania organów administracji publicznej – praktyka, która sprowadza się do braku faktycznego ustalenia stron postępowania polegającego na ustaleniu, czy osoby fizyczne, do których są kierowane zawiadomienia oraz rozstrzygnięcia w sprawie ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, są osobami żyjącymi. Zjawisko związane jest z instytucją fikcji doręczenia (art. 44 § 4 k.p.a. oraz art. 49 § 2 k.p.a.).

Nietrudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której inwestor otrzymuje decyzję ustalającą warunki zabudowy i zagospodarowania terenu, w sytuacji w której jedna ze stron postępowania nie żyje, zaś inwestor ani organ prowadzący postępowanie nie jest tego świadomy. Organ nie sprawdza skuteczności doręczeń dokonywanych za pomocą podwójnego awizo, zresztą przepisy k.p.a. tego nie przewidują, a regulacja art. 44 § 4 k.p.a. wprost wskazuje, że doręczenie uważa się za dokonane z upływem ostatniego dnia 14-dniowego okresu. Takie zjawisko zachodzi także w sytuacji, gdy strona postępowania nie odbiera pism procesowych w trakcie toczącego się postępowania, zaś doręczenie zostaje dokonane poprzez zastosowanie instytucji fikcji doręczenia.

Na marginesie warto dodać, że inwestor, któremu zapewne zależy na jak najszybszym i prawidłowym wydaniu decyzji i ewentualnie z tego względu mógłby zwrócić organowi uwagę na zaistniałe uchybienie, może nie znać sąsiadów, bowiem dopiero w danym miejscu zamierza się wybudować, zaś nawet najbliższe otoczenie nie musi mu być całościowo znane.

W zakresie skuteczności doręczeń pomiędzy organami administracji publicznej a obywatelami niewiele też w najbliższym czasie zmieni ustawa z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych¹⁵, gdyż zgodnie z przepisem art. 155 ust. 7 cytowanej ustawy, jednostki samorządu terytorialnego i ich związki oraz związki metropolitalne oraz samorządowe zakłady budżetowe są obowiązane stosować przepisy ustawy w zakresie doręczania korespondencji z wykorzystaniem publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego od dnia 1 stycznia 2024 r., a w zakresie doręczania korespondencji z wykorzystaniem publicznej usługi hybrydowej od dnia 1 października 2029 r.

¹⁵ Ustawa z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz.U. poz. 2320 z późn. zm.).

Konsekwencje doręczenia osobie zmarłej

W orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, że jeśli decyzja została skierowana do strony nieżyjącej, to stanowi podstawę do stwierdzenia jej nieważności¹⁶. Przykładowo: Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyjaśniał, że „status strony przysługujący osobie fizycznej wygasa z chwilą jej śmierci. Osoba zmarła nie może mieć ani zdolności prawnej, ani być podmiotem praw i obowiązków z zakresu prawa administracyjnego. Nie mogą też być do niej kierowane wydane w sprawie rozstrzygnięcia. Skoro w sprawie doszło do wydania decyzji w stosunku do osoby zmarłej, to należy przyjąć, że jest ona obarczona wadą nieważności. Okoliczność śmierci strony, nawet jeśli nie jest znana organom administracji publicznej, nie zmienia faktu, iż rozstrzygnięcie wydane zostało w stosunku do osoby nieżyjącej. W orzecznictwie sądów administracyjnych ugruntowany jest już pogląd, że skierowanie decyzji do osoby zmarłej, która w chwili wydania decyzji nie miała już przecież przymiotu strony, jest wadliwością decyzji powodującą stwierdzenie jej nieważności (art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.)”¹⁷.

Przypomnieć należy, że wydanie decyzji administracyjnej, tj. rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, inaczej: rozstrzygnięcie merytoryczne, to orzeczenie o przyznaniu konkretnemu podmiotowi w oparciu o przepis prawa materialnego określonych uprawnień lub nałożenie nań obowiązków, względnie – stwierdzenie istnienia uprawnień lub obowiązków po stronie takiego podmiotu, jak również negatywne orzeczenie w wymienionym zakresie¹⁸. Co ważne, wykonanie decyzji przez podmiot zobowiązany zazwyczaj jest obojętne, możliwość nałożenia określonych sankcji na adresata decyzji, jeśli tej decyzji nie wykona. Stąd też zasadne jest eliminowanie z obrotu prawnego decyzji przyznających określone uprawnienia lub nakładających określone obowiązki osobom, które nie żyją, choćby z tego względu, że nie jest możliwe zastosowanie sankcji w takich sytuacjach, jeśli taka decyzja nie będzie zrealizowana.

Należy podkreślić, że chodzi o decyzję, która określa prawa lub obowiązki strony, która zmarła, a nie o każdą sytuację, gdzie decyzja została wysłana do osoby nieżyjącej, przykładowo: gdyby właśnie decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu została wydana dla osoby nieżyjącej, ale jako inwestora.

¹⁶ Zob. P.M. Przybysz, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 156.

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 31 stycznia 2018 r., sygn. akt IV SA/Wa 2498/17, CBOSA; por. wyrok WSA w Lublinie z 22 listopada 2016 r., sygn. akt II SA/Lu 763/16; wyrok WSA w Krakowie z 24 września 2019 r., sygn. akt III SA/Kr 326/19, CBOSA; wyrok WSA w Gliwicach z 21 lutego 2018 r., sygn. akt II SA/Gl 1210/17, CBOSA.

¹⁸ Wyrok WSA w Lublinie z 21 czerwca 2017 r., sygn. akt II SA/Lu 1274/16, CBOSA.

Charakter prawny decyzji lokalizacyjnej

Decyzja lokalizacyjna jest pierwszą decyzją wydawaną w procesie inwestycyjnym i ma ona charakter wstępny, jeżeli teren inwestycji nie jest objęty ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Decyzja ta w sposób ogólny ustala warunki inwestycji i nie przesądza o prawie do prowadzenia konkretnej inwestycji, a jedynie określa, czy planowana inwestycja jest dopuszczalna do realizacji w danym miejscu z punktu widzenia wymogów zagospodarowania przestrzennego. W decyzji lokalizacyjnej organ orzekający powinien ustalić warunki inwestowania, a ich konkretyzacja następuje dopiero w postępowaniu o wydanie pozwolenia na budowę¹⁹. Decyzja o warunkach zabudowy nie przesądza również o warunkach technicznych czy budowlanych, jakie musi spełniać planowana inwestycja, lecz przesądza jedynie o tym, czy w świetle występującej na danym terenie zabudowy jej realizacja będzie stanowić kontynuację zarówno owej zabudowy, jak i funkcji²⁰.

Istotne także jest to, że na etapie postępowania w sprawie o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu organ nie bada uprawnień wnioskodawcy do terenu i nie ma obowiązku ustalania, czy właściciel wyraża zgodę na realizację planowanej inwestycji. Decyzja nie ustala bowiem praw do terenu, a określa jedynie co, gdzie i na jakich warunkach może zostać wybudowane²¹.

W tym miejscu można nadmienić, że zależnie od konfiguracji podmiotowej do uzyskania takiej decyzji nie jest potrzebna zgoda ani właściciela, ani współwłaściciela nieruchomości, na której planowana jest inwestycja, a także właścicieli nieruchomości sąsiednich (biernej strony postępowania administracyjnego). Wobec czego na etapie postępowania administracyjnego o ustalenie warunków zabudowy inwestor, czyli podmiot, na wniosek którego postępowanie to zostało wszczęte, nie ma obowiązku legitymować się jakimkolwiek tytułem prawnym do nieruchomości czy to o charakterze rzeczowym (takim jak prawo własności, prawo użytkowania wieczystego gruntu), czy też obligacyjnym (prawo dzierżawy)²². Dopiero bowiem na etapie postępowania w sprawie udzielenia pozwolenia na budowę właściwy organ dokonuje ustalenia, czy inwestor posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Nadmienić także można, że dla tej samej nieruchomości możliwe jest wydanie kilku

¹⁹ Wyrok NSA z 17 lipca 2019 r., sygn. akt II OSK 1859/18, CBOSA.

²⁰ Wyrok WSA w Poznaniu z 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 356/19, CBOSA oraz wyrok WSA w Rzeszowie z 3 lipca 2019 r., sygn. akt II SA/Rz 116/19, CBOSA czy wyrok WSA w Krakowie z 16 października 2019 r., sygn. akt II SA/Kr 644/19, CBOSA. Zob. także I. Zachariasz, [w:] H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 59.

²¹ Wyrok WSA w Szczecinie z 28 listopada 2019 r., sygn. akt II SA/Sz 669/19, CBOSA.

²² Wyrok WSA w Krakowie z 8 września 2017 r., sygn. akt II SA/Kr 205/17, CBOSA.

różnych decyzji o warunkach zabudowy, także w odniesieniu do różnych inwestorów.

Wydanie decyzji nie przesądza jeszcze, że inwestycja powstanie, gdyż dopiero po zatwierdzeniu projektu budowlanego i uzyskaniu pozwolenia na budowę inwestor może przejść do realizacji zamierzenia; do tego czasu nie może podejmować żadnych czynności związanych z samą budową²³. Zatem sama decyzja nie przesądza o prawie do rozpoczęcia budowy. Budowę można dopiero rozpocząć na podstawie wykonalnej decyzji o pozwoleniu na budowę, która może być wydana jedynie inwestorowi, który m.in. wykaże się prawem do dysponowania nieruchomością na cele budowlane²⁴ lub dokonania zgłoszenia konkretnej inwestycji.

Za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie można zatem przyjąć, że decyzja o warunkach zabudowy zakreśla jedynie ogólne ramy dla planowanej inwestycji, statuuje jej charakterystyczne parametry, ale nie zawiera szczegółowych rozwiązań architektoniczno-budowlanych, w tym również w zakresie posadowienia obiektu budowlanego czy też usytuowania miejsc parkingowych – o tym bowiem orzeka właściwy organ w toku postępowania o zatwierdzenie projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę²⁵.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że *de facto* decyzja o warunkach zabudowy określa jedynie prawa i obowiązki osoby (w zakresie możliwości zagospodarowania i kontynuacja funkcji zabudowy), dla której taka decyzja jest wydawana, a nie dla osób trzecich, które również są stronami postępowania (właściciela, jeśli nie jest on wnioskodawcą, współwłaściciela czy właściciela nieruchomości sąsiedniej, a także użytkownika wieczystego).

Wracając do *meritum*, sytuacja zatem wygląda inaczej, jeżeli osobą niezyskującą nie jest inwestor, tylko właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości, jeśli nie jest on wnioskodawcą, współwłaściciel czy właściciel (odpowiednio użytkownik wieczysty) nieruchomości sąsiedniej objętej zakresem oddziaływania planowanej inwestycji. Wtedy należy uznać, że przesłanka do stwierdzenia nieważności takiej decyzji nie wystąpiła, gdyż decyzja ta nie określiła praw czy obowiązków takiej osoby.

²³ Wyrok WSA w Łodzi z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II SA/Łd 922/10, CBOSA oraz wyrok NSA z 21 marca 2019 r., sygn. akt II OSK 1179/17, CBOSA czy wyrok WSA w Poznaniu z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Po 1105/18, CBOSA.

²⁴ Wyrok NSA z 5 lipca 2016 r., sygn. akt II OSK 2822/14, CBOSA; podobnie postanowienie NSA z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt II OZ 275/11, CBOSA czy wyrok WSA w Szczecinie z 16 marca 2011 r., sygn. akt II SA/Sz 189/10, CBOSA.

²⁵ Wyrok WSA w Szczecinie z 5.07.2018 r., sygn. akt II SA/Sz 502/18, CBOSA; podobnie wyrok WSA w Olsztynie z 8 listopada 2011 r., sygn. akt II SA/Ol 757/11, CBOSA.

Skierowanie decyzji do osoby nieżyjącej

Organ administracji publicznej ma obowiązek ustalić strony postępowania już w chwili jego wszczęcia, a następnie przez cały przebieg postępowania kontrolować, czy miały miejsca przekształcenia podmiotowe i stosownie do tego zawiadamiać o toczącym się postępowaniu osoby, które stały się następcami prawnymi zmarłych lub nabywcami praw, zgodnie z art. 30 § 4 k.p.a.

W sytuacji, gdy organ administracyjny ujawni w toku postępowania administracyjnego, że niektóre osoby nie zostały zawiadomione o toczącym się postępowaniu, wówczas ma on dwie możliwości: albo zawiadamia o toczącym się postępowaniu osoby, które dotychczas nie brały w nim udziału i w razie potrzeby ponawia wobec tych osób pewne czynności, albo – w razie braku ustalenia takich osób – zwraca się do właściwego sądu o ustanowienie kuratora dla osoby nieobecnej, ale żyjącej (art. 34 k.p.a.) bądź w przypadku ujawnienia faktu śmierci wzywa spadkobierców zmarłej strony do udziału w postępowaniu (art. 97 § 1 pkt 1 *in fine* k.p.a.). Gdyby takie wezwanie nie było możliwe, wówczas organ zawiesza postępowanie administracyjne do czasu ustalenia następców prawnych po zmarłej osobie lub w sprawach dotyczących spadków nieobjętych korzysta z możliwości wynikających z art. 30 § 5 k.p.a.²⁶

W sukurs powyższemu podąża judykatura stwierdzając, że „śmierć jednej ze stron niebędącej inwestorem w toku postępowania o wydanie decyzji ustalającej środowiskowej uwarunkowania realizacji przedsięwzięcia powinna co najwyżej prowadzić do jego zawieszenia, bowiem śmierć strony w toku postępowania, o ile nie powoduje jego bezprzedmiotowości, skutkuje zawieszeniem postępowania (art. 97 § 1 pkt 1 k.p.a.)”²⁷. Natomiast Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim podkreślił, że „dla przyjęcia tego, kto jest następcą prawnym zmarłego w postępowaniu administracyjnym, nie jest potrzebne oficjalne tego stwierdzenie postanowieniem o nabyciu spadku lub notarialnym poświadczeniem dziedziczenia (choć oczywiście jest to najwłaściwsze). Stwierdzić należy dlatego, że brak postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku lub aktu poświadczenia dziedziczenia po zmarłych nie uniemożliwia organowi prowadzenia postępowania. Organ może poczynić ustalenia czy osobami uprawnionymi do uczestniczenia w postępowaniu jako następcy prawni wymienionych zmarłych są osoby zajmujące się ich nieruchomościami, aktualnie jako zarządcy masy spadkowej, albo kuratorzy (art. 30 § 5 k.p.a.), ewentualnie posiadacze nieruchomości. Wskazań osób, które organ może uznać za następców prawnych, mogą udzielić inne przykładowo osoby uczestniczące jako strony w postępowaniu.

²⁶ Wyrok WSA w Krakowie z 8 lutego 2013 r., sygn. akt II SA/Kr 1637/12, CBOSA.

²⁷ Wyrok NSA z 23 lipca 2019 r., sygn. akt II OSK 2233/17, CBOSA. Powyższy pogląd znajduje także zastosowanie w odniesieniu do decyzji lokalizacyjnych.

Gdyby okazało się, iż organ administracji dokonał niewłaściwych ustaleń, wskutek czego spadkobiercy nie braliby czynnego udziału w postępowaniu w sprawie w charakterze stron bez własnej winy, to przysługiwałoby im uprawnienie (a nie obowiązek) do złożenia (w terminie określonym w art. 148 § 2 k.p.a.) wniosku o wznowienie postępowania w oparciu o art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a.”²⁸.

Wątpliwości budzi zaś inna sytuacja, tj. gdy organ prowadzący postępowanie dowiedział się po wydaniu decyzji lokalizacyjnej, czyli gdy postępowanie administracyjne, z formalnego punktu widzenia, zostało zakończone, o śmierci strony innej niż inwestor, która nastąpiła jeszcze w trakcie postępowania, albo nawet jeszcze przed jego wszczęciem.

Powstaje bowiem pytanie: co zrobić z decyzją administracyjną, która została skierowana do osoby nieżyjącej, która nie posiada statusu inwestora? Czy jest to decyzja obciążona wadą stwierdzenia nieważności wymienioną w przepisie art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a., tj. czy została ona skierowana do osoby niebędącej stroną w sprawie? Niewątpliwie śmierć osoby fizycznej zwykle eliminuje decyzję z obrotu prawnego.

Należy zauważyć, że powyższa kwestia była przedmiotem rozważań judykatury. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku dotyczącym decyzji o warunkowaniach środowiskowych wskazał: „Nie ulega wątpliwości, że k.p.a. nie zawiera przepisu, który stwierdzałby, że osoba zmarła nie może być stroną w sprawie, jednak wynika to z samej konstrukcji pojęcia strony i jej zdolności prawnej, którą ocenia się według przepisów prawa cywilnego (art. 30 § 1 k.p.a.). Zdolność prawna osoby fizycznej ustaje z chwilą jej śmierci. Konsekwencją utraty zdolności prawnej jest to, że w stosunku do osoby zmarłej nie można wszcząć i prowadzić postępowania administracyjnego i wydać decyzji. Decyzja taka rażąco naruszałaby prawo, o czym stanowi art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a.”²⁹.

Nie jest to jednak zasada o charakterze bezwzględny. Warto bowiem zauważyć, że decyzja lokalizacyjna tworzy uprawnienia tylko po stronie inwestora. Oznacza to, że na jej podstawie tylko inwestor jest uprawniony do realizacji kolejnych etapów procesu inwestycyjnego (np. zgłoszenia czy uzyskania pozwolenia na budowę), a następnie do realizacji inwestycji. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja stron biernych (np. właścicieli nieruchomości sąsiednich), którym decyzja nie przyznaje wprost żadnych praw czy obowiązków. Bardzo dobrze obrazuje to okoliczność, że tylko inwestor może przenieść decyzję

²⁸ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 10 września 2014, sygn. akt II SA/Go 563/14, CBOSA.

²⁹ Wyrok NSA z 23 lipca 2019 r., sygn. akt II OSK 2233/17, CBOSA; wyrok NSA z 27 kwietnia 1983 r., sygn. akt II SA 261/83, z głosem M. Stahl, OSPiKA 1984/5/108; uchwała NSA z 22 września 1997 r., sygn. akt FPS 6/97, ONSA 1998/1/1; wyrok NSA z 20 września 2002 r., sygn. akt I SA 428/01, CBOSA; wyrok NSA z 11 marca 2008 r., sygn. akt I OSK 1959/06, Lex nr 505429 oraz wyrok NSA z 1 lipca 2011 r., sygn. akt I OSK 1261/10, Lex nr 1082605.

o warunkach zabudowy na inną osobę w trybie przewidzianym w art. 63 ust. 5 u.p.z.p. (analogiczna regulacja nie istnieje w odniesieniu do decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego). Natomiast uprawnienie przeniesienie prawa realizacji inwestycji, wynikające z decyzji o warunkach zabudowy, nie przysługuje stronom biernym, gdyż wydana decyzja nie przyznaje im praw.

Mając na względzie powyższe, trudno jest zatem uznać, że tak wydana decyzja lokalizacyjna, która została skierowana do osoby nieżyjącej innej niż inwestor, jest obciążona wadą nieważności. W judykaturze podnosi się także, że w omawianej sytuacji „nie jest zasadne traktowanie tej sytuacji w kategoriach »rażącego naruszenia prawa« w rozumieniu przepisu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., skoro skierowanie decyzji do osoby, która nie jest stroną, zostało określone w art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a. jako odrębna wada ciężka decyzji, której zaistnienie nakazuje stwierdzenie nieważności decyzji niej dotkniętą”³⁰.

Przywołać można również pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym „śmierć strony postępowania, która nastąpiła po jego wszczęciu, lecz przed jego formalnym zakończeniem, nie skutkuje nieważnością decyzji wydanej w takich warunkach, jeśli tylko następca prawny osoby zmarłej, niebędącej jedyną stroną postępowania, wiedział o treści podejmowanych czynności, w tym o wydaniu decyzji kończącej postępowanie i decyzji tej nie kwestionował”³¹.

Interesujące stanowisko zaprezentował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który stwierdził, że „decyzja nie została skierowana do osoby zmarłej (art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a.). Należy przypomnieć, że przez pojęcie »skierowanie decyzji« należy rozumieć określenie w drodze decyzji praw i obowiązków oznaczonego podmiotu prawa, a więc adresata decyzji. Nie można »skierowania decyzji« utożsamiać z doręczeniem decyzji określonego podmiotowi”³².

Można dodać, że w sprawie z zakresu prawa wodnego Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach poszedł jeszcze dalej i w uzasadnieniu wydanego orzeczenia podniósł, że „zaskarżona decyzja o umorzeniu postępowania odwoławczego z powodu niewykazania przez skarżącego przymiotu strony w rozumieniu art. 127 ust. 7 Prawa wodnego nie jest zatem obciążona wadą prawną z art. 156 § 1 pkt 2 i 7 k.p.a. w postaci jej wydania bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa, ani też nie zawiera wady powodującej jej nieważność z mocy prawa. Wnioskodawca ubiegający się o wydanie pozwolenia prawnowodnego nie może ponosić ujemnych konsekwencji z powodu zaniedbań ze strony skarżącego i nieujawnienia aktualnego stanu prawnego działek w ewidencji gruntów i budynków. Ustawodawca przewidział me-

³⁰ Wyrok NSA z 28 marca 2017 r., sygn. akt II OSK 1915/15, CBOSA.

³¹ Wyrok NSA z 7 listopada 2019 r., sygn. akt I OSK 3007/18, CBOSA.

³² Wyrok WSA w Warszawie z 25 maja 2018 r., sygn. akt VII SA/Wa 1878/17, CBOSA; por. wyrok WSA w Krakowie z 3 sierpnia 2016 r., sygn. akt II SA/Kr 552/16, CBOSA.

chanizm ustalania kręgu stron (art. 127 ust. 7d Prawa wodnego), a zatem zapisów w ewidencji gruntów i budynków nie można zastąpić oświadczeniem o następstwie prawnym po osobach ujawnionych w tej ewidencji jako właściciele działek”³³.

Podsumowanie

Jak wynika z przedstawionej analizy, zasadnicze znaczenie ma okoliczność, czy osobą zmarłą jest wnioskodawca (inwestor), czy też stroną bierną postępowania (czyli przeważnie właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości znajdującej się w obszarze oddziaływania inwestycji). W sytuacji gdy decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu została wydana dla wnioskodawcy jako osoby nieżyjącej w momencie jej wydawania, z pominięciem unormowań art. 30 § 4 i § 5 k.p.a., to bez wątpienia powinno się stwierdzić nieważność takiej decyzji.

Natomiast – jak już wcześniej wskazano – inaczej należy interpretować okoliczności, gdy doszło do wydania takiej decyzji, ale nie żyła inna strona postępowania niż wnioskodawca, gdzie przy okazji doszło do pominięcia osób będących spadkobiercami po wnioskodawcy, na skutek braku informacji w tym zakresie po stronie organu. Takie uchybienie procesowe może bowiem stanowić co najwyżej podstawę do wznowienia postępowania zakończonego decyzją ostateczną na podstawie art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a.

Nie ma w takiej sytuacji przesłanek do stwierdzenia nieważności tak wydanej decyzji. Nie jest to bowiem ani skierowanie decyzji do osoby niebędącej stroną w sprawie (art. 156 § 1 pkt 4 k.p.a.), ani nie dochodzi do rażącego naruszenia prawa (art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a.). Decyzja taka skierowana jest do inwestora jako podmiotu, dla którego określa się wstępne warunki na jakich może on zrealizować planowaną inwestycję. Innym stronom postępowania tę decyzję tylko doręcza się, a uchybienie w tym zakresie nie kwalifikuje tak wydanej decyzji do stwierdzenia nieważności.

Podsumowując, decyzja lokalizacyjna skierowana do zmarłego jako strony postępowania z jednoczesnym pominięciem spadkobierców tej strony, w stosunku do której decyzja nie określa praw lub obowiązków, stanowi co najwyżej przesłankę do wznowienia postępowania, a nie do stwierdzenia nieważności.

Decyzja lokalizacyjna przyznaje bowiem prawa tylko inwestorowi, nie zaś innym stronom postępowania administracyjnego.

³³ Wyrok WSA w Gliwicach z 25 sierpnia 2017 r., sygn. akt II SA/Gl 1131/16, CBOSA; zob. także M. Kałużny, *Prawo wodne. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 2016, art. 127.

Wykaz literatury

- Borkowski J., *Decyzja administracyjna*, Zachodnie Centrum Organizacji, Łódź–Zielona Góra 1998.
- Buczyński K., [w:] J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, P. Sosnowski, K. Buczyński, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Despot-Mładanowicz A., [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, 2019, Lex.
- Kałużny M., *Prawo wodne. Komentarz*, wyd. drugie, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Pacura M., *Osoby uprawnione do udziału w postępowaniu w przedmiocie wydania warunków zabudowy*, 2015, Lex.
- Przybysz P.M., [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Wróbel A., [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, 2021, Lex.
- Zachariasz I., [w:] H. Izdebski, I. Zachariasz, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Summary

Consequences of sending a building and land development permit decision to a deceased person who is not an investor

Keywords: decisions on building permit conditions, delivery of documents, death of any party involved, resumption of the proceedings, annulment of the decision.

The decision on building and land development conditions is of key importance for the investment process. In the absence of local spatial development plans, the investor can't proceed with further developments. The efficiency of the delivery of the outcome determines the entire investment process, the effectiveness of the decision delivery process will determine how quick the investor can start construction on their investment. This article will discuss the consequences of delivering such a decision on the land development conditions to a deceased person who is not an investor. Is it problematic and are the consequences of delivering such a decision different in a situation where the deceased party involved in this procedure is not an investor, compared to the situation where the deceased person is the investor. When analysing the presented problem, we used the dogmatic method, focusing mainly on the analysis of the views of the judiciary and the practical consequences of delivering the decision to the deceased. Considering this situation, although it only concerns decisions on building permit conditions, it may also be applied to other decisions issued in the investment process.

Natalia Daśko

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0001-9122-4883

ndasko@umk.pl

**Nowelizacja Kodeksu karnego
z dnia 20 kwietnia 2021 r. w zakresie przestępstw
związanych z terroryzmem.
Uwagi na tle implementacji dyrektywy
Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541**

Wprowadzenie

15 marca 2017 r. Parlament Europejski i Rada (UE) przyjęły dyrektywę 2017/541 w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępującą decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniającą decyzję Rady 2005/671/WSiSW¹. Zgodnie z art. 28 dyrektywy państwa członkowie miały wprowadzić w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy najpóźniej do dnia 8 września 2018 r. We wrześniu 2020 r. Komisja Europejska na podstawie art. 29 ust. 1 dyrektywy przygotowała sprawozdanie² dla Parlamentu Europejskiego i Rady, w którym oceniła, w jakim zakresie państwa członkowskie przyjęły środki niezbędne do wykonania dyrektywy. 9 czerwca 2021 r. Komisja Europejska wezwała Polskę³ do usunięcia uchybień i zapewnienia prawidłowej transpozycji przepisów Unii Europejskiej dotyczących zwalczania terroryzmu⁴. Na mocy ustawy z dnia 20 kwietnia 2021 r.⁵ dokonano

¹ Dz. Urz. UE z dnia 31 marca 2017 r., Seria L, Nr 88, s. 6, dalej jako dyrektywa lub dyrektywa 2017/541.

² Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego i Rady, COM(2020) 619 final, Bruksela 2020.

³ Również Bułgarię, Niemcy i Portugalie.

⁴ Postępowania o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego: główne decyzje podjęte w czerwcu; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/inf_21_2743 (data dostępu: 9.09.2021).

⁵ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2021 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 1023). Ustawa weszła w życie z dniem 22 czerwca 2021 r.

nowelizacji trzech przepisów Kodeksu karnego⁶ w celu wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2017/541.

Niniejszy artykuł stanowi analizę sprawozdania Komisji Europejskiej w kontekście podniesionych w nim zastrzeżeń w stosunku do Polski, a także zmian, które wprowadzono do Kodeksu karnego. Artykuł odpowiada na następujące pytania badawcze: czy w sprawozdaniu poprawnie zidentyfikowano braki w zakresie obszarów penalizacji wymaganego dyrektywą, jakie zmiany wprowadzono do Kodeksu karnego w celu implementacji dyrektywy i czy mogą mieć one rzeczywisty wpływ na zwalczanie zjawiska terroryzmu oraz czy wprowadzone do Kodeksu karnego zmiany wynikają wyłącznie z regulacji dyrektywy 2017/541, czy też mają szerszy zakres, podyktowany interesem politycznym ustawodawcy.

Wdrożenie dyrektywy 2017/541 w Polsce. Komentarz do sprawozdania Komisji Europejskiej z 2020 r.

Przyjęcie dyrektywy 2017/541 wynikało z zaobserwowanych przez prawodawcę unijnego zmian w obszarze zjawiska terroryzmu, które w wielu przypadkach wymykały się zakresowi prawa karnego. Szczególną uwagę zwrócono na „zagranicznych bojowników terrorystycznych”, którzy podróżują za granicę w celach terrorystycznych. Powracających zagranicznych bojowników terrorystycznych, jak i osoby pozostające w Europie, a inspirowane lub instruowane przez grupy terrorystyczne działające za granicą, uznano za zwiększone zagrożenie (motyw 4 Preambuly). Wskazując na zmieniający się charakter zagrożeń terrorystycznych, dyrektywa zobowiązywała państwa członkowskie⁷ do kryminalizacji nowych czynów w tym obszarze, tj. m.in. odbywania szkolenia na potrzeby terroryzmu, podróżowania w celach terrorystycznych czy też finansowania terroryzmu. W dyrektywie podkreślono także konieczność dalszego zbliżania w państwach członkowskich definicji przestępstw terrorystycznych, przestępstw dotyczących grupy terrorystycznej oraz przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, tak aby definicja ta obejmowała czyny związane zwłaszcza z zagranicznymi bojownikami terrorystycznymi i finansowaniem terroryzmu bardziej kompleksowo. Jak wskazano, takie czyny powinny także podlegać karze, w przypadku gdy popełnione zostały za pośrednictwem internetu, w tym mediów społecznościowych (motyw 6 Preambuly).

Obok aspektów prawnokarnych dyrektywa zawiera także regulacje związane ze środkami ochrony, wsparcia i pomocy ofiarom terroryzmu, które mają charakter uzupełniający w stosunku do dyrektywy Parlamentu Europejskie-

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444), dalej jako k.k.

⁷ Z wyjątkiem Danii, Irlandii i Zjednoczonego Królestwa.

go i Rady 2012/29/UE⁸ i dyrektywy Rady 2004/80/WE⁹. Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie m.in. do zapewnienia w ramach infrastruktury krajowej pomocy ofiarom ataków terrorystycznych, bezpośrednio po ataku terrorystycznym, jak i później – tak długo, jak to będzie konieczne (motyw 27–30 Preambuły).

W przygotowanym przez Komisję Europejską sprawozdaniu z wdrożenia dyrektywy w państwach członkowskich stosunkowo dużo uwagi poświęcono Polsce, która zdaniem Komisji nie transponowała do przepisów krajowych wszystkich zobowiązań wynikających z dyrektywy¹⁰. Nie wszystkie uwagi Komisji wydają się jednak zasadne; w co najmniej kilku przypadkach ocena Komisji wydaje się zbyt pochopna. Przykładowo: zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. f dyrektywy przestępstwem terrorystycznym podlegającym penalizacji jest „wytwarzanie, posiadanie, nabywanie, przewożenie, dostarczanie lub używanie materiałów wybuchowych lub broni, w tym broni chemicznej, biologicznej, radiologicznej lub jądrowej, jak również badania nad taką bronią i rozwój broni chemicznej, biologicznej, radiologicznej lub jądrowej”. Zastrzeżenia Komisji dotyczyły pomięcia w polskim porządku prawnym badań nad bronią radiologiczną¹¹. Wydaje się jednak, że art. 121 § 1 k.k.¹² i art. 171 § 1 k.k.¹³ pokrywają zakres penalizacji wskazany przez dyrektywę i jako czyny zabronione zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełnione w celach, o których mowa w art. 115 § 20 k.k., mogą być uznane za przestępstwa terrorystyczne w rozumieniu dyrektywy¹⁴. Co prawda art. 121 § 1 k.k. penalizuje prowadzenie badań mających na celu wytwa-

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz.Urz.UE.L z 2012 r., Nr 315, s. 57).

⁹ Dyrektywa Rady 2004/80/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. odnosząca się do kompensaty dla ofiar przestępstw (Dz.Urz.UE.L z 2004 r., Nr 261, s. 15).

¹⁰ Trzeba zaznaczyć, że Komisja miała zastrzeżenia do transpozycji dyrektywy w niemal każdym państwie członkowskim.

¹¹ Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego..., s. 5.

¹² Art. 121 § 1. Kto, wbrew zakazom prawa międzynarodowego lub przepisom ustawy, wytwarza, gromadzi, nabywa, zbywa, przechowuje, przewozi lub przesyła środki masowej zagłady lub środki walki bądź prowadzi badania mające na celu wytwarzanie lub stosowanie takich środków, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. § 2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza do popełnienia czynu określonego w § 1.

¹³ Art. 171 § 1. Kto, bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom, wyrabia, przetwarza, gromadzi, posiada, posługuje się lub handluje substancją lub przyrządem wybuchowym, materiałem radioaktywnym, urządzeniem emitującym promienie jonizujące lub innym przedmiotem lub substancją, która może spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 2. Tej samej karze podlega, kto wbrew obowiązкови dopuszcza do popełnienia czynu określonego w § 1. § 3. Tej samej karze podlega, kto przedmioty określone w § 1 odstępuje osobie nieuprawnionej.

¹⁴ Tak też: K. Burdziak, *Definicja przestępstwa o charakterze terrorystycznym przewidziana w polskim Kodeksie karnym w świetle rozwiązań Unii Europejskiej, Rady Europy i Organizacji Narodów Zjednoczonych – raport z projektu badawczego*, Warszawa 2021, s. 11.

rzanie środków masowej zagłady, do których należą broń chemiczna, biologiczna i jądrowa¹⁵, a zatem nie obejmuje broni radiologicznej, to odpowiednie zastosowanie może znaleźć art. 171 § 1 k.k. penalizujący wyrabianie, przetwarzanie, gromadzenie, posiadanie, posługiwanie się lub handlowanie materiałem radioaktywnym. Prowadzenie badań nad bronią radiologiczną może obejmować co najmniej kilka z wymienionych w tym przepisie czynności sprawczych, choćby wyrabianie, gromadzenie, posiadanie czy przetwarzanie, przy czym trzeba zaznaczyć, że działalność związana z materiałem radiologicznym jest ściśle reglamentowana przez przepisy prawa¹⁶.

Komisja zwróciła także uwagę, że w przypadku art. 3 ust. 1 lit. e dyrektywy, odnoszącego się do zajęcia statku powietrznego, statku wodnego lub innego środka transportu publicznego lub towarowego, Polska nie uwzględniła zajęcia innych środków transportu publicznego lub towarowego¹⁷. W świetle art. 166 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten, kto stosując podstęp albo gwałt na osobie lub groźbę bezpośredniego użycia takiego gwałtu przejmuje kontrolę nad statkiem wodnym lub powietrznym. Przedmiotem wykonawczym przestępstwa z art. 166 § 1 k.k. może zatem być tylko statek wodny lub powietrzny. Jednakże, w zależności od okoliczności faktycznych, w sytuacji zajęcia innych niż statek wodny lub powietrzny środków transportu publicznego lub towarowego (np. pociągu metra) zastosowanie znaleźć może art. 165 § 1 pkt 5 k.k., jeżeli sprawca, zajmując środek transportu publicznego w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych, spowoduje niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach. Przestępstwo z art. 165 § 1 pkt 5 k.k. w typie podstawowym zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, a zatem jeśli jest popełnione w celach, o których mowa w art. 115 § 20 k.k., może być uznane za przestępstwo terrorystyczne. Natomiast poza zakresem penalizacji pozostaje zajęcie środka transportu publicznego lub towarowego, w sytuacji gdy nie następuje to w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych i nie spowoduje niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach. W niektórych przypadkach, gdy sprawca działa w celu przywłaszczenia, rozważać można jednak odpowiedzialność z art. 278–279 k.k. (kradzież, kradzież szczególnie zuchwałą, kradzież z włamaniem).

W odniesieniu do art. 14 dyrektywy, który wymaga od państw członkowskich penalizacji pomocnictwa do przestępstw, o których mowa w art. 3–8, 11 i 12 dyrektywy, podżegania do popełnienia jednego z przestępstw, o których mowa w art. 3–12 dyrektywy, a także usiłowania popełnienia jednego z przestępstw, o których mowa w art. 3, 6, 7, art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 lit. a oraz

¹⁵ K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. siódme, Warszawa 2021, Legalis, art. 121, Nb. 4.

¹⁶ Zob. ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 792).

¹⁷ Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego..., s. 6.

art. 11 i 12 dyrektywy, z wyjątkiem posiadania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. f, oraz przestępstwa, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. j, Komisja powzięła wątpliwość, czy jeśli Polska dokonała transpozycji art. 6¹⁸ dyrektywy w drodze tego samego środka, co w przypadku art. 14 ust. 1 i 2, to czy pomocnictwo i podżeganie do przestępstwa określonego w art. 6 jest uznawane w Polsce za przestępstwo. Wątpliwości Komisji mogą wynikać z faktu, że penalizacja podżegania do podżegania i pomocnictwa do pomocnictwa nie wynika niejako wprost z konkretnego przepisu Kodeksu karnego, a jest wynikiem wykładni przepisów art. 18 § 2 i 3 k.k. Konstrukcja „łańcuszkowego podżegania” i „łańcuszkowego pomocnictwa” nie budzi w orzecznictwie i w doktrynie wątpliwości i jest powszechnie przyjmowana¹⁹.

Pewne wątpliwości Komisja wyraziła także co do zakresu art. 165a k.k. (finansowanie terroryzmu), wskazując że finansowanie terroryzmu nie obejmuje finansowania wszystkich przestępstw określonych w art. 3–10 dyrektywy, jak wymaga tego dyrektywa²⁰. Trudno odmówić słuszności powyższej ocenie, podając jako przykład choćby art. 5 dyrektywy (publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa terrorystycznego). Czyn polegający na publicznym nawoływaniu do przestępstwa terrorystycznego na gruncie polskiego porządku prawnego penalizowany jest przez art. 255 k.k., zagrożony karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 w wypadku publicznego nawoływania do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego (§ 1) i karą pozbawienia wolności do lat 3 w wypadku publicznego nawoływania do popełnienia zbrodni (§ 2). Tym samym, mając na uwadze art. 115 § 20 k.k., zgodnie z którym przestępstwem terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, nawoływanie do przestępstwa (terrorystycznego) nie mieści się w definicji przestępstwa terrorystycznego, a zatem finansowanie takiego przestępstwa nie może realizować znamion art. 165a k.k. Przepis ten penalizuje bowiem finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (w rozumieniu art. 115 § 20 k.k.) lub jednego z enumeratywnie wskazanych w nim przestępstw, wśród których nie ma art. 255 kk.

Trafnie Komisja wysunęła również zastrzeżenia dotyczące transpozycji art. 9 (podróżowanie w celach terrorystycznych) do polskiego porządku praw-

¹⁸ Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby karze jako przestępstwo – jeżeli popełniono je umyślnie – podlegało nakłanianie innej osoby do popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w art. 3 ust. 1 lit a)-i) lub w art. 4.

¹⁹ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 18, Nt. 34; M. Hara, *Recent Council of Europe and European Union legislation on preventing terrorism and its impact on the criminal law of Member States the example of Poland*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2019, t. 52, s. 76; uchwała składu 7 sędziów SN z 21 października 2003 r., sygn akt I KZP 11/03, OSNKW 2003, Nr 11–12, poz. 89, Lex.

²⁰ Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego..., s. 11.

nego, zaś prawdopodobnie w wyniku przeoczenia w sprawozdaniu nie podniesiono w ogóle kwestii braku transpozycji art. 8 dyrektywy (odbywanie szkolenia na potrzeby terroryzmu) do przepisów krajowych.

Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 kwietnia 2021 r.

Potrzeba pełnej implementacji dyrektywy 2017/541 stała się przyczynkiem kolejnej nowelizacji Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw z dnia 20 kwietnia 2021 r. W uzasadnieniu do projektu ustawy (druk nr 867) wskazano, że „z uwagi na fakt wcześniejszej implementacji przez Polskę między innymi decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (...), dotyczącej tego samego obszaru, zdecydowaną większość przepisów dyrektywy 2017/541 należy uznać za implementowaną. Przykładowo, w art. 115 § 20 k.k. istnieje już definicja przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w art. 165a jest penalizowane finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a w art. 258 § 2 i 4 jest penalizowana działalność w ramach grupy przestępczej o charakterze terrorystycznym. Na marginesie należy przypomnieć, iż dyrektywa 2017/541 ma charakter przekrojowy i dotyka nie tylko obszaru prawa karnego, ale także tematów powiązanych, takich jak np. ochrona praw ofiar terroryzmu. Tutaj również jednak zdecydowana większość prac wdrożeniowych została już wykonana przy okazji implementacji wcześniejszych instrumentów unijnych, takich jak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (...). Ponadto niektóre postulaty zawarte w dyrektywie nie wymagają działań legislacyjnych, a wyłącznie organizacyjnych”²¹. Z przytoczonych względów wydaje się, że ustawodawca nie widział konieczność pilnego działania i dokonał implementacji przedmiotowej dyrektywy długo po zakreślonym przez art. 28 dyrektywy terminie.

Zmiany w Kodeksie karnym dotyczą trzech przepisów: art. 255a § 2, 259a i 259b k.k. Pierwsza z nich, zawarta w art. 255a § 2 k.k., jest wynikiem potrzeby penalizacji odbywania szkolenia na potrzeby terroryzmu, do której zobowiązuje art. 8 dyrektywy. Dotychczas przepis ten miał następujące brzmienie: „Tej samej karze podlega, kto w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym uczestniczy w szkoleniu mogącym umożliwić popełnienie takiego przestępstwa”²². Dotychczasowy art. 255a § 2 k.k. nie

²¹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP IX kadencji, druk sejmowy nr 867, s. 7.

²² Przepis ten dodano do Kodeksu karnego ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz.U. poz. 904 ze zm.).

obejmował zatem samodzielne zdobywanie wiedzy na potrzeby terroryzmu (*self-study terrorism*). Tymczasem, zgodnie z treścią art. 8 dyrektywy, „Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby karze jako przestępstwo – jeżeli popełniono je umyślnie – podlegało otrzymywanie instruktażu w zakresie wytwarzania lub stosowania materiałów wybuchowych, broni palnej lub innych rodzajów broni lub trujących lub niebezpiecznych substancji, lub innych szczególnych metod lub technik, w celu popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w art. 3 ust. 1 lit. a)–i). Jak wskazuje motyw 11 Preambuły penalizacja takiego zachowania jest konieczna, bowiem „uznawanie za przestępstwo odbywania szkolenia na potrzeby terroryzmu jest uzupełnieniem obowiązującego przepisu uznającego za przestępstwo prowadzenie takich szkoleń i ma w szczególności na celu zwalczanie zagrożeń stwarzanych przez osoby aktywnie przygotowujące się do popełniania przestępstw terrorystycznych, w tym osoby działające ostatecznie w pojedynkę”. Czyniąc zadość powyższym wymogom, ustawodawca dodał do art. 255a § 2 k.k. sformułowanie „lub samodzielnie zapoznaje się z treściami, o których mowa w § 1”²³ (tzn. treściami, które są rozpowszechniane lub publicznie prezentowane, w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym).

Wprowadzona przez ustawodawcę zmiana istotnie poszerza zakres penalizacji, przy czym wydaje się, że wykracza ona w tym zakresie poza założenia prawodawcy unijnego. Artykuł 8 dyrektywy posługuje się sformułowaniem „otrzymywania instruktażu”, zaś w motywie 11 Preambuły wskazano, że „odbywanie szkolenia na potrzeby terroryzmu obejmuje zdobywanie wiedzy, dokumentów lub umiejętności praktycznych. Zdobywanie wiedzy na własną rękę, w tym za pośrednictwem internetu lub z wykorzystaniem materiałów szkoleniowych spoza internetu, należy również uznawać za szkolenie na potrzeby terroryzmu, jeżeli jest ono związane z aktywnym działaniem i z zamiarem popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia przestępstwa terrorystycznego. W kontekście wszystkich szczególnych okoliczności danej sprawy na taki zamiar może wskazywać na przykład rodzaj materiałów szkoleniowych i to, jak często z nich korzystano. Tym samym pobranie z internetu podręcznika po to, by wytworzyć materiały wybuchowe w celu popełnienia przestępstwa terrorystycznego, można uznać za odbywanie szkolenia na potrzeby terroryzmu”. Oznacza to, że założeniem prawodawcy unijnego było objęcie zakresem penalizacji zapoznawania się z treściami, które mają wyraźny charakter instrukcji czy materiałów szkoleniowych; są zatem konkretne i precyzyjne. Tymczasem na gruncie art. 255a § 2 k.k. karalne staje się zapoznawanie się z treściami które tylko „mogą” ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze

²³ Art. 255a § 1. Kto rozpowszechnia lub publicznie prezentuje treści mogące ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym w zamiarze, aby przestępstwo takie zostało popełnione, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

terrorystycznym, a wcale nie muszą. Może zatem chodzić o treści mniej precyzyjne, o niejednoznacznym charakterze²⁴. Zastrzeżenia może budzić także posłużenie się zwrotem czasownikowym „zapoznaje się”, jako zbyt szerokim – wszak dyrektywa kładzie nacisk na penalizację zagrożeń stwarzanych przez osoby aktywnie przygotowujące się do popełniania przestępstw terrorystycznych, a samo „zapozdawanie się” nie musi wcale łączyć się z uczeniem się, szkoleniem się. Może być jedynie nieuważną lekturą przypadkowo natrafionej strony w sieci czy biernym obejrzeniem przypadkowo wyskakującego filmu na jakimś kanale. W Preambule dyrektywy podkreślono, że „samego odwiedzania stron internetowych lub zbierania materiałów szkoleniowych w celach zgodnych z prawem, takich jak cele akademickie lub badawcze, nie uznaje się na mocy niniejszej dyrektywy jako odbywanie szkolenia na potrzeby terroryzmu” (motyw 11). Problem ten zdaje się być rozwiązywany na gruncie art. 255a § 2 k.k. w ten sposób, że po stronie sprawcy wymagany jest zamiar bezpośredni kierunkowy („kto w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym”). Nie ulega zatem wątpliwości, że zapozdawanie się treściami, o których mowa w 255a § 1 k.k., w innych celach nie podlega odpowiedzialności karnej. Niemniej wydaje się, że ustawodawca mógł pokusić się o bardziej precyzyjne znamię czasownikowe lub bardziej je dookreślić.

Należy także zwrócić uwagę, że ustawodawca przeoczył dość istotną lukę w art. 255a § 2 k.k., którą mógł z łatwością naprawić przy okazji omawianej nowelizacji. Otóż, jak trafnie wskazuje się w doktrynie, poza zakresem odpowiedzialności karnej pozostaje organizator szkolenia, który nie uczestniczy w szkoleniu terrorystycznym. W zakresie podmiotowym art. 255 § 2 k.k. odnosi się do osoby, która uczestniczy w szkoleniu mogącym umożliwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym, co, po pierwsze, budzi pewne, lecz nieuzasadnione wątpliwości, czy prowadzący takie szkolenie również podlega odpowiedzialności karnej, ale także stawia pytanie o odpowiedzialność osoby, która takie szkolenie organizuje, ale ani go nie prowadzi, ani w nim nie uczestniczy. O ile w przedmiocie pierwszego zagadnienia przyjmuje się, że prowadzący szkolenie siłą rzeczy w nim uczestniczy, a więc podlega odpowiedzialności karnej z tego przepisu, o tyle w wypadku drugiego pytania, odpowiedź musi być negatywna. W pewnych wypadkach organizatorowi można przypisać rolę pomocnika, sprawcy kierowniczego czy współsprawcy, ale słusznie wskazuje się, że nie zawsze będzie to możliwe²⁵.

Druga zmiana w Kodeksie karnym dotyczy art. 259a. Przed nowelizacją przepis ten brzmiał następująco: „Kto przekracza granicę Rzeczypospolitej

²⁴ Por. uwagi wyrażane w piśmiennictwie co do art. 255a § 1 k.k.: M. Hara, op. cit., s. 77; M. Mozgawa, [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 255(a), Nt. 3.

²⁵ M. Mozgawa, [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, op. cit., art. 255(a), Nt. 5.

Polskiej w celu popełnienia na terytorium innego państwa przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a lub art. 258 § 2 lub 4, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5". Przepis ten dodano do Kodeksu karnego wspomnianą już ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych, a zatem w czasie, gdy ostateczna wersja dyrektywy 2017/541 nie była jeszcze znana, a polski ustawodawca mógł posilkować się jedynie jej projektem, który ulegał następnie zmianom²⁶. W dotychczasowym stanie prawnym art. 259a k.k. mógł znaleźć zastosowanie jedynie w stosunku do osób wyjeżdżających z Polski w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a k.k. lub art. 258 § 2 lub 4 k.k. na terytorium innego państwa lub też osób wjeżdżających do Polski w celu popełnienia wskazanych przestępstw na terytorium innego państwa, podczas gdy Polska była dla tych osób jedynie krajem tranzytowym. Nie mógł mieć jednak zastosowania wobec osób przekraczających granicę Polski w celu popełnienia określonych tym przepisem przestępstw na jej terytorium²⁷.

Regulacja art. 259a k.k. była zgodna z wymogami art. 9 ust. 1 dyrektywy²⁸, natomiast brakowało w polskim porządku prawnym przepisów realizujących dalsze zobowiązania wynikające z ust. 2 art. 9 dyrektywy. Przepis ten nakłada na państwa członkowskie obowiązek penalizacji alternatywnie jednego z dwóch wskazanych w nim czynów opisanych w lit. a oraz lit. b. W art. 9 ust. 2 lit. a określono czyn polegający na podróżowaniu do państwa członkowskiego: w celu popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych, o których mowa w art. 3 dyrektywy, w celu uczestniczenia w działaniach grupy terrorystycznej ze świadomością, że takie

²⁶ M. Hara, op. cit., s. 78.

²⁷ A. Lach, [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2020, art. 259(a), Nt. 3.

²⁸ Artykuł 9.1. Każde państwo członkowskie podejmuje niezbędne środki w celu zapewnienia, aby karze jako przestępstwo – jeżeli popełniono je umyślnie – podlegało podróżowanie do państwa innego niż to państwo członkowskie w celu popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych, o których mowa w art. 3, w celu uczestniczenia w działaniach grupy terrorystycznej ze świadomością, że takie uczestnictwo będzie stanowiło wkład w działalność przestępczą takiej grupy, o której to działalności mowa w art. 4, lub w celu prowadzenia lub odbycia szkolenia na potrzeby terroryzmu, o czym mowa w art. 7 i 8. 2. Każde państwo członkowskie podejmuje niezbędne środki w celu zapewnienia, aby jeden z następujących czynów podlegał karze jako przestępstwo, jeżeli został popełniony umyślnie: a) podróżowanie do tego państwa członkowskiego w celu popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych, o których mowa w art. 3, w celu uczestniczenia w działaniach grupy terrorystycznej ze świadomością, że takie uczestnictwo będzie stanowiło wkład w działalność przestępczą takiej grupy, o której to działalności mowa w art. 4, lub w celu prowadzenia lub odbycia szkolenia na potrzeby terroryzmu, o czym mowa w art. 7 i 8; lub b) działania przygotowawcze podejmowane przez osobę, która dostaje się na terytorium tego państwa członkowskiego z zamiarem popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych, o których mowa w art. 3.

uczestnictwo będzie stanowiło wkład w działalność przestępczą grupy, o której to działalności mowa w art. 4 dyrektywy, lub w celu prowadzenia lub odbycia szkolenia na potrzeby terroryzmu, o czym mowa w art. 7 i 8 dyrektywy. Z kolei w art. 9 ust. 2 lit. b przewidziano penalizację działań przygotowawczych podejmowanych przez osobę, która dostaje się na terytorium tego państwa członkowskiego z zamiarem popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia jednego z przestępstw terrorystycznych, o których mowa w art. 3 dyrektywy. Ustawodawca zdecydował wywiązać się ze zobowiązań nałożonych przez art. 9 ust. 2 dyrektywy poprzez penalizację zachowania opisanego w lit. a, gdyż dostosowanie art. 259a k.k. do dyrektywy wymagało w tym wypadku tylko niewielkiej zmiany polegającej na wykreśleniu z niego słów „na terytorium innego państwa”. Ten wariant transpozycji dyrektywy ocenić należy jako słuszny. Na marginesie odnotować można, że powyższą drogę transpozycji art. 9 ust. 2 wybrało aż osiemnaście państw członkowskich²⁹. Penalizacja podróży terrorystycznej jest penalizacją na przedpolu czynu, w istocie podejmowana przez sprawcę czynność – przekroczenie granicy Polski stanowi *sui generis* przygotowanie do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa z art. 255a k.k. lub 258 § 2 i 4 k.k. Dla bytu przestępstwa nie ma znaczenia, na terytorium którego państwa przestępstwo ma być w zamiarze sprawcy popełnione. Obecnie może zatem podlegać odpowiedzialności karnej osoba, który przyjeżdża do Polski w celu np. odbycia samoszkolenia w zakresie terroryzmu w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa z art. 255a k.k. lub 258 § 2 i 4 k.k. na terytorium innego państwa lub na terytorium Polski.

Konsekwencją zmiany w art. 259a k.k. jest tożsama zmiana w art. 259b § 1 pkt 1 k.k. polegająca na wykreśleniu z niego sformułowania „na terytorium innego państwa”. Zgodnie z tym przepisem, w jego obecnym brzmieniu, sąd na wniosek prokuratora jest zobowiązany zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a może nawet warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy przestępstwa określonego w art. 259a k.k., który dobrowolnie odstąpił od popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a k.k. lub art. 258 § 2 lub 4 k.k. i ujawnił przed organem powołanym do ścigania przestępstw wszystkie istotne okoliczności popełnienia czynu lub zapobiegł popełnieniu zamierzonego przestępstwa albo dobrowolnie odstąpił od pomocnictwa innym osobom w popełnieniu przestępstwa określonego w art. 259a k.k. i ujawnił przed organem powołanym do ścigania przestępstw wszystkie istotne okoliczności popełnienia czynu, w szczególności informacje o osobach, które popełniły przestępstwa określone w art. 259a k.k. Wprowadzona zmiana koresponduje z treścią art. 259a k.k. i w tym sensie jest uzasadniona, jednakże słusznie zwrócono uwagę w piśmiennictwie, że zasad-

²⁹ Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego..., s. 10.

ność wprowadzenia i utrzymywania art. 259b w Kodeksie karnym jest wysoce wątpliwa³⁰.

Instytucja przewidziana w art. 259b k.k. dotyczy wyłącznie sprawców przestępstwa określonego w art. 259a k.k., co w świetle dyrektywy nie znajduje żadnego uzasadnienia, bowiem żaden przepis dyrektywy, a tym bardziej art. 9 dotyczący podróżowania w celach terrorystycznych nie zakłada szczególnego traktowania sprawców tego właśnie przestępstwa. Artykuł 15 dyrektywy zobowiązuje państwa członkowie, aby przestępstwa, o których mowa w art. 3–12 i 14 dyrektywy, podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom karnym, zaś art. 16 przewiduje możliwość wprowadzenia środków umożliwiających zmniejszenie kar, o których mowa w art. 15³¹. Wskazane regulacje mają jednak charakter ogólny, odnoszący się do wszystkich przestępstw przewidzianych przez dyrektywę, a nie tylko do tego określonego w art. 9. W polskim porządku prawnym istniały już regulacje dotyczące nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawców współdziałających z organami ścigania (art. 60 § 3 i 4 k.k.). Dodatkowo art. 259 k.k. przewiduje klauzulę bezkarności sprawcy przestępstwa z art. 258 k.k. (dotyczącego m.in. zorganizowanej grupy lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym), który dobrowolnie odstąpi od udziału w zorganizowanej grupie lub związku oraz ujawni przed organem powołanym do ścigania przestępstw istotne okoliczności popełnionego czynu, lub zapobiegnie popełnieniu zamierzonego przestępstwa, w tym także przestępstwa skarbowego. Wydaje się zatem, że cel, jakim kierował się ustawodawca przy wprowadzaniu art. 259b k.k., tj. „zwiększenie zdolności organów ścigania w zakresie zapobiegania przestępstwom o charakterze terrorystycznym”³², nie wymagał kreowania nowych regulacji³³.

Rozwiązanie przewidziane w art. 259b k.k. może budzić także wątpliwości z uwagi na związanie sądu wnioskiem prokuratora, który w wypadku jego złożenia obligatoryjnie musi zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, jedynie w przedmiocie warunkowego zawieszenia jej wykonania decyzja sądu

³⁰ M. Hara, op. cit., s. 79–80.

³¹ Artykuł 16. Państwa członkowskie mogą podjąć niezbędne środki, aby zapewnić możliwość zmniejszenia kar, o których mowa w art. 15, w przypadku gdy sprawca: a) odstępuje od działalności terrorystycznej; oraz b) dostarcza organom administracji lub organom wymiaru sprawiedliwości informacji, których nie mogłyby one uzyskać w inny sposób, a które są pomocne przy: (i) zapobieganiu skutkom przestępstwa lub ich ograniczaniu; (ii) identyfikacji lub postawieniu przed sądem innych sprawców; (iii) znalezieniu dowodów; lub (iv) zapobieganiu popełnieniu kolejnych przestępstw, o których mowa w art. 3–12 i 14.

³² Uzasadnienie projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Sejm RP VIII kadencji, druk sejmowy nr 516, s. 34

³³ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Przewodniczącego Komisji Ustawodawczej Senatu z 11 maja 2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20do%20Przewodnicz%C4%85cego%20Komisji%20Ustawodawczej%20Senatu%2011%20maja%202021.pdf> (data dostępu: 1.09.2021).

ma charakter fakultatywny. Jest to kolejny przykład wzmacniania przez ustawodawcę pozycji prokuratora w procesie karnym kosztem nie tylko innych uczestników procesu, ale i sądu, które to zjawisko obserwujemy od 2015 r.

Pozostałe zmiany dokonane ustawą z dnia 20 kwietnia 2021 r.

Poza omówionymi zmianami w Kodeksie karnym, ustawa z dnia 20 kwietnia 2021 r. wprowadza istotne zmiany proceduralne m.in. w zakresie dostępu do akt zakończonego postępowania przygotowawczego, listu żelaznego czy doręczania postanowienia rozstrzygającego w przedmiocie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. W uzasadnieniu projektu ustawy projektodawca zauważa że „bezpośrednia transpozycja dyrektywy wymaga zmian wyłącznie w krajowym prawie materialnym. Niemniej jednak dla osiągnięcia w pełni celu, jaki prawodawca europejski założył przyjmując ten akt prawny, niezbędne jest wprowadzenie pewnych rozwiązań proceduralnych, pozwalających na należyte stosowanie norm materialnoprawnych. Chodzi zarówno o regulacje dotyczące sytuacji transgranicznych, jak i wyłącznie krajowych, mających jednak przełożenie na zwalczanie terroryzmu”. Analiza wprowadzonych zmian do Kodeksu postępowania karnego pozostaje poza zakresem niniejszego artykułu, niemniej trudno oprzeć się wrażeniu, że są to zmiany, które ustawodawca zamierzał wprowadzić niezależnie od konieczności pełnej implementacji dyrektywy i nie dla celów skuteczniejszego zwalczania terroryzmu.

Podsumowanie

Regulacje prawnokarne w zakresie zwalczania terroryzmu mają istotne znaczenie dla bezpieczeństwa globalnego, jak i narodowego. Z uwagi na to, że terroryzm jest zjawiskiem często wymykającym się granicom terytorialnym, istotne jest, by zakres penalizacji w tym obszarze był zbliżony w ustawodawstwach poszczególnych państw. Polska, która nie jest bezpośrednim celem ataków terrorystycznych i w której poziom zagrożenia terrorystycznego jest niewątpliwie niższy niż np. w państwach Europy Zachodniej, nie należy do pionierów regulacji w tym zakresie. Z tych też względów przepisy krajowe w obszarze terroryzmu najczęściej pojawiają się i zmieniają się w wyniku różnych zobowiązań międzynarodowych czy regionalnych. Przykładem tego zjawiska jest nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 kwietnia 2021 r. implementująca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541. Wprowadzone zmiany należy co do zasady ocenić pozytywnie, jako zasadne dla celu jakim jest pełna transpozycja przepisów dyrektywy. Nie można jednak nie

ulec wrażeniu, że ustawodawca nie do końca rzetelnie wywiązał się z tego obowiązku i nadal poza zakresem penalizacji pozostaje część zachowań, których dotyczy dyrektywa. Śladem Komisji Europejskiej zastrzeżenia można zgłosić co do braku penalizacji zajęcia innego niż statek wodny lub powietrzny środka transportu publicznego lub towarowego czy nieobjęcia zakresem finansowania terroryzmu finansowania wszystkich przestępstw określonych w art. 3–10 dyrektywy. Bez wątpienia luki w polskim porządku prawnym uzupełnione ustawą z 20 kwietnia 2021 r. należały do najpilniejszych w kontekście zwalczania zjawiska terroryzmu. Samoszkolenie w zakresie terroryzmu czy podrózkowanie w celach terrorystycznych to stosunkowo nowe i niebezpieczne zjawiska, które wymagają reakcji prawnokarnej. Ubolewać można jedynie nad tym, że choć ustawodawca w uzasadnieniu projektu ustawy odwoływał się do poglądów doktryny wskazującej na pewne luki prawne w dotychczasowym stanie prawnym, to robił to, jak widać, raczej wybiórczo, czego przykładem jest pozostawienie poza zakresem art. 255a § 2 k.k. organizatora szkolenia, na co zwracano uwagę już od kilku lat. Nie można też uciec od smutnej refleksji, że kolejna zmiana Kodeksu karnego była kolejną okazją realizacji określonego interesu politycznego ustawodawcy, czego przykładem są zmiany proceduralne, których wprowadzenie uzasadniano koniecznością walki z terroryzmem.

Wykaz literatury

- Burdziak K., *Definicja przestępstwa o charakterze terrorystycznym przewidziana w polskim Kodeksie karnym w świetle rozwiązań Unii Europejskiej, Rady Europy i Organizacji Narodów Zjednoczonych – raport z projektu badawczego*, Inst. Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2021.
- Hara M., *Recent Council of Europe and European Union legislation on preventing terrorism and its impact on the criminal law of Member States the example of Poland*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2019, t. 52.
- Lach A., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Mozgawa M., [w:] M. Budyń-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Przewodniczącego Komisji Ustawodawczej Senatu z 11 maja 2021, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20do%20Przewodnicz%C4%85cego%20Komisji%20Ustawodawczej%20Senatu%2011%20maja%202021.pdf>.
- Sprawozdanie Komisji Dla Parlamentu Europejskiego i Rady, COM(2020) 619 final, Bruksela 2020.
- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. siódme, C.H. Beck, Warszawa 2021, Legalis.

Summary

The amendment to the Criminal Code of April 20, 2021, in the field of offences related to terrorism. Comments on the implementation of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and the Council

Keywords: criminal law, terrorism, EU law, terrorist offences, transposition.

At the level of the European Union, it has long been pointed out that the cross-border nature of terrorism requires cooperation between the Member States not only at the level of coordination of actions between competent agencies or bodies but also at the legislative level, especially criminal law so that the scope of penalisation in this area is as most similar. The article aims to analyze the European Commission report from 2020 on the transposition of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA as regards which applies to Poland, as well as the assessment of the amendment to the Criminal Code of April 20, 2021, made in terms of its necessity for the purpose set by the initiator, i.e. full transposition of Directive 2017/541. The analyzes carried out in the article justify the conclusion that the legislator has still not fully transposed Directive (EU) 2017/541, and additionally, referring to the need to fight terrorism, significantly modified several procedural law institutions that are not referred to in the directive and which do not have a closer connection with this issue. However, the changes introduced to the Criminal Code should be considered not only necessary and justified but also the most urgent in the context of the existing gaps in the Polish legal system.

Murman Gorgoshadze

Batumi Shota Rustaveli State University, Georgia

ORCID: 0000-0001-7794-3179

murman.gorgoshadze@bsu.edu.ge

Omar Phartenadze

Batumi Shota Rustaveli State University, Georgia

ORCID: 0000-0001-6155-0047

omar.phartenadze@bsu.edu.ge

Levan Djakeli

Batumi Shota Rustaveli State University, Georgia

ORCID: 0000-0003-0133-0733

l.jakeli@bsu.edu.ge

О месте и роли теоретико-правовых (общеправовых) дисциплин в системе высшего юридического образования

«Многие скажут нам не философией права, а делами надо заниматься,
но действию предшествует мышление (первое было слово ...).
Хорошая теория – самая практичная вещь»¹.

Введение

Одним из актуальных вопросов современной грузинской и не только грузинской юриспруденции является преподавание теоретико-правовых (общеправовых) дисциплин на юридических факультетах².

Простая истина о необходимости преподавания этих дисциплин на юридическом факультете состоит в том, что изучение и анализ области юридических наук невозможно без развития общих знаний юриспруденции

¹ Б. Новик, *Что такое права человека*, „Свобода” 2004, № 12 (36), с. 22.

² Речь идет о том, что состоялись международные конференции и конгрессы в Варшаве (1983 г.), Москве (1985 г.), Болонье (1995 г.), Буэнос-Айресе (1997 г.) и других конференциях и конгрессах, посвященных преподаванию методологии права, теории права и философия права.

в целом. Объективные закономерности изучения правовой реальности делают неизбежным знание ее теоретической части. Например, изучение конституционного права требует изучение общей теории государства³, также все дисциплины частного права требуют общих знаний о праве. Это связано с тем, что отдельные разделы права являются предметом исследования в определенных правовых дисциплинах, но правовое мышление как общая мысль не удовлетворяет познанию определенного закона и требует его общего понимания. Без познания права в целом мы попадем в состояние, в котором мы можем увидеть деревья, но мы не заметим леса. По словам Ал. Вачеишвили⁴, – По соображению педагогики, неуместно начинать изучение юридической науки из основных дисциплин права, таких как государственное или гражданское право. Хотя они содержат некоторые вводные положения, но начинать с их непосредственного изучения права будет методологически некорректно. Нужна ли наука, по крайней мере, учебная дисциплина, которая поможет, подготовит читателя к пониманию этих общих терминов. Не только область правовых наук, даже история права подразумевает знание общих правовых концепций, так как оно также создано на языке правовых концепций, и без знания этих концепций будет трудно изучать как специализированные юридические, так и историко-правовые области. Поэтому общие юридические дисциплины имеют две задачи: во-первых, они должны создавать общие знания, так сказать, теоретическую основу для изучения правовых наук, и, во-вторых, они должны проложить путь к приобретению знания в юриспруденции для студентов. Следовательно, «существует необходимость в специальном курсе, который вводит студента в области права»⁵. Английская аналитическая юриспруденция включала в число таких общих дисциплин⁶, как «общая юриспруденция», а также «философия позитивного права». В континентальной Европе, в том числе и Грузии, общие знания права представлены в Энциклопедии права, Теории права, Основах права, Философии права или Введении в право. Но какой именно курс должен выполнять эту функцию в грузинских университетах, может стать предметом обсуждения. В этой статье рассматривается роль этих дисциплин в юриспруденции, ее роли (юриспруденции) в преподавании, а не в науке.

³ К. Курашвили, *Проблемы конституционного права (к 75-летию со дня рождения профессора Гиви Инцикирели)*, Тбилиси 2002, с. 2011–2012.

⁴ Мысли Александра Вачеишвили по этому вопросу Подробнее – М. Горгошадзе, *Александр Вачеишвили о предмете и роли правовой философских в юриспруденции*, Научный журнал Института философии им. Савле Церетели, Матцне 2007, с. 41–44.

⁵ А. Вачеишвили, *Общая теория права*, Тб. 2010, с. 11.

⁶ Э.В. Кузнецов, В.П. Сальников, *Наука о праве и государстве*, М. 1999, с. 224.

Энциклопедия права

Следует отметить, что попытка создания общеправовой науки давно существует. Вначале такую роль играла Энциклопедия права, созданная в Германии в XVI–XVII веках. Это стало необходимым, когда общее право было разделено на уголовное, процессуальное и административное право. Пока существовали письменные законы в виде источников римского и канонического права, не требовалось создание объединяющей дисциплины⁷. Термин «энциклопедия» означает совокупность знаний, необходимых для общего образования. Соответственно, энциклопедия права была кратким эссе по всем юридическим наукам, в виде коротких разделов. Можно сказать, что «Энциклопедия права» – это один из первых попыток создания общей теории права⁸.

Овладев этим предметом, студент получал информацию о разделах юриспруденции, которые не давали знаний о юриспруденции в целом. Однако сборка частей и представление их в одно целое – сложный процесс, поэтому было необходимо заменить энциклопедию права другой теоретической юридической дисциплиной. «Он является кругом наук» и представляет собой обзор содержания юридических наук» – это краткое изложение правовых знаний.

Юридическая энциклопедия долгое время преподавалась на юридических факультетах Англии, Франции и России и была необходимым введением в изучении права в целом. Впоследствии его проблематика «погрузилась» в философию права и теорию права.

Философия права

Философия права, во имя естественного права, в аудитории университета, была впервые прочитана в 1661 году Самуэлем Пуфендорфом (1632–1694) в Гейдельбергском университете⁹. Его необходимость в системе юридического образования обусловлена различными факторами. Мы постараемся рассмотреть несколько из них.

Право – это сложное социальное событие, которое сосуществует в разных союзах и отношениях. Поэтому нелегко осознать существенную закономерность феномена права. В состав права входят как элементы

⁷ В.Н. Жуков, *Юридическая наука в дореволюционной России: становление и соотношение догматической и фундаментальной юриспруденции*, „Государство и право” 2015, № 2, с. 106.

⁸ Э.В. Кузнецов, *Энциклопедия права: Из истории русской правовой мысли*, „Правоведение” 1981, № 5, с. 56.

⁹ Э.В. Кузнецов, В.П. Сальников, *Наука о праве и государстве*, М. 1999, с. 266.

общественных отношений, так и культурных, поэтому создание обширного знания о праве зависит от социальной и культурной философии. Право здесь находит свое начало, поэтому данную роль не может сыграть общая теория права. Эта функция должна быть однозначно принята философией права как отраслевая философия. Предметом философии права является неправовое обоснование права. Философия права обеспечивает когнитивное, ценностное, социальное и антропологическое обоснование права. В отличие от юридических дисциплин, она не направлена на применимое право. Хотя, можно сказать, что теория права и философия права имеют много общих понятий в арсенале «понятий», например, «закон», «ответственность», «права», «обязательство» и многое другое. Философия права имеет свои категории, такие как: «Идея права», «Цель права», «Справедливость» и другие.

Кроме того, как известно, наука права – это специальная наука, которая, как и другие науки, имеет своим предметом фундаментальные исследования. Специальная наука выделяет объект своего исследования. В нем разъясняется, как его основная концепция (предмет изучения) выражается в частных, изменяющихся случаях, но все специальные науки также требуют надлежащего обобщения, поскольку, хотя предмет специальных наук подразделяется на различные дисциплины, существует, по крайней мере, один общий предмет для изучения. В общем, чтобы понять теорию и науку права, надо изучать философию права. Соответственно, философия права помогает юридической науке понять самого себя, свою собственную сущность и стремится оправдать юридическую науку с точки зрения философии. В то же время философия права является философией нормативных систем общества, «которая является неотъемлемой частью философии истории (или социальной философии) в той степени, в которой право является частью истории»¹⁰.

В системе правового воспитания можно говорить о двух основных функциях философии права - теоретической и практической. Теоретическая функция включает изучение и преподавание существующего права как такового, а практическая функция – изучение и преподавание идеального права, то есть такого права, каким оно должно быть. Практическое применение философии права также подразумевает, что современность требует не специалиста-догматика, а специалиста по развитию навыков толкования права, что невозможно без глубокого знания философских, ценностных и культурных основ права. Даже догматическое мышление, нарушенное философской культурой, оказывается в беспомощном состоянии и не может достичь этой цели. Как отмечает Шопен-

¹⁰ Г. Начкебия, *История философии и философия права/изыскания в философии*, Тб. 2009, № XIII, с. 108.

гауэр, эмпирическая наука без собственных философских оснований является бесчисленной формой¹¹.

Также хорошо известно, что в современных условиях законотворческая деятельность приняла неслыханные масштабы и довольно проблематичным стало «ассимилировать» законодательное пространство. Ориентация в обширном законодательном материале невозможна без знания духовно-культурных основ права и публичной власти, что, в свою очередь, относится к правильному решению вопроса о национальной идентификации с национальным духом. Без «падения в философию» невозможно полностью решить эту проблему¹².

Наконец, что не менее важно, современная правовая мысль считает, что законы являются еще одним более важным источником права, к которому можно получить доступ через независимые оценочные суждения, причем последнее достигается путем изучения теоретически-юридического доминирования, порожденного философией права.

Итак, философия права не решает конкретные правовые вопросы, она рассматривает право на основе его основных, фундаментальных характеристик – свободы, воли, то есть, неотъемлемых свойств человека, и устанавливает общие принципы и ценности права, основы его существования. Философия права помогает юристу более четко понимать свою позицию, классифицировать приобретенные знания, смотреть на них иначе – с широким, философским подходом. Изучение философии права помогает фундаментализировать образование будущего юриста, сделать его независимым мыслителем. Это должен быть необходимый курс для студентов-юристов, но он не может выполнять функцию введения в правоведение, у него есть другие цели и задачи. Л.И. Петражицкий писал, что «философия права сложная дисциплина – это высшая теория права плюс высшая теология и высшая политика права»¹³.

Теория права

Теория права появилась намного позже, чем «Энциклопедия права и философия права». С начала 19-го века предмет и содержание Энциклопедии права были на повестке дня как позитивная правоохранительная сила. Было предложено дать общей дисциплине права новое название –

¹¹ Мнение Шопенгауэра в статье: Е.И. Темнов, *О лингвистике права*, „Государство и право“ 2014, №8, с. 24.

¹² Г. Хубуа, *К вопросу правовой философии, конституция и проблемы грузинского права*, Тб. 2002, с. 21–23.

¹³ Л.И. Петражицкий, *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. Т. 1, СПб 1909, с. 137.

общая теория права. В континентальной Европе была введена дисциплина под названием «Теория права», в англосаксонских странах вместо «Теории права» использовался термин «юриспруденция»¹⁴. Появление «теории права» на Западе было связано с формированием позитивной науки о праве. Как известно, наука позитивного права основалось на действующем праве (позитивном праве). Постепенно теория права заменили такой умозрительный и ментально мыслящий субъект, как «философия права», по мнению позитивистов.

Первым примером теории права можно считать работу англичанина Джона Остина (1790–1859) «Определение сферы юриспруденции», расширенная версия которой была опубликована в 1861 году под названием «Лекции по юриспруденции», что послужило основой для изучения действующего права и изучения науки как основы права. Очевидно у Остина данная дисциплина не была задумана как доктрина общей закономерности государства и права, тем более, что он не имел никаких претензий по поводу методологических основ.

Во второй половине 19-го века название «Общая теория права» или просто «Теория права» было в конечном итоге введено в европейскую юридическую литературу, где этот предмет заменил «Энциклопедию права». У Энциклопедии права появились защитники. По их мнению, энциклопедия права не ограничивается кратким обзором специальных юридических дисциплин, она охватывала и совместные элементы общей доктрины юриспруденции, поэтому они не оправдывали замену теорией права.

В начале 20-го века предмет теории права в континентальной Европе отошел от анализа норм и основных понятий права и стал более подробно останавливаться на проблемах, присущих праву в целом, например, природа права, отношения между государством и правом, право и общество, отношения между внутренним и международным правом, обучение методам юридических наук и т.д. Эти вопросы были освещены Гансом Кельсеном (1881–1973) и Леоном Диугом (1859–1928) в журнале «Международный журнал теории права». Судя по вышеприведенной теме, круг этих вопросов относится более к проблематике философии права, чем к теории права. Вот почему в Европе наряду с теорией права использовалось его альтернативное название – «философия права».

В 1926 году изданный Александром Вачеишвили научный труд «Общая теория права»¹⁵ не имел грифа учебника и не был рекомендован в качестве всеобъемлющего учебника, поскольку не основывался на принципах марксистско-ленинского мировоззрения и не обсуждал

¹⁴ О.В. Мартышин (ред.), *Теория государство и право*, М. 2007, с. 17.

¹⁵ Ал. Вачеишвили, *Общая теория права*, Тб. 1926.

критически-буржуазные взгляды о сущности права, изложены в книге¹⁶. Позднее «Теория права» была заменена предметом «Теория государства и права», в котором изучались функциональные, предметные особенности государства и права в рамках учебной дисциплины. В итоге, в Советском Союзе «Теория государства и права» была заменена предметом «Марксистско-ленинская теория государства и права», который являлся необходимым предметом государственного образовательного стандарта. «Марксистско-ленинская теория государства и права» была основана на марксистской философии и исходила из нее, поэтому она была идеологизированным и политизированным предметом, который изучал идеологически-политические ценности права. Такое отношение в общем к теоретически-правовым дисциплинам и, в частности, к теории государства и права до сих пор не изменилось. «Общая теория государства и права» не может существовать без развивающейся идеологии и политики. Идеология может быть меньше или больше, но ее полное исключение невозможно из теоретико-правовых наук¹⁷.

Советская юридическая литература неоднократно утверждала, что марксистско-ленинская теория права – это одновременно философия права, социология права и правовая концепция права (догматика права)¹⁸.

Может ли теория права исполнять функции философии права, социологии права и частных наук? Профессор Гурам Начкебия справедливо заметил, что теория права по существу является видом частной юридической науки и не может иметь самопознания, или не может самостоятельно осознать методологическую основу понимания, поэтому она не может выполнять функцию философии¹⁹. По его мнению, общая теория государства и права не может быть юридической дисциплиной, изучавшей онтологические и гносеологические проблемы права. В этом случае это не общая теория государства и права, а теория такого рода, которая явно является метеорической и логически недоступной для любого частного ученого. Если это функция теории, тогда невозможно основывать философию права (именно поэтому ее не было в Советском Союзе), тем более невозможно разделить философию и теорию права²⁰.

¹⁶ Г. Инцкирвели, *Роль теории государства и права в системе юридической науки, актуальные проблемы государства и права*, Тб. 2003, с. 69.

¹⁷ *Теоретико-правовая наука на современном этапе*, „Государство и право” 2014, №4, с. 15.

¹⁸ Козлов В.А., Суслов Ю.А., *Конкретно-социологическое исследование в области права*, ЛГУ 1961, с. 3.

¹⁹ Начкебия Г., *К вопросу о возможности философии права*, „Изыскания в философии” 2005, № IX, с. 213.

²⁰ Там же, с. 216.

На постсоветском пространстве название теории права звучало по-разному. Оно называлось «Общая теория государства и права»²¹, «Общая теория права», «Теория права», «Общей теория права» и т.д. Этими названиями обозначали и обозначают ту научную и педагогическую дисциплину, которая должна была изучать методологические и общие закономерности государства и права, и являлась дисциплиной для введения в специальность молодых юристов. В Европе к предмету добавляли термин «общее», чтобы отличать эту науку от отраслевых теоретических исследований. В дополнение к общей теории существует теория конституционного права, теория административного и уголовного права т. д. Для их различия было добавлено слово «общая» теория права».

Теория права, наделенная этими функциями, не может служить теоретико-правовой дисциплиной, которая вводит студента в систему понятий права²², так как она загружена идиоматически-политическими и общеметодологическими функциями. Если теория права, изучая право, как определенный социальный институт, откажется от идиоматических-политических и общеметодологических функций, отвергнет философские проблемы права и высокий уровень абстракции, то она больше не будет теорией права и превратится в изучение введения в правоведение. Теории права, опубликованные в Грузии в последние годы, свободны от идеологических и политических давлений и целей, но для них по-прежнему характерны претензии в отношении методологии, вопросов философии права и высокого уровня абстракции, они являются более научными, чем литература уровня бакалаврата.

Введение в право

Предмет «Введение в право» не изучает подробности проблем юриспруденции. Это краткий систематический обзор права – маленькая модель большого издания. «Введение в право» представляет собой систему базовых положений права, основанную на едином понятии права, минимизирующую философскую и социологическую составляющие права. Эти проблемы изучаются отдельно юридическими дисциплинами (философия права и социология права).

«Введение в право» является вспомогательной дисциплиной для понятия и вхождения в проблематику права. Она вводит в систему

²¹ Место теории государства и права, философии права и истории политических учений в системе высшего юридического образования (научно-практическая конференция), „Государство и право” 2000, №12, с. 100.

²² И.В. Левакин, *Об основных подходах в теории государства и права как науке и учебной дисциплине*, „Государство и право” 2009, №4, с. 80.

понятий права первокурсников, создает ту интеллектуальную среду, которая должна учитывать область юридических наук, только в этом смысле ее можно считать методологической. «Введение в право» о юридической науке создает единое представление и дает возможность понять ее в целом.

«Введение в право» не является отдельной отраслью науки, это не самостоятельная наука, у нее нет ни самостоятельного предмета исследования, ни самостоятельных методов исследования. Это всего лишь учебная дисциплина, которая открывает путь студентам-юристам к юриспруденции, предоставляя самые основные понятия, категории и важные положения права, иначе она не стала бы общей дисциплиной для всех юристов. Хотя это не самостоятельная юридическая наука, она не имеет юридической (ценностной) функции, присущей юридической науке – объяснять мир,²³ но является необходимым введением в изучение юридической науки. Она не объясняет подробно юридический процесс, направляет правовые концепции и категории, разработанные различными юридическими науками, и готовит студентов к применению определенных юридических наук и правильному пониманию конкретной терминологии.

Задачами дисциплины «Введение в право» должны быть:

- А) Создание оснований для подготовки юриста широкого профиля;
- Б) Преподавание основных правовых понятий и категорий, необходимых для эффективного изучения правовых дисциплин;
- В) Содействие развитию правового мировоззрения и правовой культуры первокурсников;
- Г) Обучение фундаментальным принципам права, которые помогут познакомить студента с миром права и позволят ему принимать аргументированные и обоснованные решения.

Было бы хорошо, если бы «Введение в право» хотя бы частично совместили с функцией дисциплины «Введение в специальность право» и посвятили несколько вопросов преподаванию своеобразия юридической профессии.

Исходя из этих целей «Введение в право» для юриспруденции имеет фундаментальное значение и выполняет следующие функции:

- А) Способствование ознакомлению первокурсников юридического факультета с юридическими концепциями и понятиями. Исходя из этих понятий, правовые процессы и соответствующая ориентация процессов, происходящих в обществе, означают, что «Введение в право» формирует определенные правовые ценности и способствует формированию

²³ С.А. Хмелевская, Д.Н. Ермаков, *Философские основания теории права: теоретико-методологические размышления*, „Государство и право” 2014, №12, с. 89.

правового мировоззрения, то есть выполняет концептуально-мировоззренческую функцию;

Б) Понятия и категории, предлагаемые предметом «Введение в право», позволяют выявить и установить правовую реальность. Таким образом, он также обладает когнитивной функцией;

В) Концепции, категории и положения, предложенные предметом «Введение в право», делают не только познание и установление правовой реальности, но также ее объяснение, толкование и, следовательно, у него есть объяснительная функция;

Г) «Введение в право» создает ту интеллектуальную среду, в которой освещаются отраслевые юридические дисциплины, в этом смысле можно предположить, что она также выполняет методологическую функцию.

Методы права

Дисциплина «Методы права» является предметом систем общего права. Хорошо известно, что правосудие в этой системе не существует без суда и что правосудие в основном является средством разрешения споров или примирения сторон. Поэтому, право априори предполагает определенные процедуры, а «Методы права» подразумевает как метод разбирательства дела и вынесения судебного решения и является методами установления или объединения правовых процедур. Отсюда и название – «Методы права».

Основы права

Что касается основ права, то это обзор правовых знаний, он не имеет научной базы, это краткое изложение правовых знаний, и это краткое государственное право, сокращенное гражданское право и т. д. Здесь знания носят частичный характер, они не вводят новые знания в систему правовых знаний. Как обзор различных юридических наук, он не дает понимания права в целом. Такая задача может быть дана только тогда, если она начнет изучать основные, общие понятия права, и в этом случае это будет введение в право, а не основы права.

Следовательно, теоретически основы права не оправданы для выполнения миссии, которую должна выполнять дисциплина в области права, это не введение в сферу юриспруденции, это ее основы, сборник основных положений, а не ее введение. «Основы права» – хороший курс для студентов, не являющихся юристами, которые хотят изучить основы основополагающих принципов и принципов права. Он не может

выполнять функцию введения в юриспруденцию, введение имеет другую функцию, и введение не должно обучать основам права, но должно создавать механизм, необходимый для изучения юриспруденции в целом. Эта функция должна выполнять предмет «Введение в право».

В последние годы юридическое образование стало больше ориентироваться на практику, на развитие практических навыков. Какое место займет теоретико-правовые дисциплины в такой системе юридического образования является предметом будущих исследований.

Выводы

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что для вступления на первый курс юридической специализации по праву необходима теоретико-правовая дисциплина, которая, с нашей точки зрения, должна выполняться с учетом учебной дисциплины «Введение в право», а не курса «Энциклопедия права». До тех пор, пока не будет разработано базовое учебное пособие, эту функцию можно выполнить с помощью современных, уже существующих курсов введений, которые, с небольшими изменениями в программу, полностью повторяют тематику «теории права». Что касается «теории», то она должна оставаться научной областью, целью которой будет определение основных понятий и категорий права, изучение правил толкования и анализа права. Его можно предложить студентам выборочным специальным курсом, который будет иметь целью обеспечение студентов знаниями о теоретических проблемах и инновациях в позитивном праве.

Библиография

- Вачейшвили Ал., *Общая теория права* [General theory of law], Тбилиси 2010.
- Горгошадзе М., Вачейшвили Ал., *О предмете и роли правовой философских в юриспруденции* [On the subject and role of legal philosophical in jurisprudence], Научный журнал Института философии им. Савле Церетели, Матцне 2007.
- Инцкирвели Г., *Роль теории государства и права в системе юридической науки, Актуальные проблемы государства и права* [The role of the theory of state and law in the system of legal science, Actual problems of state and law], Тбилиси 2003.
- Курашвили К., *Проблемы конституционного права (к 75-летию со дня рождения профессора Гиви Инцкирвели)* [Problems of constitutional law (on the occasion of the 75th anniversary of the birth of Professor Givi Intskirveli)], Тбилиси 2002.
- Кузнецов Э.В., *Энциклопедия права: Из истории русской правовой мысли* [Encyclopedia of Law: From the History of Russian Legal Thought], „Правоведение” 1981, № 5.

- Кузнецов Э.В., Сальников В.П., *Наука о праве и государстве* [Science of law and state], М. 1999.
- Козлов В.А. Суслов Ю.А., *Конкретно-социологическое исследование в области права* [Specific sociological research in the field of law], ЛГУ 1961.
- Левакин И.В., *Об основных подходах в теории государства и права как науке и учебной дисциплине* [On the main approaches in the theory of state and law as a science and academic discipline], „Государство и право” 2009, № 4.
- Мартышина О. В. (ред), *Теория государства и право* [State and law theory], М. 2007.
- Место теории государства и права, философии права и истории политических учений в системе высшего юридического образования (научно-практическая конференция)* [The place of the theory of state and law, philosophy of law and the history of political doctrines in the system of higher legal education (scientific and practical conference)], „Государство и право” 2000, № 12.
- Новик Б., *Что такое права человека* [What are human rights], „Свобода” 2004, № 12 (36).
- Начкебия Г., *История философии и философия права/изыскания в философии* [History of philosophy and philosophy of law /research in philosophy], Тб. 2009, № XIII.
- Начкебия Г., *К вопросу возможности философии права* [To the question of the possibility of philosophy of law], „Изыскания по философии” 2005, № IX.
- Темнов Е.И., *О лингвистике права* [About linguistics law], „Государство и право” 2014, № 8.
- Теоретико-правовая наука на современном этапе* [Theoretical and legal science at the present stage], „Государство и право” 2014, № 4.
- Хмелевская С.А., Ермаков Д.Н., *Философские основания теории права: теоретико-методологические размышления* [Philosophical foundations of the theory of law: theoretical and methodological reflections], „Государство и право” 2014, № 12.
- Жуков В.Н., *Юридическая наука в дореволюционной России: становление и соотношение догматической и фундаментальной юриспруденции* [Legal science in pre-revolutionary Russia: the formation and correlation of dogmatic and fundamental jurisprudence], „Государство и право” 2015, № 2.
- Хубуа Г., *К вопросу философии права* [To the question of philosophy of law], Конституция и проблемы грузинского права, Тб. 2002.

Резюме

О месте и роли теоретико-правовых (общеправовых) дисциплин в системе высшего юридического образования

Ключевые слова: философия права, энциклопедия права, теория права, методы права, введение в право, основы права.

В статье рассмотрен вопрос преподавания на юридическом факультете таких теоретико-юридических (обще юридических) дисциплин ка-

кими являются: энциклопедия права, философия права, теория права, методы права, введение в право и основы права. Опираясь на научные исследования, сделано заключение, что учебным курсом, с помощью которого возможно эффективное и качественное введение в специальность для студентов начальных курсов юридических факультетов является «Введение в право», то как в отличие от других общеправовых дисциплин, он создаёт более конкретное представление о науке и практике права и обеспечивает возможность познания в целом, с его концептуально-мировоззренческими, когнитивными и методологическими функциями.

Summary

On the place and role of theoretical legal (general legal) discipline in the system of higher legal education

Keywords: law philosophy, law encyclopedia, theory of law, methods of law, introduction to law studies, basics of law.

The discussion in the article is about the teaching issues at the faculties of law concerning theoretical-judicial (general-judicial) disciplines (encyclopedia of law, law philosophy, theory of law, methods of law, introduction to law studies, basics of law). According to the authors, the preliminary course for the student studying the sphere of law should be the “introduction to law studies” as it gives a more general understanding of law sciences than other general-judicial disciplines and the possibility of its thorough cognition with its conceptual worldview, cognitive and methodological functions.

The impact of various legal disciplines on the teaching of law is discussed. After much reasoning, we can conclude that the development of practical skills depends not only on the teaching of practical subjects but also on the development of a general worldview in the field, which is mainly influenced by the existence and development of the above-mentioned teaching discipline.

Streszczenie

O miejscu i roli teoretycznej dyscypliny prawniczej (ogólnoprawnej) w systemie wyższej edukacji prawniczej

Słowa kluczowe: filozofia prawa, encyklopedia prawa, teoria prawa, metody prawa, wstęp do nauki prawa, podstawy prawa.

W artykule przedmiotem analizy jest problematyka dydaktyczna na wydziałach prawa z zakresu dyscyplin teoretyczno-sądowych, tzn. ogólnosądowych (encyklopedia prawa, filozofia prawa, teoria prawa, metody prawa, wstęp do nauki prawa, podstawy prawa). Zdaniem autorów kurs wstępny dla studenta studiującego prawo powinien być „wprowadzeniem do studiów prawniczych”, gdyż daje szersze niż inne dyscypliny ogólnosądowe rozumienie nauk prawnych i możliwość jej gruntownego poznania z jej pojęciowo-światopoglądem, funkcje poznawcze i metodologiczne. Omówiono wpływ różnych dyscyplin prawnych na nauczanie prawa. Po analizie niniejszej problematyki można stwierdzić, że rozwój umiejętności praktycznych zależy nie tylko od nauczania przedmiotów praktycznych, ale także od rozwoju ogólnego światopoglądu w tej dziedzinie, na który głównie wpływa istnienie i rozwój ww. dyscyplin nauczania.

Magdalena Ickiewicz-Sawicka

Białystok University of Technology

ORCID: 0000-0002-1833-364

m.ickiewicz@pb.edu.pl

The phenomenon of human organ trafficking in light of the United Nations sustainable development agenda with special emphasis on cultural offences in Republic of Kosovo

“Never use any creature alive only as a means”¹

Immanuel Kant

Introduction

The axiological and legal sphere of the idea of sustainable development is formed by values focusing on three main areas: social (systematic social development), economic (economic growth) and ecological (triple wins)². Thus, they have a triple, both subjective and objective, nature of the impact. In other words, the exploitation and reconstruction of common world resources for their use by future generations should take place through programming and enforcing the complementarity of the three elements: social development, rational use and restoration of shared global resources (eco-development) and economic growth. These “(...) clearly recognized values also enable solving, or at least toning, conflicts between men (society), economics and the natural environment, and facilitate making choices that do not violate the basic interests of man, society and nature”³.

Among the values that are particularly important for the idea of sustainable development, the following types should be particularly distinguished:

¹ I. Kant, [in:] P. Singer, *Practical Ethics*, Warsaw 2003.

² *United Nations Development Programme, Triple Wins for Sustainable Development. Case Studies of Sustainable Development Practice*, UNDP, New York 2012, p. 3.

³ W. Tyburski, *On some axiological premises of sustainable development*, [in:] A. Pawłowski (ed.), *Philosophical, social and economic determinants of sustainable development*, Lublin 2004, p. 48.

rudimentary values for the human social world (the idea of peace and freedom), teleological values for all forms of existence and helpful (instrumental) values in achieving the assumed goals⁴. In general, life, freedom, dignity, egalitarianism and justice are to be found in the axiological foundation of sustainable development idea. In this sense, sustainable development corresponds with the concept of civil society⁵.

In the context of the values described above, it is emphasized that one of the most important threats of human existence is the possibility of a global armed conflict. Therefore, of the highest value and importance seems to be maintaining (both global and regional) peace on a permanent basis for the functioning of a global society. Peace is understood as an elementary value, defining the goal of human development and a factor identifying armed conflicts as historical archaisms which, along with the development and progress of humanity, should be finally eliminated. In this way, the concept of sustainable development also draws attention to the following negative social phenomena. These are: war occupation, illegal armsour trade, human trafficking (including human organ trafficking), organized crime, terrorism, intolerance and hate crimes that constitute the antinomy of pacifist attitudes and oppose the implementation of the assumptions of sustainable development⁶.

Currently, the world is divided into rich North and poor South and this division is great, wide and lasting. The, and "(...) increasing differences between developed and developing countries pose a serious threat to global prosperity, security and stability"⁷. The above-mentioned approach to the idea of sustainable development is the basis for the following considerations. implementation of the concept of human rights aimed at building a fair, democratic and equal civil society.

Kosovo as a case study – criminological profile

Kosovar, Shiptar or Shiptary are terms attributed to the ethnic Kosovar Albanians living predominantly in the youngest European state, i.e. the Republic of Kosovo⁸ – the disputed Albanian-Serbian territory. Kosovo is one of the most important subjects of the EU diplomacy. The nationalized image of

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*, 2002, pkt 3, 12.

⁸ Kosovo – disputed territory in southern Europe with the capital in Pristina and a country partially recognized internationally, which declared its independence on 17 February 2008. The country is recognized by 110 of 193 UN member states, 23 out of 28 European Union and 24 out of 28 NATO, however, it is formally not recognized. Since the end of the civil war, it was a protectorate administered by the United Nations (United Nations Interim Administration Mission in

this country has been popularized for years and supported by European and world mainstream media. 'Poor and oppressed' country gained favour from the international community, mainly due to the unilateral campaign for independence, at the expense of indigenous Serbs who in their own country have become a minority⁹ – disputed territory between Albanian and Serbian. Albanian Kosovo also has a dark past. As Jagienka Wilczak rightly points out, information about Albanian crimes are not convenient for the international community. For years, they were surrounded by a conspiracy of silence, and what happened in Kosovo reached the EU officials, but it was left without a comment. As a result, leading Kosovo politicians, including those holding the highest state offices, appeared on the EU and world salons, despite the fact they were often accused of the most serious crimes – murders, tortures, participation in organized criminal groups involved in, inter alia, human organs trafficking. Such a picture of the Albanian Kosovo does not fit into the folder image of a friendly and open country.

Unsolved and hidden by the perpetrators of the Kosovo tragedy, crimes return after years of hibernation, again invoking the Balkan "ghosts"¹⁰. They have a specific face and identity. Below there are presented profiles of three Kosovo politicians responsible for war crimes committed during the Serbian-Kosovo conflict that took place within 1999–2008.

The specifics of Kosovo (Albanian) war criminals is that they usually occupied key political positions and represented their country on the international arena. Until now, it was the domain of postcolonial states, mainly from the MENA area or other parts of Africa. On the one hand, in the case of Kosovo, we are dealing with a European state, aspiring to be a member of the Union, recognizing the principles of a democratic state of law. On the other hand, the structure of Kosovo (Albanian) society is still characterized by tribal and clan character. Tribalism¹¹ invariably remains the basis for the functioning of Kosovo (Albanian) social life¹². Despite the fact that Kosovo is a formally democratic state, the country is managed by individual clans, as in Albania. Albania is the only country in Europe where the virgin revenge is still cultivated in the 21st century – hakmarija.

In Albania, anachronistic social institutions and the tribal justice system prevail. According to it, the crime of the act is decided by the common law and determined high position of the perpetrator, is often the reason for his impu-

Kosovo, widely known as the UNMIK abbreviation) with the help of NATO troops (KFOR). United Nations Mission In Kosowo, <https://unmik.unmissions.org/> (accessed: 8.07.2021).

⁹ Kosovo is perceived by the Serbs as the cradle of their statehood and religion.

¹⁰ R.D. Kaplan, *Balkan ghosts. Travel through history*, Wołowiec 1993.

¹¹ Tribalism – persistence in national societies of old divisions and clan or tribal separations; also: a strong sense of such separateness. For: *Polish Language Dictionary*, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/trybalizm.html> (accessed: 8.07.2021).

¹² F. Lubonja, *Albania: freedom threatened*, Sejny 2005.

nity. This kind of Kosovan (Albanian) society's mentality has become the reason for the evasion of criminal responsibility of leading Kosovo.

The traditional Kanun Laws

According to various sources, the Kanun of Lek Dukagjini [and few other very similar codes¹³] sets up the rules upon which the Albanian culture is based, primarily focusing on the concept of honour, hospitality and the word of honour, *besa*, (principle of unity, reconciliation and inviolable trust). Lek Dukagjini (1410–1481), a lord of a powerful northern Albanian family, was a contemporary of the Albanian hero Skanderbeg. It is often said that 'Skanderbeg' evokes the Albanian dream, 'Dukagjini' the Albanian soul¹⁴ Dukagjini formalised and standardised the oral laws regulating the Albanian community life in the 15th century. Nevertheless, the practice of these codes potentially dates back from 2000 to 3000 years ago (it may be possibly of Illyrian origin going back to the 5th century BC) and presents the fundamental customary law employed in the Middle Ages in almost all areas of Albanian settlement¹⁵. The Kanun is a formal expression of the deeply felt concept of honour of the Albanian people¹⁶. The foundation of it all is the principle of personal honour. Next comes the equality of persons. From these flows a third principle, the freedom of each to act in accordance with his own honour, within the limits of the law, without being subject to another's command. And the fourth principle is the word of honour, the *besë* (def.: *besa*), which creates a situation of inviolable trust.

It means the entirety of rules according to which a person can protect his own community against the attacks of third parties. This protection includes the moral obligation to apply violence and retaliatory attacks, until the honour of one's own group has been re-established. The Kanun states: "There is no fine for an offence to honour. An offence to honour is never forgiven. The person dishonoured has every right to avenge his honour; no pledge is given, no appeal is made to the Elders, no judgment is needed, no fine is taken. The

¹³ The Albanian customary criminal law is encoded in the following canons: The Code of Lekë Dukagjini (collected and codified by Shtjefën Gjeçovi), Shkodër, 1933; The Canon of Skenderbeu (collected and codified by Dom Frano Ilia), Milot, 1993; The canon of Labëria (Codified and prepared for edition by dr. Ismet Elezi), Tiranë 2006; The canon of mountains (this canon was applicable in the 9 mountains of the Malësia e Madhe e Mbishkodrës until the Gjakova Highlands, Malësia e Madhe and the Kosovo Field) and other special canons (For more see: I. Elezi, *Knowledge on the Pan-Albanian customary law*, Pristina 2003).

¹⁴ M. Camaj, *The Code of Lekë Dukagjini*, trans. L. Fox. Comp. Shtjefën Gjeçov, New York 1989.

¹⁵ L. Fox (trans.), *The Code of Lekë Dukagjini/Kaunui I Lekë Dukagjinit*, New York 1989.

¹⁶ N. Malcolm, *Kosovo: a short history*, New York 1998, p.18.

strong man collects the fine himself”¹⁷. One who meets these revenge obligations from the Kanun is taken to be cleansed white, whereas one who does not fulfil it is labelled unclean and must suffer all humiliations on the part of the village community¹⁸. However the original Kanun also includes very specific clarifications of the manners of retaliatory killings for restoring honour to the offended when the laws are disobeyed¹⁹. The Kanun further specifies: an offence to honour is not paid with property, but by the spilling of blood or by a magnanimous pardon (through the mediation of good friends).

Although it is clear that elements of the Kanun – such as the exaggerated sense of honour, gender subordination and revenge killings – remained part of the Albanian mindset, they are not explicit factors for violent and criminal behaviour. The results of this research support the ‘social confusion hypothesis’ and clearly assesses the genuine importance of the Kanun laws among ethnic Albanians.

Procurement of human organ trafficking in Kosovo – analysis of the phenomenon

A special court for war crimes committed by UCK fighters consisting of international judges, began in 2016 in the former headquarters of Europol. At the same time, David Schwendiman was appointed to the position of a special prosecutor. His main duty is to prosecute war criminals and then prepare an indictment against each of them. Under the election rules, the special Chamber of the Kosovo tribunal became part of Kosovo’s justice system but subject to its significant independence. It resulted from the fact that the court will occupy in the so-called ‘Host country’ – the Netherlands (The Hague). This was done due to fear of witness intimidation and possible corruption in the Kosovo courts.

The jurisdiction of the tribunal covered the period from 1 January 1998 to 31 December 2000. The most difficult point of negotiations regarding the appointment of this court was the issue of international responsibility in the case of complaints about violations of human rights. The Netherlands initially did not want to take responsibility in case of complaints that could end in

¹⁷ J. Arsovska, *Social Confusion on the Road to Modernity: The Meaning of Violence and Crime in Ethnic Albanian Context*, https://www.cerge-ei.cz/pdf/gdn/rrc/RRCVI_54_paper_01.pdf (accessed: 8.07.2021).

¹⁸ P. Waldmann, *Revenge without rules: on the renaissance of an archaic motif of violence*, “Studies in Conflict and Terrorism” 2001, no. 24, p. 440.

¹⁹ M. Valinas, J. Arsovska, *A Restorative Approach for Dealing with the Aftermath of the Kosovo Conflict – Opportunities and Limits*, [in:] I. Aertsen, J. Arsovska, H.C. Rohne, K. Vanspauwen, M. Valinas (eds.), *Restoring Justice After Large Scale Conflicts*, Cullompton 2007 (forthcoming).

proceedings at the European Court of Human Rights in Strasbourg or the UN Commission on Human Rights. Netherlands finally agreed to this kind of commitment. The insufficient protection of witnesses still remains a burning problem of the tribunal.

During the last 20 years, potential witnesses were intimidated, some of them were tortured, detained and even murdered. The Court was ordered to prosecute serious crimes committed in 1999–2000 by members of the Kosovo Liberation Army, which involved persecution, discrimination or physical elimination of national and ethnic minorities and uncomfortable political opponents. A court composed of international judges has started working at the former seat of Europol. His appointment in August 2016 was supported by the Kosovo parliament, which proclaimed independence in 2008. The Tribunal funded by the European Union judges according to the law of Kosovo.

The former UÇK guerrillas have been suspected of war crimes committed during the war in 1998–1999. Some of them are also accused of human organs trading from Serbian war prisoners. In this matter, the United States and the European Union were strongly under pressure from the Kosovo government, which demanded the trial of suspects. After the Kosovo deputies rejected the proposal to create a tribunal for the first time, the West threatened that the matter what, they would go to the UN Security Council, which would mean Russia and Serbia's involvement in the debate – these countries are strong opponents of Kosovo. Serbia did not recognize the independence of this country and still considers it as its own province. The independence of Kosovo was recognized by about 100 countries, including the US and most of the European Union member states. Clint Williamson²⁰, a special European Union prosecutor for the study of trafficking in human organs during the Kosovo war, stated that the issue became alarming when information about the abducted Serbs and Roma living in Kosovo began to enter public opinion in Serbia. European politicians for many years have evaded the admission that this criminal activity took place. In addition, Kosovo and partisans from UÇK were idealized by international opinion, and all the evil in the Balkans was accused of Serbs. Today, C. Williamson's special investigation group reports 300 people missing and 500 killed after the end of military operations in Kosovo²¹.

The first report about this procedure was made public by one of the American journalists. The reporter reached families who talked about the kidnappings carried out by member from UÇK. He also found the place of the now famous yellow house, where criminal operations were carried out and witnesses of incidents were held. He also talked to Bernard Kouchner, head of the Provisional Administration in Kosovo (in 1999–2001), who showed complete

²⁰ J.C. Williamson, *Special Investigative Task Force*, <http://www.sitf.eu/index.php/en/7-sitf/6-john-clint-williamson> (accessed: 8.07.2021).

²¹ Ibidem.

helplessness and the lack of interest in the case. Then in 2008, Carla del Ponte, a special crime prosecutor in former Yugoslavia described in her memoirs the crimes committed by UÇK in Kosovo near the town of Burrel.

These events were then examined by a special envoy of the Council of Europe, a Swiss deputy and judge Dick Marty²², who presented the results of his inquiry in 2011 at the Council of Europe. The report contained a comprehensive account of the crimes and trafficking in human organs on the territory of Kosovo that took place in 1998–2000. Marty collected the witness accounts and secret service documents that confirmed information about the murders and organs trafficking for transplants. In addition, it also pointed out other war crimes: kidnapping, sexual violence and ethnic cleansing on the Serbs and Roma living in Kosovo. The report includes the names of potential perpetrators – Kosovan (Albanian) high-rank politicians whose profiles are described in this article. In addition, the current president of Kosovo, Hashim Thaci, was involved in organized crime and managed the so-called Drenicka Group²³.

At the same time, it should be noted, that this alleged war criminal has been negotiating with the European Union an agreement on the association and stabilization of Kosovo, and personally met with Cathrine Ashton. Of course, Kosovo documents and partnerships with this country do not mention the conclusions of the Council of Europe envoy's report. However, the head of investigation group Clint Williamson, established by the United Nations, confirmed the allegations that Marty had previously made. Although the prosecutor stated that only ten cases of abductions for illegally harvesting human organs and sales to wealthy Western citizens were documented, it does not rule out that there were more such cases, and even that the trade, in a changed form, continues until these days²⁴. In addition, investigators are concerned that due to numerous voices about intimidation and even killing witnesses, it will not be possible to collect more evidence. The fact that only ten cases of organ donation have been confirmed is no excuse. There are, however, defence voices saying that this was not a practice on an industrial scale. Williamson did not provide names of people accused of organs trafficking and other crimes, arguing his silence with the good of the investigation and the safety of witnesses²⁵.

The problem of human organs trafficking in Kosovo has an international and multithreaded dimension that goes back many years. At the beginning of

²² Committee on Legal Affairs of Human Rights, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo*, http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101218_ajdoc462010provamended.pdf (accessed: 8.07.2021).

²³ *Drenička grupa optužena za organizovani kriminal*, Balkanska Tranziciona Pravda, <http://www.balkaninsight.com/rs/article/dreni%C4%8Dka-grupa-optu%C5%BEena-za-organizovani-kriminal> (accessed: 8.07.2021).

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

2016, the Serbian prosecutor's office asked the Nigerian authorities to allow the doctor Philip Njemanze to be questioned. The medic said that deputy prime minister and head of the Kosovo diplomacy Hashim Thaci and Nigerian politician Rochas Okorocha were involved in the trade of human organs. "Both were participating in the trade of Serbian organs trafficking of men who disappeared during and after the war in Kosovo" – it was a statement of the Serb prosecutor's office for war crimes²⁶. In total, 17 countries were involved in the study of criminal activity. An international investigation showed the participation of members of the Kosovo Liberation Army (UÇK) in the kidnapping of Serbian civilians and killing them for organ poisoning. Reporter Tobore Ovuorie conducted in 2013 an ongoing investigation involving many years of trafficking of women and men organs in Nigeria. The investigation report, on its course, went to several organizations dealing with women rights. The report also includes a reference to Kosovo and its network of human organs traffickers²⁷.

The first convictions for participation in the trafficking of human organs were made in 2013. The trial took place in front of the international panel of judges, because the judiciary was exercised in Kosovo by the mission of the European Union – EULEX²⁸.

Head of the Medicus Clinic, Lutfi Dervishi urologist was sentenced to 8 years of imprisonment, fined and banned on practicing the medical profession for two years. His son Arban was sentenced to 7 years and 3 months imprisonment. Lutfi Dervishi cooperated with the Kosovo Liberation Army and traded the organs of Serb prisoners. The other three physicians involved spent time in prison from a year and up to three years. The court found that as many as 30 illegal removals and transplants were carried out at the Medicus clinic in Pristina. The court handed down lesser punishments to the others found guilty, including three years behind bars for Sokol Hajdini, the clinic's chief anaesthetist. Organised by Eulex, Europe's rule of law mission to the former Yugoslav republic, and starting in 2011, the court heard from 80 witnesses who provided a chilling testimony to the greed and ruthlessness of the gang.

²⁶ Ibidem.

²⁷ *Human Trafficking in Nigeria: Root Causes and Recommendations*, <https://www.nigerianlawguru.com/articles/human%20rights%20law/HUMAN%20TRAFFICKING%20IN%20NIGERIA%20-%20ROOT%20CAUSES%20&%20RECOMMENDATIONS.pdf> (accessed: 8.07.2021).

²⁸ EULEX – Mission of the European Union in Kosovo – EULEX Kosovo, created on the basis of a document of the Council of the European Union "Joint Action Council 2008/124 /CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX KOSOVO". EULEX Kosovo assumed responsibility for this Balkan region from the United Nations Interim Administrative Mission UNMIK Kosovo after it became operational on 9 December 2008. Representatives of the European Union Member States and third countries (including the US, Russia and Canada) participate in the mission. Turkey). The Eulex court dealt with matters that the Kosovar justice system could not cope with because of the very low legal culture of the young Kosovo state. See more: *Eulex Kosowo*, [info.policja.pl, http://www.info.policja.pl/inf/wspolpraca-miedzynarod/misje-pokojowe/55336,EULEX-Kosowo.html](http://www.info.policja.pl/inf/wspolpraca-miedzynarod/misje-pokojowe/55336,EULEX-Kosowo.html) (accessed: 8.07.2021).

Economical, social and criminological prolems in Kosovo in the contex of Agenda for Sustainable Development

Intergenerational criminal traditions in this part of Europe is not only the result of tribal and traditional cultural patterns, but also depend on the economy which was devastated by the recent civil wars and economic crises. According to statistical data from recent years GDP growth in the Western Balkans slowed from 3.1 percent in 2016 to an estimated 2.4 percent in 2017. Regional growth in 2017 is less optimistic than the 2.6 percent expected when the Fall issue of this report was published. It slowed in Serbia due to a harsh winter and stalled in FYR Macedonia, where the political crisis deterred both public and private investment. Bosnia and Herzegovina (BiH) grew at a rate similar to the last two years. The dynamism of the smaller economies of Albania, Kosovo, and Montenegro drove regional growth in 2017, with support from higher growth in trading partners, a pickup in commodity prices, and the execution of large investment projects²⁹. Kosovo is also a region where recorded the highest unemployment rate in Europe, especially among the younger generation of Kosovar Albanians. Although job growth was slower than in 2016, in the first nine months of 2017 190,000 new jobs were created in the region. Labor force participation increased in most countries, as more people entered the labor market and found jobs. Over 80 percent of new jobs were in services, mostly retail and wholesale trade, supported by growth in consumption. Although unemployment fell in most countries, it still ranges from 13.5 percent in Serbia to 30.4 percent in Kosovo. Poverty continued to fall despite rising food and energy prices. In Kosovo unemployment rate fell to 26.50 percent from 30.60 percent and Youth Unemployment Rate went down to 54.00 percent from 55.90 percent in Q4 2017. Unemployment Rate all-time average stands at 36.90 percent and it's projection for Q2 2018 is 23.8. Youth Unemployment Rate averaged 54.17 percent and is projected to be 53.2 in Q2 2018³⁰.

In this connection, the UNDP will comment on the introduction of the following tools that would lead to poverty reduction and the regulation of uncontrolled migration in the Kosovo region. UNDP's recommendations are based on the following assumptions. One of them promotes strengthen national and local government capacities through multi-stakeholder collaboration to build a joint evidence base on the social and economic impact of forced displacement and migration, as a basis for well-informed policies and programming. This will require investment in intensive, technical advice and training

²⁹ Western Balkans Regular Economic Report: Spring 2021, <http://www.worldbank.org/en/region/eca/publication/western-balkans-regular-economic-report> (accessed: 8.07.2021).

³⁰ Kosovo Agency of Statistics, <https://ieconomics.com/kosovo-unemployment-rate> (accessed: 8.07.2021).

support for local and national actors to lead assessment and analyses; In particular, UNDP recommends measures to strengthen capacities in terms of assessments and analysis in the following areas:

- 1) Root causes of forced displacement and drivers of forced migration;
- 2) Economic impact of migration on countries of destination;
- 3) Role of diaspora and remittances on economic recovery and sustainable development;
- 4) Social impacts of migration and displacement³¹;
- 5) Role of migrants, refugees and IDPs in achieving the Sustainable Development Goals (SDGs) targets;
- 6) Livelihood and workforce development;
- 7) Additional research and data on irregular and mixed migration flows³².

Uncontrolled migratory movements lead to the formation of multiethnic and thus multicultural countries, where cultural cultures and cultural conflicts are very often confronted with different legal cultures. On the other hand, it is also important in traditional closed communities like the Albanians or Kosovo Albanians, where tribal courts are still used today, generally functioning outside the judicial system of justice. Although it concerns a small part of the described nations, the clan system of social life radiates to official state institutions, especially local ones. Family crime clans operate in both Albania and neighboring Kosovo, and Kosovo UCK was built on the basis of these assumptions. Traditional, clan criminal groups propagate violence, weapon worship, patriarchy, culture of pride and shame, and divide the world into their own and strangers.

This attitude leads to social conflicts, the development of punishments, the collapse of the economy, the growth of corruption and discrimination on the racial and ethnic levels. These kinds of problems are currently observed in Kosovo. A specific antidote that prevents the development of excisions and the reduction of culturally motivated acts is propagating and developing the idea of a civic society that is based on common values; such as dialogue, peace and strong state institutions, not blood ties. Such values of a civil society based on sustainable development are recommended by the UN in the following document: United Nations post-2015 development agenda: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development³³, to restore and consol-

³¹ Trade documents, <http://tfig.unece.org/contents/trade-documents.htm> (accessed: 8.07.2021); <https://prishtinainsight.com/like-serbian-citizens/7> (accessed: 8.07.2021); Balkan Route, <https://www.greeneuropeanjournal.eu/the-western-balkan-route-a-new-form-of-forced-migration-governance-in-europe/> (accessed: 8.07.2021).

³² UNODC on human trafficking and migrant smuggling, <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menu> (accessed: 8.07.2021).

³³ Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)] 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development.

idate peace, sustainable development and cooperation between the warring Balkan nations³⁴. In accordance with the provisions of the Agenda, the following objective should be disseminated and implemented in the territory of the Western Balkans. “Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels. And this goals should be achieved by means of specific tools such as: significantly reduce all forms of violence and related death rates everywhere (see the cult of possession of weapons, violence and the primacy of honor among the Albanians). In addition, the UN Agenda highlights strengthening relevant national institutions, including through international cooperation, for building capacity at all levels, in particular in developing countries, to prevent violence and combat terrorism and crime and by 2030, significantly reduce illicit financial and arms flows, strengthen the recovery and return of stolen assets and combat all forms of organized crime nad substantially reduce corruption and bribery in all their forms”³⁵. In addition, Agenda calls for a reduction “abuse, exploitation, trafficking and all forms of violence against and torture of children and by 2030, provide legal identity for all, including birth registration”³⁶. Then, Agenda wants to promote the promotion “the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all, develop effective, accountable and transparent institutions at all levels and promote and enforce non-discriminatory laws and policies for sustainable development”³⁷. In addition, Agenda calls for “ensure public access to information and protect fundamental freedoms, in accordance with national legislation and international agreements end ensure responsive, inclusive, participatory and representative decision – making at all levels”³⁸. On the other hand, the general, universal goal that Agenda recommends is based on: “broaden and strengthen the participation of developing countries in the institutions of global governance”³⁹.

The UN recommendations listed above should be communicated to the Kosovo authorities, in order to introduce in this country the idea of sustainable development based on building and strengthening peace, security and development of civil society respecting human rights.

³⁴ A/RES/70/1 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 September 2015, p. 10/35.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

Conclusions

In light of the foregoing on trafficking in human organs in Kosovo should be run, and deploy force in the territory of Kosovo following the strategy developed by the United Nations: United Nations post-2015 development agenda: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development⁴⁰, to restore and consolidate peace, sustainable development and cooperation between the warring Balkan nations⁴¹. It should be pointed out that criminal activity involving the trafficking of human organs on the territory of Kosovo continues to alert for the matter is extremely serious and shocking. For a long time, the case was concealed by the Kosovo (Albanian) authorities, because in this crime the leading Kosovar politicians including the current president of the country were involved. The youngest European state based its founding myth on the 'heroic' attitude of the Kosovo Liberation Army, fighters for freedom and democracy, who – as it turns out – hid their second, dark face. Many of them were also members of organized criminal groups dealing not only with the trafficking of human organs but also with drug smuggling⁴², car thefts, etc. These attitudes were confirmed empirically in field studies of the author of the article. Although the research sample was small, but the collected data in many aspects (mainly in general trends) confirm the results of other international research centers, providing credibility to this research.

This criminal activity puts a shadow on the image of the Republic of Kosovo in the international arena. Until now, the Kosovo Albanians enjoyed favour not only of the European Union but also of the United States, presenting themselves exclusively as victims of the Serbian-Albanian conflict. Currently, this positive face is slowly obscuring, and the issue of human organs trafficking in Kosovo still requires investigation and clarification. However, one should hope that these procedures will not last another 20 years.

References

- Arsovska J., *Social Confusion on the Road to Modernity: The Meaning of Violence and Crime in Ethnic Albanian Context*, https://www.cerge-ei.cz/pdf/gdn/rrc/RRCVI_54_paper_01.pdf.
- Balkan route, <https://www.greeneuropeanjournal.eu/the-western-balkan-route-a-new-form-of-forced-migration-governance-in-europe/>.
- Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/article/kosovo-ex-pm-detained-ex-guerrillas-acquitted>.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Drug money and opiate trafficking on the Balkan route, focus of new UNODC report, <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2015/November/drug-money-and-opiate-trafficking-on-the-balkan-route-focus-of-new-unodc-report.html> (accessed: 8.07.2021).

- Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/article/kosovo-organ-trafficking-medicus-trial-verdict>.
- Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/article/the-kla-from-guerilla-wars-to-party-plenums1>.
- Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/article/fatmir-limaj-kosovo-s-road-builder>.
- Camaj M., *The Code of Lekë Dukagjini*, trans. L. Fox. Comp. Shtjefën Gjeçov, Gjonlekaj Publishing Company, New York 1989.
- Ceku A., <http://www.intermagazin.rs/biografija-agima-cekua-zlocinca-iz-rata-u-hrvat-skoj-koji-ce-voditi-eventualni-napad-siptara-na-sever-kosova/>.
- Committee on Legal Affairs of Human Rights, *Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo*, http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101218_ajdoc462010provamended.pdf.
- Drenička grupa optužena za organizovani kriminal, Balkanska Tranziciona Pravda, <http://www.balkaninsight.com/rs/article/dreni%C4%8Dka-grupa-optu%C5%BEena-za-organizovani-kriminal>.
- Drug money and opiate trafficking on the Balkan route, focus of new UNODC report, <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2015/November/drug-money-and-opiate-trafficking-on-the-balkan-route--focus-of-new-unodc-report.html>.
- Elezi I., *Knowledge on the Pan-Albanian customary law*, Pristina 2003.
- Eulex Kosovo, info.policja.pl, <http://www.info.policja.pl/inf/wspolpraca-miedzynarod/misje-pokojowe/55336,EULEX-Kosowo.html>.
- Euro Portal, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU\(2015\)549055_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549055/EXPO_STU(2015)549055_EN.pdf).
- Fox L. (trans.), *The Code of Lekë Dukagjini / Kaunui I Lekë Dukagjinit*. Comp. Shtjefën Gjeçov, Gjonlekaj Publishing Company, New York 1989.
- Human Trafficking and Migrant Smuggling, <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html?ref=menuaside>.
- Human Trafficking in Nigeria: Root Causes and Recommendations, <https://www.nigerianlawguru.com/articles/human%20rights%20law/HUMAN%20TRAFFICKING%20IN%20NIGERIA%20-20ROOT%20CAUSES%20&%20RECOMMENDATIONS.pdf>.
- Kaplan R. D., *Balkan ghosts. Travel through history*, Wołowiec 1993.
- Kosovo Agency of Statistics, <https://ieconomics.com/kosovo-unemployment-rate>.
- Kosovo Court Upholds Fatmir Jimaj War Crimes Acquittal, Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/article/kosovo-court-confirms-fatmir-limaj-s-war-crimes-acquittal>.
- Kosovo Organ Trafficking, Balkan Transitional Justice, <http://www.balkaninsight.com/en/balkan-transitional-justice/kosovo-organ-trafficking-news>.
- Limaj Fatmir, Trial International, <https://trialinternational.org/latest-post/fatmir-limaj/>.
- Lubonja F., *Albania: freedom threatened*, Sejny 2005.
- Malcolm N., *Kosovo: a short history*, New York University Press, New York 1998.
- Pettifer J., *The Kosovo Liberation Army: The Myth of Origin*, [in:] M. Waller, K. Drezov, B. Gökey (eds.), *Kosovo: The Politics of Delusion*, London–Portland 2001.
- Polish Language Dictionary, PWN, <http://sjp.pwn.pl/slowniki/trybalizm.html>.
- Pristhina Insight, <https://prishtinainsight.com/like-serbian-citizens/>.
- The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Isak Misliu & Haradin Bala*, Case Information Sheet, http://www.icty.org/x/cases/limaj/cis/en/cis_limaj_al_en.pdf.
- Trade documents, <http://tfig.unece.org/contents/trade-documents.htm>.

- Tyburski W., *On some axiological premises of sustainable development*, [in:] A. Pawłowski (ed.), *Philosophical, social and economic determinants of sustainable development*, Lublin 2004.
- UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001478/147844e.pdf>.
- United Nations Development Programme, Triple Wins for Sustainable Development. Case Studies of Sustainable Development Practice*, UNDP, New York 2012.
- United Nations Mission In Kosovo*, <https://unmik.unmissions.org/>.
- UNODC on human trafficking and migrant smuggling, <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html>.
- Western Balkans Regular Economic Report: Spring 2021, <http://www.worldbank.org/en/region/eca/publication/western-balkans-regular-economic-report>.
- Valinas M., Arsovska J., *A Restorative Approach for Dealing with the Aftermath of the Kosovo Conflict – Opportunities and Limits*, [in:] I. Aertsen, J. Arsovska, H.C. Rohne, K. Vanspauwen, M. Valinas (eds.), *Restoring Justice After Large Scale Conflicts*, Willan Publishing, Cullompton 2007.
- Waldmann P., *Revenge without rules: on the renaissance of an archaic motif of violence*, "Studies in Conflict and Terrorism" 2001, no. 24.
- Western Balkans Regular Economic Report, Spring 2021.
- Williamson J.C., *Special Investigative Task Force*, <http://www.sitf.eu/index.php/en/7-sitf/6-john-clint-williamson>.

Summary

The phenomenon of human organ trafficking in light of the United Nations sustainable development agenda with special emphasis on cultural offences in the Republic of Kosovo

Keywords: law, criminology, sustainable development, win-win, cultural offences, human and organ trafficking, war crimes, rotten trade, transnational crime, Republic of Kosovo.

The article concerns the issues related to the illegal trade in human tools in the light of the theoretical structure of sustainable development created by the United Nations (UN). The text consists of several parts. The work aims to show the following research areas:

- axiological and legal assumptions of sustainable development in the context of a triple win: social, economic and environmental,
 - the criminological profile and picture of organized crime in the Republic of Kosovo – trafficking in human organs in the territory of the Republic of Kosovo,
 - information on traditional customary law (Kanun) in Albanian culture
- analysis of the phenomenon of harvesting human organs in Kosovo.

The last part of the article presents the economic, social and criminological problems of Kosovo in the context of the Sustainable Development Agenda.

The analysis contained in the text proves that the youngest European country (2008) struggles with many problems of a legal, economic and social nature. These problems are not only a consequence of the recent post-Slavic armed conflicts but also result from the specific Albanian legal culture (Kanun rules), which still affects the functioning of this society (especially in the provinces). Therefore, these customs still determine the level of crime in this country, both common and related to the activities of organized crime groups (with particular emphasis on trafficking in human organs). Therefore, it is recommended to successively implement the legal solutions contained in the Agenda for Sustainable Development, to stabilize not only this country but the entire region.

Streszczenie

Zjawisko handlu narządami ludzkimi w świetle agendy ONZ na rzecz zrównoważonego rozwoju ze szczególnym uwzględnieniem przestępstw kulturowych w Republice Kosowie

Słowa kluczowe: prawo, kryminologia, zrównoważony rozwój, win-win, przestępstwa kulturowe, handel ludźmi i ludzkimi narządami, zbrodnie wojenne, nielegalny handel, przestępczość transgraniczna, Republika Kosowa.

Artykuł dotyczy problematyki związanej z nielegalnym handlem ludzkimi narządami na terytorium Republiki Kosowa. Tematyka tekstu jest analizowana w świetle teoretycznej konstrukcji zrównoważonego rozwoju – koncepcji opracowanej przez Organizację Narodów Zjednoczonych. Celem pracy jest ukazanie następujących obszarów badawczych: założeń aksjologiczno-prawnych zrównoważonego rozwoju w kontekście potrójnej wygranej: społecznej, ekonomicznej i ekologicznej. Tekst zawiera kryminologiczny opis obrazu przestępczości zorganizowanej w Republice Kosowa, ze szczególnym uwzględnieniem handlu ludzkimi narządami na terytorium Republiki Kosowa. Ponadto prezentuje informacje na temat tradycyjnego prawa zwyczajowego (Kanun) w kulturze albańskiej. Ostatnia część artykułu przedstawia ekonomiczne, społeczne i kryminologiczne problemy Kosowa w kontekście Agendy Zrównoważonego Rozwoju.

Analiza zawarta w tekście dowodzi, że najmłodsze europejskie państwo (2008) boryka się z wieloma problemami natury prawnej, ekonomicznej czy socjalnej. Są one nie tylko konsekwencją ostatnich postjugosłowiańskich konfliktów zbrojnych, ale wynikają też ze specyficznej albańskiej kultury prawnej (zasad Kanun), która nadal wpływa na funkcjonowanie tego społeczeństwa, zwłaszcza na prowincji). Owe obyczaje nadal determinują poziom przestęp-

czości w tym kraju, zarówno pospolitej, jak i tej związanej z działalnością zorganizowanych grup przestępczych (ze szczególnym uwzględnieniem handlu ludzkimi narządami). W związku z tym rekomenduje się sukcesywne wprowadzania rozwiązań prawnych zawartych w Agendzie Zrównoważonego Rozwoju celem stabilizacji nie tylko tego państwa, ale całego regionu.

Adam Jakuszewicz

Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz

ORCID: 0000-0002-7094-5822

email: jakuszewicz@ukw.edu.pl

The doctrine of the margin of appreciation as a tool of relativisation of freedom of religion. Some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights

Introduction

The role of the European Court of Human Rights (hereinafter: the Court) should essentially consist of establishing minimum standards for the protection of rights and freedoms laid down in the European Convention on Human Rights (hereinafter: the Convention). These standards in turn should serve for national authorities as a reference framework when adopting regulatory and limiting measures. However, the standard-setting function of the Court is to some extent undermined by the excessive use of the doctrine of margin of appreciation (hereinafter: MoA), which may prevent all persons under the jurisdiction of States parties to the Convention from enjoying the same level of human rights. Furthermore, the MoA “allows for preferential treatment of the state and majorities to the detriment of the protection of minorities and individual”¹. This effect of the MoA is especially alarming with regard to freedom of religion that has always been of particular importance to minority groups.

The doctrine of MoA refers to the area of national authorities’ discretion afforded by the Court with regard to the implementation of non-absolute rights and the derogation clause enshrined in Article 15 of the Convention. This discretion is, however, not unlimited as state’s measures limiting the enjoyment of human rights are subject to the review of the Court. The rationale behind

¹ M. Lugato, *The “Margin of Appreciation” and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, “Journal of Catholic Legal Studies” 2013, vol. 52, p. 53.

leaving to national authorities some MoA is the fact that they have democratic legitimacy and are closer to their societies than an international court so they are considered to be better placed to evaluate local conditions and to determine whether there is a need to restrict a human right and how to strike a fair balance between conflicting interests. The doctrine of MoA is also justified by the subsidiary character of the Convention and its enforcement mechanism. In allowing to national authorities wide MoA, the Court recognizes “that its role is not to sit as a tribunal of fourth instance and that it is in one sense not as well positioned as the national legal institutions to assess many of the relevant factors”². On the other hand, the application of the MoA by the Court has received (sometimes severe) criticism, since it has been regarded as manifestation of opportunism, lack of courage and even as renouncement of the Court’s powers³.

The MoA is especially wide when assessing the existence and extent of an interference with the right to freedom of religion. This is justified by the fact that it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in a society and that the meaning or impact of the public expression of a religious belief differs according to time and context. Consequently, the rules in this sphere vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order⁴. The objective of this paper is to show that excessive application of MoA in cases concerning freedom of religion results in different levels of protection of this right, which in turn leads to relativisation of its very substance. Another pre-occupying consequence of the overuse of the doctrine of MoA discussed in the paper is the Court’s overemphasis of the role of principle of secularism in safeguarding the freedom of beliefs to all. It is stated that such an approach is detrimental to the enjoyment of religious freedom not only by religious minorities, but, due to increasing secularisation, to religious people in general.

Relativisation of the substance of freedom of religion due to the use of the doctrine of MoA. A case study

As it has been mentioned above, the broad MoA inevitably leads to relativisation of freedom of religion in the sense that the scope of protected manifestations of religion recognised by the Court is varied and depends on the

² W.A. Shabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015, p. 438.

³ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, p. 297.

⁴ *S.A.S. v. France*, 1 July 2014, no. 43835/11, § 130.

level of religiosity of a given society and/or the level of tolerance towards religion displayed by a given population. This negative effect of the broad MoA will be illustrated on the basis of the following case.

A Dutch municipality adopted some rules that prohibited ringing church bells between 11.00 pm and 7.30 am whose loudness exceeded 10db. The measure was imposed as a result of complaints made by some persons living near a church who claimed that ringing of the bell on Sundays at 7.15 am had been disturbing their night's rest. The parish affected by the restriction in question appealed against it to national courts, but without success so they brought their case to the Strasbourg Court alleging the violation of their right to manifest their religion. The Court held *inter alia* that due to variations "in national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain the public order" states parties should be allowed a certain MoA. It held therefore that the measure was justified in order to protect the night's rest of local residents⁵ (*Shilder v. the Netherlands*).

In contrast, the Polish Supreme Court held in a similar case that bell ringing intended to call parishioners to the service of worship has been an accepted religious practice for centuries, it cannot therefore be regarded as unlawful disturbance of peace, public order or night's rest, even if under some circumstances the loudness of the bells exceeds the amount of noise admissible under the applicable legislation⁶. Were the Strasbourg Court to apply the reasoning advanced in *Shilder* to the hypothetical case brought by a Polish citizen submitting that the excessively loud bell ringing amounts to violation of their right to respect for their home as enshrined in Article 8 of the Convention, it would admittedly have to rule against the applicant. Ringing the Angelus bell at 6 am in the morning is after all a traditional manifestation of religion in Poland and according to the doctrine of MoA, when resolving conflicts between freedom of religion and other interests, the Court should take account of these deep-seated national traditions.

The above juxtaposition of the judgment in *Shilder v. the Netherlands* with a hypothetical case against Poland where, assuming that the Court is consistent, similar reasoning is applied, shows that the use of the MoA in similar cases may lead to the result that religious people who happen to live in a predominantly secular environment may receive less protection than their coreligionists who happen to live in a country where religious traditions are (still) alive. On the other hand, following this reasoning people who live in a more religious country are expected by the Court to tolerate interferences with their rights that occur as a "side-effect" of a religious practice (for example, being woken up by church bells on early Sunday morning) to a greater

⁵ *Shilder v. the Netherlands* (dec.), 12 October 2012, no. 2158/12, § 22.

⁶ Judgment of the Supreme Court of the Republic of Poland of 31 January 2018, IV KK 475/17.

extent than people affected by the same religious practice who live in a more secular country.

Admittedly, there may be a core of the right to freedom of religion which is protected by the Court regardless of the tradition of a given society, i.e. a certain absolute minimum that is immune even to the MoA. For instance in *Lachiri v. Belgium*, despite confirming the doctrine of MoA, the Court held that punishing an applicant that appeared in a court of law in the capacity of a civil party to a criminal proceeding for donning a headscarf in contravention of national regulations that prohibited wearing a head covering during a court hearing amounted to the breach of Article 9⁷. Nevertheless, given the traditionally restrictive interpretation of Article 9 by the Court, this “core” or “absolute minimum” is rather narrow. It seems to cover only the manifestations of religion “in a recognised form” where there is no apparent conflict with rights and freedoms of others or community interests or where the restriction of freedom of religion amounts to a blatant discrimination⁸.

Use of the doctrine of MoA as a sign of respect for national models of State and Church relations

The wide MoA in cases concerning freedom of religion is also justified by the lack of consensus within the member states of the Council of Europe on an appropriate model of the delicate relations between state and religious communities. The idea underlying the doctrine of MoA is therefore to ensure respect for the variety of constitutional arrangements concerning Church-State relations. As a consequence, both secular and Christian traditions of a given state have been accepted by the Court as a ground for justifying an interference with freedom of religion. While interferences based on the idea of secularism have been regarded by the Court as justified primarily in cases concerning wearing religious clothing, interferences based on the special position of Christianity have been recognised as legitimate in the field of education. Nevertheless, it should be noted that MoA accorded to national authorities is wider where they rely on the principle of secularism than in cases where they invoke the Christian tradition of their country. This is due to the fact that secularism is presumed to be compatible with the role of the state as the “neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs”⁹.

As a consequence, in cases where Christian tradition is invoked by the Government the Court carries out a more scrupulous examination of whether the state struck a fair balance between the conflicting interests than in cases

⁷ *Lachiri v. Belgium*, 18 September 2018, no 3413/09.

⁸ E.g. *Ivanova v. Bulgaria*, 12 April 2007, no. 52435/98.

⁹ E.g. *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], 10 November 2005, no. 44774/98, § 107.

where the principle of secularism is at stake¹⁰. For instance, in *Folgerø and Others v. Norway* the Court afforded the national authorities a wide MoA in deciding about the place and importance of education in religion in school curriculum¹¹. Nevertheless, despite recognising the wide MoA, the Court examined in detail the syllabus of the course in religion taught in Norwegian schools and the complicated system of obtaining an exemption therefrom, which led it to the conclusion that the arrangements in question were incompatible with the state's role as "a neutral organiser". In contrast, in *Lautsi v. Italy* the Court (Grand Chamber) held that the decision of national authorities on mandatory displaying of crucifixes in classrooms in principle falls within their MoA, since there is no consensus within the members of the Council of Europe about this issue¹². Moreover, the Court held that the display of crucifixes does not amount to indoctrination and does not result in coercing any behaviour so it affects neither the parents' right to have their convictions respected in the field of education nor the students' freedom of religion. Given the "preponderant visibility" the authorities conferred on the country's majority religion in the school environment¹³, it is however doubtful that the mandatory display of crucifixes in state schools or offices is compatible with the principle of state neutrality. The opposing view is sustainable only when one assumes that among the state-parties to the Convention there is no consensus with regard to the meaning of neutrality towards religion so that the judgment in *Lautsi* is justified in the light of the doctrine of MoA as there is no consensus with regard to the meaning of neutrality towards religion¹⁴.

It should also be noted that the judgement in *Lautsi* is contradictory with the reasoning of the Court in *Dahlab v. Switzerland* where it was held that the prohibition on wearing a headscarf by a school teacher was justified by the need to safeguard the neutral character of school environment and to prevent teachers from influencing the beliefs of young children¹⁵. If one assumes that wearing religious clothing by a teacher on a voluntary basis is inconsistent with the neutrality of the state and capable of improper influencing the beliefs of impressionable pupils, this must be all the more true with regard to the display of religious symbols mandated by the State. Such inconsistencies are the inevitable result of the application of the MoA¹⁶.

¹⁰ S. Berry, *Religious Freedom and the European Court of Human Rights "Two Margins of Appreciation"*, "Religion and Human Rights" 2017, no. 12, p. 202.

¹¹ *Folgerø and Others v. Norway* [GC], 29 June 2007, no.15472/02.

¹² *Lautsi v. Italy* [GC], 18 March 2011, no. 30814/06), § 70.

¹³ *Ibidem*, § 71.

¹⁴ M. Lugato, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ *Dahlab v. Switzerland* (dec.), 15 February 2001, no. 42393/98.

¹⁶ S.A. Fernández Parra, *El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, "Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad" 2019, no. 17, p. 86.

The use of MoA in the context of secular states led the Court not only to endorsing the imposed limitations to freedom of religion but even to defining the scope of freedom of religion in the light of the principle of secularism. This is especially visible in cases concerning the ban on wearing the headscarves by pupils and students. According to the Court, the issue of wearing of religious symbols at school is a matter that falls within the ambit of relations between state and religious communities. The Court observed that in France, Turkey and Switzerland the constitutional principle of secularism is one of the foundations of the Republic and noted that the defence of this principle is important especially at schools. For this reason the Court concluded that attitudes contrary to the principle of secularism cannot be regarded as a manifestation of a religion and therefore are not protected under Article 9.1 of the Convention. Having regard to the MoA which should be afforded to State parties when it comes to establishing delicate relations between states and religious communities, the Court held that “freedom of religion, as recognised this way and limited by the requirements of secularism seems legitimate in terms of values underlying the Convention”¹⁷.

The statement cited above shows the Court’s concern about the defence of the principle of secularism in France. However, it should be noted that the principle of secularism is not explicitly covered by the provisions of the Convention. For this reason its defence as a fundamental value i.e. regardless of whether under circumstances of a given case it fulfils the role of fostering equal protection of freedom of religion and belief for all concerned¹⁸, remains beyond the purview of the Court’s jurisdiction. Indeed, the freedom of religion

¹⁷ *Kervanci v. France*, 4 December 2008, no. 31645/04, § 72.

¹⁸ This statement should be understood as the reference to and endorsement of the so called the “liberal-pluralist” conception of the principle of secularism (See: J. Maclure and C. Taylor, *Secularism and freedom of conscience*, Cambridge 2011, p. 27 et seq.). Under this conception state neutrality and “functional agnosticism” are not ends in themselves; they are worthy of legal protection because they ensure respect for equal moral value of the individual autonomy and the possibly wide protection of freedom of conscience and religion to all concerned. In other words, the legitimacy of secularism lies in its purpose of enabling the equal realisation of various conceptions of the good life without favouring or promoting any of them. The adherents of this conception perceive both religious and non-religious beliefs as an enriching and important element of cultural heritage of a country. Consequently, they are prone to permit religious distinctiveness and diversity in public space. The “liberal pluralist” conception stands in opposition to the “republican” conception of secularism under which secular arrangements are viewed as a primary instrument for achieving social integration defined as “allegiance to a common civic identity and the collective pursuit of the common good” (ibidem, p. 31). The proponents of this conception (mis)perceive religiosity as a “radical” attitude that is disruptive to the public order, and integration of minorities, as well as counterproductive to the realisation of human rights (G. Du Plessis, *The European Struggle with Religious Diversity: Osmanoglu and Kocabas – v. Switzerland*, “Journal of Church and State” 2018, vol. 60(3), p. 508). For this reason, they argue that the attainment of national unity and social cohesion requires the effacement or neutralization of religion, ethnicity and other identity markers from public space, regardless of whether they are exposed on the initiative of public authorities or individuals.

as enshrined in Article 9 is to be regarded as “an independent international guarantee” whose interpretation should in no way be bound by national ideas and values¹⁹. Nevertheless, due to the use of the doctrine of MoA the principle of secularism has been put by the Court on a pedestal in the sense that the Court permitted the substance and scope of the freedom of religion to be determined by that principle or even “to be subordinated” to it²⁰. In *Kervanci* the Court should have restrained itself to examining whether the prohibition of wearing headscarves during physical education classes was justifiable in the light of Article 9.2. The reference of the Court to the secular character of the state and the use of the MoA were superfluous and even counterproductive as it prevented the appropriate examination of the proportionality of the measure in question.

Doctrine of MoA as a mechanism of endorsement of national social policies

National authorities also enjoy a wide MoA when deciding on measures aimed at striking a fair balance between the competing interests of the individual and the community. In this context the MoA permits states to determine the appropriate weight to be given to competing interests. The scope of the MoA, however, varies according to circumstances of a given case and depends on various factors, especially on the nature of a right or freedom of others that clashes with freedom of religion. For instance, in *Eweida and Others v. United Kingdom* the Court found the breach of the applicant’s right to manifest her religion by visibly wearing a cross, which clashed with her employer’s “wish to project a certain corporate image”²¹. According to S. Berry, the Court’s disagreement with the national authorities’ assessment of this conflict can be explained by the fact that the employer’s interest did not have the character of a human right. The MoA was wider in cases of other applicants in *Eweida* where more fundamental issues were at stake such as rights of homosexuals or safeguards of gender equality²². Furthermore, national authorities enjoy a wide MoA when they pursue general societal goals, including integration policies. According to the Court, in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.

¹⁹ Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Munich 2014, p. 235.

²⁰ S.A. Fernández Parra, *op. cit.*, p. 89.

²¹ *Eweida and Others v. United Kingdom*, 15 January 2013, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 94.

²² S. Berry, *op. cit.*, p. 205.

The alleged conflict between freedom of religion and the rights of homosexuals was a subject-matter of the case lodged Ms Ladele, another applicant in *Eweida and Others*. She was a civil office registrar who lost her job as a result of her refusal to agree to be designated as a registrar of civil partnerships of same-sex couples. The Court found legitimate the aim of the authorities to ensure that the municipality provides “a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others”²³. It transpires from the above that the aim of public authorities went beyond the endeavour to provide a well-functioning civil registry services to same-sex couples. They also intended to influence the convictions of the officers by requiring them to adopt a docile attitude towards their policy, which resulted in the conscientious objection of the applicant. The legitimate aim of ensuring the services of the registry office to same-sex couples could also be achieved even if some employees of the registry office were exempted from processing their cases. This is corroborated by the fact that such exemptions were granted by other municipalities.

What is not less important, since there was no instance of a (threat) of denial of services on the part of the registry office in question, no concrete right of a gay or lesbian person was violated or even threatened. It has therefore rightly been noted that under the circumstances of the case, the rights of homosexual couples are only “abstract” or potential. For this reason, it would be more appropriate for the Court to balance the right of the applicant with the right of her employer to manage their staff. However, it is unlikely that as a result of such a balancing test the Court could have found that the dismissal of Ms Ladele was proportionate to the legitimate aim pursued and that article 9 was not violated²⁴. By applying the doctrine of MoA in this case, the Court sacrificed the concrete right of the applicant and endorsed the authorities’ considerations of political correctness. It may be argued against this ruling that in a pluralist, open-minded and tolerant society the Court claims to defend due respect should be guaranteed for both interests, i.e. the same-sex couples’ “need for legal recognition and protection of their relationship”²⁵ and the right to conscientious objection to making a contribution to solidifying an institution one considers contrary to God’s will. Indeed, MoA should not be so wide as to permit national authorities to impose on citizens a belief or conviction merely because this belief or conviction is regarded as politically correct.

²³ *Eweida and Others v. United Kingdom...*, § 105.

²⁴ E. Sychenko, *Individual Labour Rights as Human Rights: the contributions of the European Court of Human Rights to worker’s rights protection*, Alphen aan den Rijn 2017, p. 157.

²⁵ *Eweida and Others v United Kingdom...*, § 105.

Another landmark case where MoA was afforded to national authorities with regard to a general social policy is the above-mentioned judgment in *S.A.S. v France*. The case concerned the ban on wearing religious apparel that fully covers the person's face (full-face veils) in public places. In applying the doctrine of MoA, the Court agreed with the respondent government that the limitation on the freedom of religion served a legitimate aim of ensuring the observance in the society of the rules of "living together". This aim in turn falls into the scope of "rights and freedoms of others" under Article 9.2. In particular the Court accepted the argument that "the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier". Furthermore, "the Court (...) can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question"²⁶. The Court also noted that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes "a choice of society"²⁷. Under these circumstances the Court held it had a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, otherwise it would embark on assessing a balance that had been struck by means of a democratic process within the society in question, which is not the Court's task²⁸.

The use of MoA in this case is premised on the assumption that there is a divergence of opinion on the issue of wearing full-face veils in public places. Nonetheless, it should be noted that only Belgium and France explicitly prohibited wearing this garment, whereas in the other states the issue remained unregulated. For this reason, the argument that there is a consensus against banning the wearing of full-face veils in public places advanced by some authors is at least sustainable²⁹. Furthermore, it is difficult to agree with the Court's accepting the "far-fetched and vague"³⁰ concept of "living together" as a legitimate ground for limiting the freedom of religion, as it is not explicitly covered by any of the provisions of the Convention. It should rather be noted that according to the general rule applicable to the interpretation of the provisions regulating fundamental rights, restrictions on their exercise should be regarded as exceptions. For this reason legitimate grounds listed in limitation claus-

²⁶ *S.A.S. v. France*..., § 122.

²⁷ *Ibidem*, § 130.

²⁸ *Ibidem*, § 154.

²⁹ Ó Celador Angón, *Orígenes histórico-constitucionales del principio de la laicidad*, Valencia, p. 273 et seq.

³⁰ *S.A.S. v. France*..., dissenting opinion, § 5.

es, including Article 9.2 of the Convention, should be interpreted narrowly³¹. In giving protection to the alleged right to social space that makes the communication easier, the Court endorsed the overt intolerance towards manifestations of religion that causes discomfort of the prejudiced majority³². The judgment in *S.A.S.* may also be read as a dangerous approval of forced assimilationist policies against minority groups³³. It shows unequivocally that an excessive use of the doctrine of MoA “allows almost complete deference to the State, which has the potential to undermine the religious freedom of minorities”³⁴. What is more, the reliance on the nebulous concept of “living together” coupled with the doctrine of MoA may encourage other states to introduce bans on anything that makes the majority feel uncomfortable³⁵.

In *S.A.S.* the Court also seems to implicitly have departed from the precedence established in the case *Ahmet Arslan and Others v. Turkey* concerning the punishing the applicant for wearing religious clothes in public places. In this case the Court did not rely on MoA but conducted more rigorous examination of the proportionality of the measure in question. Contrary to the submission of the Government that the interference was necessary for upholding the principle of secularism and that it pursued the legitimate aim of preventing the acts of provocation, proselytism and religious propaganda, the Court emphasised that the applicants’ behaviour did not amount to a threat to public order or to the rights and freedoms of others. Given that the applicants were wearing religious clothes on the public streets rather than in a public establishment, for example, in a public school, the principle of state neutrality was not at stake³⁶.

Conclusion

The excessive use of the doctrine of MoA in cases regarding freedom of religion gave rise to the distortion of the substance of this right and led to some inconsistencies in the jurisprudence of the Court. Moreover, in cases where the Court affords the MoA it does not at least as a rule conduct a rig-

³¹ W.A. Shabas, op. cit., p. 436.

³² E. Brems, *S.A.S. v. France as a problematic precedent*, “Strasbourg Observers”, June 9, 2014, <https://strasbourgobservers.com/2014/07/09/s-a-s-v-france-as-a-problematic-precedent/> (accessed: 21.03.2021).

³³ H. Yusuf, *S.A.S v France: Supporting ‘Living Together’ or Forced Assimilation*, “International Human Rights Law Review” 2014, no. 3(2), <https://strathprints.strath.ac.uk/49528/> (accessed: 19.03.2021).

³⁴ S. Berry, op. cit., p. 207.

³⁵ L. Vickers, *Conform or be confined: S.A.S. v France*, „Oxford Human Rights Hub”, 8 July 2014, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/conform-or-be-confined-s-a-s-v-france/> (accessed: 2.04.2021).

³⁶ *Ahmet Arslan and Others v Turkey*, 23 February 2010, no. 41135/98, § 49 et seq.

orous examination of the proportionality of the interference with the individual's freedom. Contrary to the approach of the Court it is stated that the substance, scope and limits of freedom of religion should not, at least as a matter of principle, hinge upon secular or confessional character of a state. The Court should rather interpret the substance and scope of protection of this freedom in a more uniform manner. In such a way, the Court would establish clear minimal standards for the uniform protection of this right within the jurisdiction of all states parties to the Convention.

Even if there is no consensus on the appropriate model of the relations between state and religious communities, there *is* a consensus enshrined in Article 9 that freedom of conscience, religion and belief should be protected regardless of national traditions or political context. This is all the more important given, on the one hand, the increasing secularisation and its concomitant insufficient sensitivity to religious needs of some citizens and cultural diversification of European societies resulting in growing number of members of less known or "exotic" religions, on the other. As a result freedom of religion will arguably become even more strictly related to minority groups than it was the case in the past or than it is the case now. The use of MoA should therefore be restricted to the issues that are not covered by freedom of religion as guaranteed in the Convention, in particular to regulation of 'supererogatory privileges' religious people may enjoy in some countries, such as the possibility of receiving religious education at public schools, displaying religious symbols in public buildings, celebrating religious holidays as national holidays or protection of their religious sentiments by means of criminal law.

References

- Berry S., *Religious Freedom and the European Court of Human Rights' Two Margins of Appreciation*, "Religion and Human Rights" 2017, no. 12.
- Brems E., *S.A.S. v. France as a problematic precedent*, „Strasbourg Observers", 9 June 2014, <https://strasbourgobservers.com/2014/07/09/s-a-s-v-france-as-a-problematic-precedent/>.
- Celador Angón Ó., *Orígenes histórico-constitucionales del principio de la laicidad*, Tirant de Blanch, Valencia 2017.
- Du Plessis G., *The European Struggle with Religious Diversity: Osmanoglu and Kobas – v. Switzerland*, "Journal of Church and State" 2018, vol. 60(3).
- Fernández Parra, S.A., *El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, "Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad" 2019, no. 17.
- Grabewarther Ch., *European Convention on Human Rights: Commentary*, C.H. Beck, Munich 2014.
- Lugato M., *The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, "Journal of Catholic Legal Studies" 2013, vol. 52.

- Maclure J., Taylor C., *Secularism and freedom of conscience*, Harvard University Press, Cambridge 2011.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Shabas W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Sychenko E., *Individual Labour Rights as Human Rights: the contributions of the European Court of Human Rights to worker's rights protection*, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn 2017.
- Vickers L., *Conform or be confined: S.A.S. v France*, "Oxford Human Rights Hub", 8 July 2014, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/conform-or-be-confined-s-a-s-v-france/>.
- Yusuf H., *S.A.S v France: Supporting 'Living Together' or Forced Assimilation*, "International Human Rights Law Review" 2014, no. 3(2), <https://strathprints.strath.ac.uk/49528/>.

Summary

The doctrine of the margin of appreciation as a tool of relativisation of freedom of religion. Some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights

Keywords: human rights, the doctrine of margin of appreciation, restrictions on freedom of religion, the principle of secularism, religious attire, principles of "living together".

The objective of the paper is to determine the implications for the interpretation of Article 9 of the European Convention on Human Rights resulting from the Court's affording to national authorities the wide margin of appreciation when deciding whether in a given case there is a need to limit the exercise of freedom of religion. The use of the doctrine of margin of appreciation in such cases is justified both by the lack of an all-European consensus as to the proper model of relations between the state and religious communities and by divergences of views and traditions concerning the importance and impact of religion in the society. In consequence, the Court holds that restrictions on freedom of religion on grounds of the principle of secularism, which in some countries has a rank of a constitutional principle of the political system, are compatible with the Convention. This is the case even where establishing a link between the restriction of this kind with any of the legitimate aims outlined in Article 9.2 of the Convention is highly disputable, if not impossible. Moreover, the excessive use of the doctrine of margin of appreciation in this context makes the protection level of freedom of religion contingent on prevailing (not always rational and free from prejudice) views and attitudes towards some forms of manifestation of religious beliefs. This outcome, however, is difficult to reconcile with values underlying the Convention and the need for minority protection.

Streszczenie

Doktryna marginesu swobody jako mechanizm relatywizacji prawa do wolności religii Kilka refleksji na kanwie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Słowa kluczowe: prawa człowieka, doktryna marginesu swobody, ograniczenia wolności religii, zasada świeckości, ubiór religijny, zasada współżycia w społeczeństwie „living together”.

Celem niniejszego artykułu jest ustalenie skutków dla wykładni i stosowania art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wynikających z przyznania przez Trybunał władzom krajowym szerokiego marginesu swobody przy rozstrzyganiu, czy w danym przypadku zachodzi konieczność ograniczenia wolności religii. Stosowanie doktryny marginesu swobody w tego rodzaju sprawach Trybunał uzasadnia, wskazując na brak ogólnoeuropejskiego konsensusu w kwestii prawidłowego modelu wzajemnych relacji państwa i wspólnot wyznaniowych, na rozbieżności poglądów i tradycji dotyczących roli oraz znaczenia religii w danym społeczeństwie. W konsekwencji Trybunał uznaje za zgodne z Konwencją ustanawianie ograniczeń wolności religii ze względu na konieczność poszanowania zasady świeckości, mającej w niektórych państwach rangę konstytucyjnej zasady ustrojowej, przy czym ma to miejsce także w przypadkach, gdy wykazanie powiązania tego rodzaju ograniczeń z którymkolwiek z celów przewidzianych w art. 9 ust. 2 Konwencji jest wysoce dyskusyjne. Ponadto nadmierne stosowanie doktryny marginesu swobody w omawianym kontekście prowadzi do uzależnienia poziomu ochrony wolności religii od dominujących w danym społeczeństwie (nie zawsze racjonalnych i wolnych od uprzedzeń) postaw wobec niektórych form uzewnętrzniania przekonań religijnych, co trudno pogodzić zarówno z aksjologią Konwencji, jak i z wymogami ochrony mniejszości.

Emilia Jurgielewicz-Delegacz

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0002-3005-8401

e.jurgielewicz-delegacz@uwb.edu.pl

Bezpieczeństwo w ruchu drogowym w krajach członkowskich Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Światowa Organizacja Zdrowia (dalej jako WHO) w raporcie na temat bezpieczeństwa w ruchu drogowym pt. „Global status report on road safety 2018”¹ podkreśliła, że rocznie na świecie w wyniku wypadków drogowych śmierć ponosi 1,35 mln osób (raport obejmuje dane za 2016 r.). W związku z tym globalny wskaźnik śmiertelności to 18 ofiar na 100 000 mieszkańców. Według obliczeń dokonanych przez WHO, urazy doznawane w wyniku wypadków drogowych uznać można za ósmą główną przyczynę zgonów na świecie. Współcześnie więcej osób umiera w wyniku obrażeń doznanych w zdarzeniach drogowych, aniżeli z powodu HIV/AIDS, gruźlicy czy chorób biegunkowych. Co więcej, wypadki drogowe są wiodącą przyczyną śmierci młodych osób w wieku od 5 do 29 lat.

Biorąc pod uwagę powyższe, jedna z konkluzji wspomnianego opracowania WHO jest taka, że cena, jaką ludzkość płaci za mobilność, jest zbyt wysoka, zwłaszcza że współcześnie istnieją sprawdzone sposoby zapobiegania tego rodzaju zdarzeniom. Warto jednak zauważyć, że nie wszędzie na świecie wskaźnik śmiertelności jest taki sam, najwyższy jest w regionie Afryki (27 ofiar śmiertelnych na 100 000 mieszkańców) i Azji Południowo-Wschodniej (21 ofiar śmiertelnych na 100 000 mieszkańców). Natomiast w regionie Europy wskaźnik ten jest najniższy – 9 ofiar śmiertelnych na 100 000 mieszkańców. Rozbieżności te podyktowane są m.in. zróżnicowanym poziomem: legislacji w zakresie poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego (np. w regionie Afryki w wielu krajach brak jest odpowiednich przepisów regulujących przedmiotową

¹ WHO, *Global status report on road safety 2018*, www.who.int/publications/i/item/9789241565684 (data dostępu: 25.09.2021).

kwestię); kultury prawnej związanej z przestrzeganiem i egzekwowaniem prawa z zakresu ruchu drogowego; jakości pojazdów uczestniczących w ruchu drogowym; infrastruktury drogowej; przekazywanych środków na działania prewencyjne.

Co więcej, poszczególne regiony świata różnią się między sobą nie tylko wskaźnikami śmiertelności wypadków drogowych, ale też np. użytkownikami dróg najbardziej dotkniętymi tego rodzaju zdarzeniami. Pośród ofiar śmiertelnych w Europie aż 48% to kierowcy oraz pasażerowie pojazdów czterokołowych (nomenklatura stosowana w raporcie, ang. *4 wheeled vehicles*), 27% to piesi, 11% to kierowcy pojazdów dwu- i trzykołowych (ang. *motorized 2–3 wheelers*), 9% to inni, niesprecyzowani użytkownicy dróg, 5% to rowerzyści. Należy także wskazać, że 60% krajów posiadających przepisy spełniające kryteria dobrych praktyk² w zakresie przepisów dotyczących prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu, to kraje zaliczane według WHO do europejskiego regionu. To w Europie prawo jest najlepiej dostosowane do dobrych praktyk określonych przez WHO w zakresie podróżowania dzieci w fotelikach samochodowych³. Wydaje się zatem, że można zaryzykować stwierdzenie, iż w odniesieniu do innych regionów świata to europejskie drogi są najbardziej bezpieczne⁴.

Wymienione powyżej czynniki stały się sumptem do przeprowadzenia badań, których wiodącym celem była prawnokryminologiczna analiza wybranych aspektów bezpieczeństwa ruchu drogowego w Europie. Niemniej jednak ograniczony dostęp do danych statystycznych z przedmiotowego zakresu, przyczynił się do tego, że dalsze analizy odnoszą się wyłącznie do państw członkowskich Unii Europejskiej (dalej jako UE). Prawnokryminologiczny charakter rozważań wpłynął na dobór metod badawczych wykorzystanych w opracowaniu. Pośród nich należy wymienić metody:

² W raporcie *Global status report on road safety 2018* do oceny przepisów dotyczących prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu wzięto pod uwagę trzy kryteria, określane jako dobre praktyki:

- 1) obecność przepisów w prawie krajowym dotyczących prowadzenia pojazdu pod wpływem alkoholu,
- 2) limit stężenia alkoholu we krwi dla ogółu populacji nieprzekraczający 0,05 g/dl,
- 3) limit stężenia alkoholu we krwi dla młodych i początkujących kierowców nieprzekraczający 0,02 g/dl.

³ W ocenie przepisów dotyczących podróżowania dzieci w fotelikach samochodowych wzięto pod uwagę cztery kryteria, określane jako dobre praktyki:

- 1) obecność przepisów w prawie krajowym w zakresie podróżowania dzieci w fotelikach samochodowych,
- 2) wymóg, aby dzieci korzystały z fotelików samochodowych przynajmniej do 10 roku życia lub do 135 cm wzrostu,
- 3) ograniczenia dotyczące dzieci poniżej określonego wieku lub wzrostu, które nie mogą siedzieć na przednim siedzeniu,
- 4) odniesienia do norm dotyczących fotelików samochodowych.

⁴ Zob. też: K. Jamroz, J. Żukowska, *Problemy i wyzwania w zakresie bezpieczeństwa ruchu drogowego w Nowej Dekadzie*, „Transport Miejski i Regionalny” 2020, nr 10, s. 4 i nast.

- dogmatyczną (pozwoliła na analizę aktów prawnych UE z zakresu poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym),
- analizy piśmiennictwa (dała możliwość wykorzystania źródeł doktrynalnych, zastosowano ją głównie w analizach o charakterze dogmatycznym),
- analizy danych statystycznych (umożliwiła scharakteryzowanie bezpieczeństwa ruchu drogowego na podstawie informacji gromadzonych przez instytucje UE na temat wypadków drogowych i ich skutków w państwach członkowskich).

Wskazane metody badawcze zostały tak dobrane, aby osiągnąć założony cel badawczy, jakim było poznanie i opisanie wybranych aspektów bezpieczeństwa drogowego w krajach członkowskich UE (mowa tu o wskazaniu ogólnych trendów dla tego zjawiska).

Działania Unii Europejskiej na rzecz poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym

Na wstępie należy podkreślić, że ostatnie dziesięciolecie przyniosły poprawę bezpieczeństwa w ruchu drogowym na terenie UE. Jednak unijne instytucje wciąż podkreślają, że liczba ofiar śmiertelnych oraz rannych jest wciąż zbyt wysoka, a postępy w zakresie zapobiegania takim skutkom wypadków drogowych są zbyt wolne jak na XXI w. Dlatego UE stara się najściślej współpracować w zakresie poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym z krajami członkowskimi. Czyni to m.in. poprzez: opracowywanie programów umożliwiających wymianę doświadczeń i dobrych praktyk, zapewnianie wsparcia finansowego, uchwalanie odpowiednich przepisów czy wspieranie publicznych kampanii edukacyjnych.

Unia Europejska, uwzględniając czynniki, jakie odgrywają rolę w wypadkach (infrastruktura, bezpieczeństwo pojazdów, zachowanie kierowców, reagowanie w nagłych sytuacjach), stara się określać cele i kierunki polityki w zakresie poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego, które powinny nadawać kierunki strategiom krajowym oraz lokalnym. Przykładem tego rodzaju aktywności są programy, określające ramy polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego. Istotnym ich elementem jest „wizja zero”, której założenia mają być impulsem do wyeliminowania wypadków śmiertelnych i poważnych obrażeń doznawanych na drogach europejskich. Pierwszy z programów został opracowany na lata 1993–1996, drugi na lata 1997–2001 i zakładał zmniejszenie liczby ofiar śmiertelnych o co najmniej 18 000 do 2010 r. Celem trzeciego programu na lata 2003–2010⁵ było zmniejszenie liczby ofiar śmiertelnych

⁵ Informacje na temat programu *Road safety: Road Safety Action Programme 2003–2010*: www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l24257 (data dostępu: 27.09.2021).

o 50% do 2010 r., a zatem miała być ona nie większa niż 27 000. Dodatkowo ten ostatni plan zawierał kilkadziesiąt propozycji konkretnych działań w dziedzinie bezpieczeństwa pojazdów, infrastruktury i użytkowników.

Podstawą prawną do utworzenia obecnie obszaru bezpieczeństwa ruchu drogowego, którego celem jest poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego i przyczynienie się do zrównoważonej mobilności, jest tytuł VI *Transport*, w szczególności art. 91 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁶. Do utworzenia wspomnianego obszaru nawiązywał kolejny program, zawarty w komunikacie⁷ Komisji Europejskiej pt. „W kierunku europejskiego obszaru bezpieczeństwa ruchu drogowego: kierunki polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego na lata 2011–2020”. Ponownie podkreślono, że chcąc utworzyć wspólny obszar bezpieczeństwa ruchu drogowego w UE, należy kontynuować prace nad zmniejszeniem liczby ofiar śmiertelnych do 2020 r. o 50% względem 2010 r. (miała być ona zatem nie większa niż 15 750). W programie tym określono także cele strategiczne nawiązujące do:

- poprawy edukacji i szkoleń użytkowników dróg, egzekwowania przepisów ruchu drogowego oraz usług w sytuacjach awaryjnych i usług po odniesieniu obrażeń,
- bezpieczniejszej infrastruktury drogowej i pojazdów,
- propagowania wykorzystywania nowoczesnych technologii w celu poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego,
- ochrony użytkowników dróg szczególnie narażonych na wypadki⁸.

Warto w tym miejscu podkreślić, że w analizowanym komunikacie Komisja podała także zasady, jakie powinny być przestrzegane podczas osiągania celów. Po pierwsze wskazano, że obywatel w polityce bezpieczeństwa ruchu drogowego powinien być traktowany jako podmiot działań. Dlatego prowadzona polityka powinna zachęcać do przyjmowania odpowiedzialności za bezpieczeństwo własne oraz innych. Po drugie, bezpieczeństwo ruchu drogowego powinno być zintegrowane z innymi politykami prowadzonymi przez UE, ponieważ jest ono powiązane m.in. z polityką: energii, ochrony środowiska, zdrowia publicznego, innowacji i technologii, wymiaru sprawiedliwości, ubezpieczeń itp. Po trzecie, podczas realizowania przedmiotowej polityki instytucje europejskie, państwa członkowskie, organy regionalne i lokalne, przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego powinni kierować się zasadami: pomocniczości, proporcjonalności, współodpowiedzialności.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864 z późn. zm.).

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W kierunku europejskiego obszaru bezpieczeństwa ruchu drogowego: kierunki polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego na lata 2011–2020”, COM(2010) 389/3.

⁸ Zob. też: E. Raczyńska-Bulawa, *Bezpieczeństwo w ruchu drogowym w Europie – założenia polityki UE i ocena podejmowanych działań z perspektywy danych statystycznych*, „Autobusy” 2016, nr 10, s. 8–14.

W dokumencie Komisji Europejskiej z dnia 19 czerwca 2019 r. „Ramy polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego UE na lata 2021–2030 – Kolejne kroki w kierunku realizacji »wizji zero«” wskazano cele na obecną dekadę. Podano w nim, że liczba ofiar śmiertelnych powinna zmniejszyć się o 50% między 2020 r. a 2030 r.⁹ Co więcej, UE potwierdziła ambitny, długoterminowy cel osiągnięcia prawie zerowej liczby ofiar śmiertelnych do 2050 r. („wizja zero”). Poparte zostało także oświadczenie z Valletty¹⁰ z marca 2017 r. w sprawie bezpieczeństwa ruchu drogowego, w którym po raz pierwszy określono cel ograniczenia liczby poważnych obrażeń w krajach członkowskich UE do 2030 r. w porównaniu z poziomem z 2020 r.¹¹ Oświadczenie to jest pewnego rodzaju *novum*, ponieważ do tego momentu zagadnienia poważnych obrażeń (uszczerbków na zdrowiu) doznawanych w wyniku wypadków drogowych nie wysuwały się na pierwszy plan tego rodzaju dokumentów.

Unia Europejska, oprócz wymienionych powyżej programów, będącym impulsem do opracowywania krajowych rozwiązań, opracowuje wiele innych dokumentów oraz aktów prawnych związanych z polityką transportową, które przyczyniają się także do poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Wśród nich można wymienić m.in.:

- zalecenie Komisji z dnia 17 stycznia 2001 r. w sprawie maksymalnej dozwolonej zawartości alkoholu we krwi (BAC) dla kierowców pojazdów silnikowych,

- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/59/WE z dnia 15 lipca 2003 r. w sprawie wstępnej kwalifikacji i okresowego szkolenia kierowców niektórych pojazdów drogowych do przewozu rzeczy lub osób, zmieniająca rozporządzenie Rady (EWG) nr 3820/85 oraz dyrektywę Rady 91/439/EWG i uchylająca dyrektywę Rady 76/914/EWG (Dz.U. UE L z 2003 r., Nr 226, s. 4 z późn. zm.),

- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/54/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych wymagań bezpieczeństwa dla tuneli w transeuropejskiej sieci drogowej (Dz.U. UE L z 2004 r., Nr 167, s. 39 z późn. zm.),

- dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/126/WE z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie praw jazdy (przekształcenie) (Dz.U. UE L z 2006 r., Nr 403, s. 18 z późn. zm.),

⁹ *Ramy polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego UE na lata 2021–2030 – Kolejne kroki w kierunku realizacji »wizji zero«*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/move-2019-01178-01-00-pl-tra-00f.pdf (data dostępu: 27.09.2021).

¹⁰ Konkluzje Rady w sprawie bezpieczeństwa ruchu drogowego popierające oświadczenie z Valetty z marca 2017 r., www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9994-2017-INIT/pl/pdf (data dostępu: 27.09.2021).

¹¹ Por. K. Jamroz, J. Żukowska, L. Michalski, *Wyzwania i kierunki działań na rzecz bezpieczeństwa ruchu drogowego w nadchodzącej dekadzie w Polsce*, „Transport Miejski i Regionalny” 2019, nr 1, s. 9.

– dyrektywę 2008/68/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 września 2008 r. w sprawie transportu lądowego towarów niebezpiecznych (Dz.U. UE L z 2008 r., Nr 260, s. 13 z późn. zm.),

– dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/96/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie zarządzania bezpieczeństwem infrastruktury drogowej (Dz.U. UE L z 2008 r., Nr 319, s. 59 z późn. zm.),

– dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/45/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie okresowych badań zdatności do ruchu drogowego pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz uchylająca dyrektywę 2009/40/WE (Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 127, s. 51 z późn. zm.),

– dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/47/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie drogowej kontroli technicznej dotyczącej zdatności do ruchu drogowego pojazdów użytkowych poruszających się w Unii oraz uchylająca dyrektywę 2000/30/WE (Dz.U. UE L z 2014 r., Nr 127, s. 134 z późn. zm.),

– dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/413 z dnia 11 marca 2015 r. w sprawie ułatwień w zakresie transgranicznej wymiany informacji dotyczących przestępstw lub wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu ruchu drogowego (Dz.U. UE L z 2015 r., Nr 68, s. 9),

– rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/79 z dnia 12 września 2016 r. ustanawiające szczegółowe wymagania techniczne i procedury badań w zakresie homologacji typu WE pojazdów silnikowych w odniesieniu do ich systemów pokładowych eCall opartych na numerze 112, pokładowych oddzielnych zespołów technicznych i komponentów opartych na numerze 112 eCall oraz uzupełniające i zmieniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/758 w odniesieniu do wyłączeń i mających zastosowanie norm (Dz.U. UE L z 2017 r., Nr 12, s. 44).

Przytoczone przykłady aktów prawnych są dowodem na to, że bezpieczeństwo ruchu drogowego jest istotnym zagadnieniem społecznym oraz elementem polityki UE. Co więcej, widać, że wiele działań zostało już zainicjowanych i zrealizowanych, jednak wciąż jest wiele do zrobienia, stąd też aktualizacje niektórych z tych aktów lub uchwalanie nowych¹². Przykładowo, w 2019 r. nowelizacji doczekała się dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/96/WE

¹² Np. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2144 z dnia 27 listopada 2019 r. w sprawie wymogów dotyczących homologacji typu pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, w odniesieniu do ich ogólnego bezpieczeństwa oraz ochrony osób znajdujących się w pojeździe i niechronionych uczestników ruchu drogowego, zmieniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 oraz uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 78/2009, (WE) nr 79/2009 i (WE) nr 661/2009 oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 631/2009, (UE) nr 406/2010, (UE) nr 672/2010, (UE) nr 1003/2010, (UE) nr 1005/2010, (UE) nr 1008/2010, (UE) nr 1009/2010, (UE) nr 19/2011, (UE) nr 109/2011, (UE) nr 458/2011, (UE) nr 65/2012, (UE) nr 130/2012, (UE) nr 347/2012, (UE) nr 351/2012, (UE) nr 1230/2012 i (UE) 2015/166 (Dz.U. UE L z 2019 r., Nr 325, s. 1).

w sprawie zarządzania bezpieczeństwem infrastruktury drogowej. W akcie tym podkreślono m.in., że w przyszłości bezpieczeństwo infrastruktury będzie oceniane w sposób bardziej systematyczny i uwzględniający większą liczbę dróg w UE, co pomoże ukierunkować kolejne inwestycje. Ponadto niechronieni użytkownicy dróg (np. piesi, rowerzyści, motocykliści) będą musieli być systematycznie uwzględniani w procesach planowania i zarządzania infrastrukturą.

Warto także nadmienić, że w 2019 r. uruchomiono europejski program wymiany doświadczeń i wiedzy na temat bezpieczeństwa ruchu drogowego pod nazwą „EU Road Safety Exchange”. Do trzyletniego projektu zostały zaproszone takie kraje, jak: Austria, Bułgaria, Francja, Grecja, Irlandia, Litwa, Holandia, Polska, Portugalia, Rumunia, Hiszpania i Szwecja. Jego celem jest zlikwidowanie luki w zakresie przedmiotowego bezpieczeństwa, jaka wciąż istnieje między różnymi państwami członkowskimi. Eksperci ds. transportu z dwunastu krajów współpracują ze sobą, by podzielić się najlepszymi praktykami w zakresie zmniejszania prędkości, budowania bardziej bezpiecznej infrastruktury, poprawy egzekwowania przepisów i gromadzenia danych, a także bezpieczeństwa pieszych i rowerzystów w obszarach miejskich¹³.

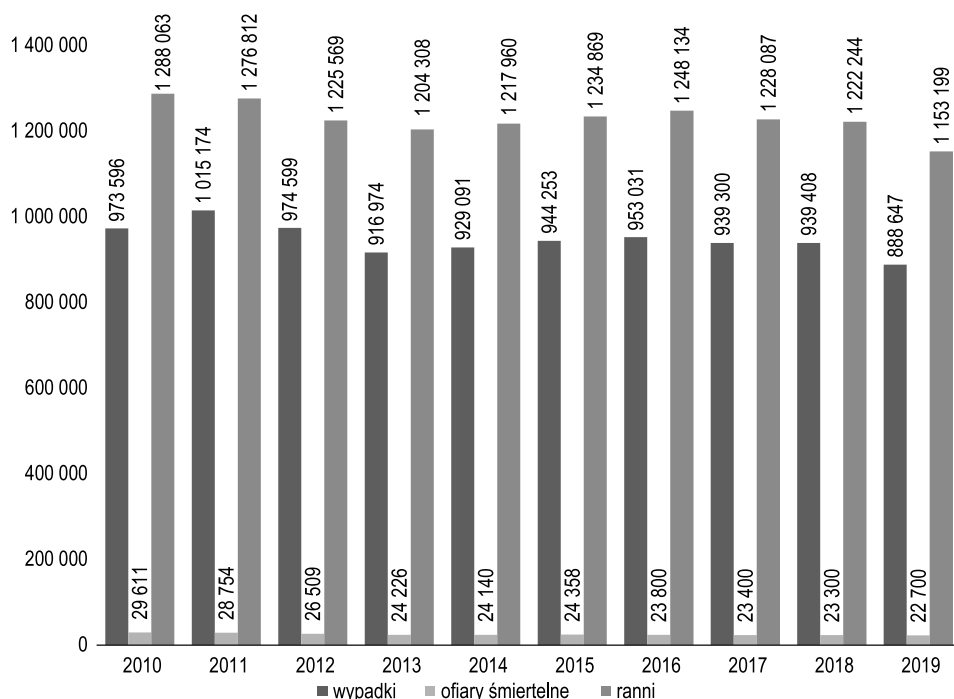
Jak wskazano powyżej Unia Europejska od lat pracuje nad poprawą bezpieczeństwa drogowego oraz stoi na stanowisku, że chcąc poprawić parametry systemu transportowego, zaspokoić związane z nim potrzeby i oczekiwania zarówno obywateli, jak i przedsiębiorców, utworzyć wspólny obszar bezpieczeństwa ruchu drogowego, należy m.in. zmniejszyć liczbę ofiar wśród użytkowników dróg. Niestety, Komisja Europejska we wspomnianym dokumencie z 2019 r. pt. „Ramy polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego UE na lata 2021–2030 – Kolejne kroki w kierunku realizacji »wizji zero«” zauważyła, że postęp związany ze zmniejszeniem wskaźnika śmiertelności wypadków drogowych uległ w państwach członkowskich w ostatnich latach spowolnieniu, podobnie jak postęp w zapobieganiu poważnym obrażeniom. Celem oceny dynamiki i trendów tego zjawiska zostanie przeprowadzona poniżej analiza dostępnych danych statystycznych na temat bezpieczeństwa w ruchu drogowym w krajach członkowskich UE.

Wypadki drogowe i ich skutki w państwach członkowskich Unii Europejskiej – analiza statystyczna

Dane dotyczące praktyk i polityki związanej z bezpieczeństwem ruchu drogowego w krajach członkowskich UE zbiera oraz analizuje Europejskie

¹³ *Road Safety Exchange: Twelve EU Member States team up to improve road safety*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/road-safety-exchange-twelve-eu-member-states-team-improve-road-safety_en (data dostępu: 27.09.2021).

Obserwatorium Ruchu Drogowego (ang. *European Road Safety Observatory*, dalej jako ERSO). ERSO gromadzi m.in. informacje na temat: metodyki zbierania danych w krajach członkowskich, wypadków drogowych, wskaźników poziomu bezpieczeństwa. Obserwatorium wykorzystując dane ze wspólnotowej bazy danych o wypadkach drogowych – CARE (ang. *Community database on Accidents on the Roads in Europe*)¹⁴ przygotowuje raporty, m.in. roczne, tematyczne – np. poświęcone prędkości na drogach, seniorom jako uczestnikom ruchu drogowego, pieszym, przejazdowi kolejowym czy zmęczeniu kierowców wpływającemu na bezpieczeństwo drogowe. Ostatni dostępny roczny raport opublikowano w 2020 r., obejmuje on dane za lata 2010-2019 i jest podstawowym źródłem dalszych analiz.



Wykres 1. Tendencje w Unii Europejskiej w zakresie liczby wypadków, rannych i ofiar śmiertelnych

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Annual statistical report on road safety in the EU 2020”¹⁵.

¹⁴ Zob. też: M. Čabarkapa, *Road Safety: From Global to Local and Vice Versa*, Newcastle upon Tyne 2019, s. 18.

¹⁵ European Road Safety Observatory, *Annual statistical report on road safety in the EU 2020*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/pdf/statistics/dacota/asr2020.pdf (data dostępu: 27.09.2021).

Dane zaprezentowane na wykresie wskazują, że liczba wypadków, ofiar śmiertelnych oraz rannych w Unii Europejskiej wykazuje tendencję spadkową. Oczywiście – jak podkreślono już wcześniej – odnotowywane są pewne wahamowania tego trendu. W latach 2010–2019 liczba wypadków drogowych względem poprzedniego roku wzrosła w 2011 r., 2014 r., 2015 r., 2016 r. oraz w 2018 r. Jeżeli zaś chodzi o liczbę ofiar śmiertelnych, to jej wzrost odnotować można było w 2015 r., natomiast liczba rannych wzrastała w latach 2014–2016. Analiza ta wskazuje, że w 2014 r. nastąpił wzrost wszystkich analizowanych zmiennych względem roku poprzedniego. W wielu opracowaniach podkreśla się, że postęp w zakresie poprawy bezpieczeństwa w ruchu drogowym w krajach UE względem lat poprzednich uległ spowolnieniu od 2013 r.

Tabela 1

**Liczba wypadków powodujących obrażenia ciała (uszczerbki na zdrowiu)
lub śmierć w krajach członkowskich Unii Europejskiej w latach 2010–2019**

Państwo	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Austria	35 348	35 129	40 831	38 502	37 957	37 960	38 466	37 402	36 846	35 736
Belgia	45 745	89 880	82 316	41 347	41 474	40 300	40 123	38 025	38 455	37 699
Bułgaria	6610	6638	6716	7016	7019	7226	7404	6888	6684	6730
Chorwacja	13 274	13 229	11 774	11 228	10 607	11 038	10 779	10 939	10 450	9694
Cypr	1198	1058	919	774	758	660	650	608	499	–
Czechy	19 675	20 487	20 503	20 342	21 054	21 561	21 387	21 263	21 890	20 806
Dania	3498	3525	3124	2984	2881	2853	2882	2789	2964	2808
Estonia	1348	1508	1383	1382	1436	1391	1467	1405	1474	1413
Francja	67 288	65 024	60 437	56 812	58 191	56 600	57 515	58 609	55 762	56 006
Finlandia	6072	6408	5725	5334	5299	5185	4752	4432	4312	4002
Grecja	15 032	13 849	12 398	12 109	11 690	11 440	11 318	10 848	10 737	10 712
Hiszpania	85 503	83 027	83 115	89 519	91 570	97 756	102 362	102 233	10 2299	10 4080
Holandia	10 778	5134	4966	9522	13 358	18 523	18 749	18 706	19 270	19 046
Irlandia	5779	5230	5610	4976	5796	5831	5877	–	–	–
Litwa	3530	3266	3392	3391	3256	3031	–	–	–	–
Luksemburg	876	962	1019	949	908	983	941	955	947	987
Łotwa	3193	3386	3358	3489	3728	3692	3792	3875	3975	3729
Malta	577	1140	1270	1208	1449	1377	1437	1497	1346	–
Niemcy	288 297	306 266	299 637	291 105	302 435	305 659	308 145	302 656	308 721	300 143
Polska	38 832	40 069	37 046	35 847	34 970	32 967	33 664	32 760	31 674	30 288
Portugalia	35 426	32 541	29 867	30 339	30 604	31 953	32 299	34 416	35 816	–
Rumunia	25 995	26 647	26 928	24 827	25 355	28 944	30 751	31 106	30 202	31 146
Słowacja	6131	5775	5370	5111	5064	5172	5273	5330	5335	5105

Słowenia	7659	7257	6857	6568	6263	6578	6494	6185	6013	6023
Szwecja	16 627	16 274	16 636	14 942	13 091	14 703	14 086	14 951	14 233	13 684
Węgry	16 308	15 827	15 174	15 691	15 847	16 331	16 627	16 489	16 951	16 627
Włochy	212 997	205 638	188 228	181 660	177 031	174 539	175 791	174 933	172 553	172 183
Unia Europejska	973 596	1 015 174	974 599	916 974	929 091	944 253	956 062	948 208	948 316	935 216

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Annual statistical report on road safety in the EU 2020”.

Liczba wypadków powodujących obrażenia lub śmierć w poszczególnych krajach członkowskich UE jest różna, co jest uzależnione od wielu zmiennych. Należy przede wszystkim podkreślić, że poszczególne państwa w różny sposób gromadzą i analizują dane statystyczne dotyczące wypadków drogowych i ich skutków. Nawet zaprezentowana tabela jest niekompletna, ponieważ nie wszystkie państwa (np. w 2019 r. były to: Cypr, Irlandia, Litwa, Malta, Portugalia¹⁶) dostarczają odpowiednie dane w przedmiotowym zakresie. Co więcej, w poszczególnych krajach, z uwagi na różne systemy prawne i statystyczne, inaczej definiowany jest wypadek (zdarzenie drogowe, kolizja itp.) oraz jego skutki. Ponadto nie bez znaczenia jest wielkość państwa oraz jego populacja (w większych krajach dochodzi częściej do wypadków, a tym samym, niestety, jest więcej ofiar). Nie można tutaj zapominać także o infrastrukturze drogowej, która nie jest jednolita w krajach UE, a to z kolei wiąże się m.in. z tym, jak szybko służby ratownicze są w stanie dotrzeć i pomóc ofiarom wypadków drogowych. Często to kraje Europy Środkowo-Wschodniej podawane są jako te z gorszą infrastrukturą drogową. Wyjaśnienia takiego stanu można upatrywać m.in. w fakcie dołączenia tych państw dopiero w 2004 r. (Polska, Czechy, Słowacja, Węgry, Litwa, Łotwa, Estonia, Słowenia), a nawet w 2007 r. (Bułgaria, Rumunia) do struktur UE. Wiąże się to z późniejszym pozyskaniem funduszy wspólnotowych na rzecz poprawy bezpieczeństwa drogowego, a tym samym z późniejszym np. rozbudowywaniem i polepszaniem infrastruktury. Warto mieć również na uwadze fakt, czy przez dane państwo wiodą główne szlaki komunikacyjne, czy jest duże nasilenie ruchu tranzytowego. Nasilony ruch tranzytowy, a zatem liczne samochody ciężarowe na drogach, wpływają na bezpieczeństwo drogowe. Po pierwsze, niechronieni uczestnicy ruchu drogowego, a nawet kierowcy i pasażerowie samochodów osobowych uczestniczący w wypadku z udziałem samochodu ciężarowego (większego gabarytowo, cięższego), są bardziej narażeni na uszczerbki na zdrowiu, a nawet śmierć. Po drugie, mimo regulacji prawnych odnoszących się do czasu pracy kierowców tych pojazdów, są oni bardzo często zmęczeni, niewyspani, co wpływa na ich zachowania na drodze. Rodzaj i charakter użytkowników dróg oraz pojazdy

¹⁶ W takiej sytuacji do zestawienia ogólnego dla wszystkich krajów członkowskich UE brane są dane dostępne za ostatni rok, w którym to państwo przesłało odpowiednie informacje.

(samochody osobowe, rowery, skutery, komunikacja miejska), którymi się poruszają, także należy uwzględnić, analizując zwłaszcza kategorie ofiar wypadków. Niezwykle istotną rolę w zapewnianiu bezpieczeństwa ruchu drogowego pełni świadomość i „styl bycia” (drogowej kultury prawnej) uczestników ruchu drogowego, a także kampanie społeczne dotyczące bezpieczeństwa drogowego.

Co więcej, czynniki pogodowe wpływają także na bezpieczeństwo ruchu drogowego, a zatem położenie geograficzne, z którym wiąże się pogoda – to zmienne, jakie należy uwzględnić, zestawiając ze sobą dane z poszczególnych państw. W państwach leżących na północy Europy dochodzi rzadziej do wypadków drogowych, ponieważ tam szybciej zapada zmrok, często warunki pogodowe są gorsze (śnieg, deszcz, mgła), a to wpływa na zachowanie większej ostrożności uczestników ruchu drogowego. Natomiast w krajach położonych w cieplejszych regionach Europy sprzyjające warunki atmosferyczne i późniejsze zachody słońca przyczyniają się do dłuższej dobowej aktywności na drogach, a także pewności kierowców co do swoich umiejętności (brak niesprzyjających warunków pogodowych wpływa na to). Niestety, jest to niekiedy bardzo zgubne w skutkach, bowiem w dobrych warunkach pogodowych dochodzi do największej liczby wypadków drogowych (w Polsce również¹⁷).

W zdecydowanej większości krajów członkowskich UE liczba zdarzeń w ruchu drogowym, które kończą się śmiercią lub zranieniem ich uczestników, charakteryzuje się trendem spadkowym. Nie jest to jednak spadek, który zadowalałby podmioty zajmujące się bezpieczeństwem w ruchu drogowym. Zarówno WHO, jak i UE czy instytucje poszczególnych państw podkreślają, że w XXI w. przy tak wysokim poziomie rozwoju technologicznego spadek ten powinien być zdecydowanie bardziej zauważalny. Warto jednak pamiętać, że z roku na rok coraz więcej pojazdów uczestniczy w ruchu drogowym i nieuniknione są zdarzenia, jednak istotne jest, by nie kończyły się śmiercią osób.

Tabela 2

**Liczba ofiar śmiertelnych w krajach członkowskich Unii Europejskiej
w latach 2010–2019**

Państwo	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Austria	552	523	531	455	430	479	432	414	409	416
Belgia	850	862	770	764	745	762	670	609	604	646
Bulgaria	776	656	601	601	660	708	708	682	610	628
Chorwacja	426	418	390	368	308	348	307	331	317	297
Cypr	60	71	51	44	45	57	46	53	49	52

¹⁷ Zob. więcej: *Raporty KGP na temat wypadków drogowych w Polsce*, opracowania dostępne pod adresem: www.statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,wypadki-drogowe-raporty-roczne.html (data dostępu: 25.10.2021).

Czechy	802	772	742	655	688	734	611	577	656	618
Dania	255	220	167	191	182	178	211	175	171	199
Estonia	79	101	87	81	78	67	71	48	67	52
Francja	3992	3963	3653	3268	3384	3461	3471	3444	3246	3244
Finlandia	272	292	255	258	229	270	258	238	239	211
Grecja	1258	1141	988	879	795	793	824	731	700	696
Hiszpania	2479	2060	1902	1680	1688	1689	1810	1830	1806	1755
Holandia	537	546	562	476	477	531	533	535	598	586
Irlandia	212	186	162	188	193	162	182	155	139	140
Litwa	299	296	302	256	267	242	192	191	173	184
Luksemburg	32	33	34	45	35	36	32	25	36	22
Łotwa	218	179	177	179	212	188	158	136	148	132
Malta	13	16	9	17	10	11	23	19	18	16
Niemcy	3648	4009	3600	3339	3377	3459	3206	3180	3275	3046
Polska	3908	4189	3571	3357	3202	2938	3026	2831	2862	2909
Portugalia	937	891	718	637	638	593	563	602	700	647
Rumunia	2377	2018	2042	1861	1818	1893	1915	1951	1867	1864
Słowacja	371	325	352	251	295	310	275	276	260	270
Słowenia	138	141	130	125	108	120	130	104	91	102
Szwecja	266	319	285	260	270	259	270	253	324	221
Węgry	740	638	606	591	626	644	607	625	633	602
Włochy	4114	3860	3753	3401	3381	3428	3283	3378	3334	3173
Unia Europejska	29 611	28 754	26 509	24 226	24 140	24 358	23 800	23 400	23 300	22 700

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Annual statistical report on road safety in the EU 2020”.

Zestawiając dane z tabeli nr 1 z danymi z tabeli nr 2, można zauważyć, że w państwach, gdzie jest dużo wypadków drogowych, np. we Francji, Włoszech czy w Niemczech, jest także dużo ofiar śmiertelnych tych zdarzeń. Warto jednak odnotować, że ogólny trend liczby ofiar śmiertelnych wypadków drogowych w krajach członkowskich, jak i tym samym ogólny w UE, ma charakter spadkowy. Porównując dane dotyczące liczby ofiar śmiertelnych w poszczególnych krajach w 2010 r. z tymi z 2019 r., można zauważyć, że największy spadek nastąpił w Grecji, bo aż o 45%. Jest to pokłosie kryzysu gospodarczego, jaki dotknął to państwo w ostatnich latach. Wpłynął on na spadek liczby przejechanych przez Greków kilometrów, ponieważ ludzie – głównie młodzi – zaczęli używać pojazdów w sposób bardziej zachowawczy i oszczędny (zrezygnowali z nadmiernej prędkości w wyniku ograniczeń budżetu osobistego). Takie podejście wpłynęło na spadek natężenia ruchu oraz liczby ofiar

wypadków drogowych. Ponadto ten znaczny spadek można również przypisać modernizacji sieci głównych dróg, w ramach której powstało ponad 500 km nowych lub zmodernizowanych autostrad, jakie od 2016 r. zastąpiły drogi krajowe o wysokim wskaźniku śmiertelności¹⁸.

Bardzo duży spadek liczby ofiar śmiertelnych w latach 2010–2019 odnotowano także w Estonii – o 34%, Irlandii – o 34%, Portugalii – o 31%, Luksemburgu – o 31%, Chorwacji – o 30%, Hiszpanii – o 30%, oraz na Łotwie 40% i na Litwie – o 39%. W kolejnej grupie państw spadek nastąpił o 20 i więcej procent, a były to: Dania (-22%), Finlandia (-23%), Włochy (-23%), Czechy¹⁹ (-23%), Belgia (-24%), Austria (-25%)²⁰, Polska (-26%), Rumunia (-22%), Słowenia (-26%), Słowacja (-27%). Do ostatniej grupy państw, w których spadek liczby ofiar śmiertelnych był mniejszy niż 20%, zaliczają się: Bułgaria (-19%), Cypr (-13%), Niemcy (-17%), Francja (-19%), Węgry (-19%), Szwecja (-17%). Odnosząc się do wszystkich krajów Unii Europejskiej, należy podkreślić, że w 2019. r. było prawie o 7000 mniej ofiar śmiertelnych niż w 2010 r., jest to zatem spadek o 23%.

W dwóch krajach nastąpił wzrost liczby ofiar śmiertelnych wypadków drogowych. Pierwszym z nich jest Holandia, tam w 2010 r. zginęło na drogach 537 osób, zaś w 2019 r. – 586, jest to wzrost o 9%. Holandia podjęła już działania w tej kwestii; w 2018 r. zaczęła wprowadzać w życie trzecią edycję planu związanego ze zrównoważonym bezpieczeństwem w ruchu drogowym, chcąc jednocześnie dążyć do osiągnięcia zerowej liczby ofiar śmiertelnych. Tamtejszy rząd – wiedząc, jak ważne w przedmiotowym zakresie jest dofinansowanie – przeznaczył pół miliarda euro na inwestycje związane z poprawą infrastruktury, jakie będą realizowane przez najbliższe 10 lat²¹. Drugim krajem ze wzrostem omawianej zmiennej – o 23% – jest Malta. Jednakże Europejskie

¹⁸ International Transport Forum, *Road Safety Report 2020. Greece*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/greece-road-safety.pdf (data dostępu: 25.10.2021).

¹⁹ W Czechach jednym z elementów profilaktyki wypadków drogowych jest prawo dotyczące prowadzenia pojazdu pod wpływem alkoholu. Obowiązuje tam zerowy limit alkoholu dla wszystkich kierowców, podobnie jak na Węgrzech i w Słowacji. Są to najbardziej rygorystyczne rozwiązania w tym zakresie wśród krajów członkowskich UE. Zob. *The legal limit*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/specialist/knowledge/alcohol/prevalence_amp_rate_of_alcohol_consumption/the_legal_limit_en (data dostępu: 25.10.2021).

²⁰ Program bezpieczeństwa ruchu drogowego w Austrii na lata 2011–2020 miał m.in. na celu uczynienie tego kraju jednym z pięciu najbezpieczniejszych w Europie. Przyczyną wielu wypadków w Austrii jest nadmierna prędkość, np. w 2019 r. aż do 25% śmiertelnych wypadków drogowych miało miejsce z tego powodu. Dlatego kraj ten stawia na zwiększenie kontroli prędkości, dokonywanych nie przez policjantów – ponieważ są braki kadrowe, a w sposób zautomatyzowany, czyli odcinkowe pomiary prędkości. Co więcej, kraj ten – celem poprawy bezpieczeństwa drogowego – wprowadził obowiązek posiadania przez kierowców Ubera takich samych licencji, jakie posiadają zawodowi taksówkarze, które są wydawane dopiero po ukończeniu stosowanego szkolenia. Zob. więcej: International Transport Forum, *Road Safety Report 2020. Austria*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/austria-road-safety.pdf (data dostępu: 25.10.2021).

²¹ *Ranking EU Progress On Road Safety. 14th Road Safety Performance Index Report*, European Transport Safety Council 2020, s. 15, www.etsc.eu/wp-content/uploads/14-PIN-annual-report-FINAL.pdf (data dostępu: 27.09.2021).

Obserwatorium Ruchu Drogowego w swoim raporcie zauważa, że fakt ten często jest pomijany i niepodkreślany, ponieważ w kraju tym liczba ofiar śmiertelnych w wypadkach drogowych jest niewielka i co roku podlegają wahaniom.

Tabela 3

Liczba ofiar śmiertelnych na milion mieszkańców w krajach członkowskich Unii Europejskiej w latach 2010–2019

Państwo	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Austria	66	62	63	54	51	56	50	47	46	47
Belgia	78	80	75	69	67	68	59	54	53	56
Bulgaria	105	89	82	83	91	98	99	96	87	90
Chorwacja	99	97	91	86	73	82	73	80	77	73
Cypr	73	85	59	51	52	67	54	62	57	59
Czechy	77	74	71	62	65	70	58	55	62	58
Dania	46	40	30	34	32	31	37	30	30	34
Estonia	59	76	66	61	59	51	54	36	51	39
Finlandia	51	54	47	48	42	49	47	43	43	38
Francja	64	63	58	51	53	54	54	53	50	50
Grecja	113	103	89	80	73	73	76	68	65	65
Hiszpania	53	44	41	36	36	36	39	39	39	37
Holandia	32	33	34	28	28	31	31	31	35	34
Irlandia	47	41	36	41	41	35	39	32	29	29
Litwa	95	97	101	86	91	83	66	67	62	66
Luksemburg	64	64	65	84	64	64	56	42	60	36
Łotwa	103	86	87	88	106	95	80	70	77	69
Malta	31	39	22	40	23	25	51	41	38	32
Niemcy	45	50	45	41	42	43	39	39	40	37
Polska	103	110	94	88	84	77	80	75	75	77
Portugalia	89	84	68	61	61	57	54	58	68	63
Rumunia	117	100	102	93	91	95	97	99	96	96
Słowacja	69	60	65	46	54	57	51	51	48	50
Słowenia	67	69	63	61	52	58	63	50	44	49
Szwecja	28	34	30	27	28	27	27	25	32	22
Węgry	74	64	61	60	63	65	62	64	65	62
Włochy	70	65	63	57	56	56	54	56	55	53
Unia Europejska	67	66	60	55	55	55	54	53	53	51

Źródło: opracowanie własne na podstawie „Annual statistical report on road safety in the EU 2020”.

Analizując liczbę ofiar śmiertelnych na milion mieszkańców w krajach członkowskich UE, należy zwrócić uwagę na Holandię i Maltę. Są to kraje, które wymieniono jako te, gdzie w latach 2010–2019 nastąpił wzrost liczby ofiar śmiertelnych. Niemniej jednak w przeliczeniu na milion mieszkańców są to państwa (razem ze Szwecją), gdzie ten przelicznik jest najniższy. W 2019 r. w Szwecji były 22 ofiary śmiertelne na milion mieszkańców, na Malcie – 32, zaś w Holandii – 34. Odnotować należy, że w 2010 r. w pięciu krajach: Rumunii (117), Grecji (113), Bułgarii (105), na Łotwie i w Polsce (po 103) liczba ofiar śmiertelnych na milion mieszkańców przekraczała 100, natomiast w 2019 r. zmienna ta nie przekroczyła wskazanego progu w żadnym państwie; największa była w Rumunii i wynosiła 96.

Dane zbiorcze dotyczące ofiar śmiertelnych na milion mieszkańców dla całej Unii Europejskiej zawarte w tabeli 3 odzwierciedlają sytuację bez Wielkiej Brytanii. Po brexicie ogólna liczba zgonów w wyniku wypadków drogowych nieuchronnie zmalała, jednakże wskaźnik na milion mieszkańców wzrósł ze względu na fakt, że kraj ten ma stosunkowo dobre wyniki w zakresie bezpieczeństwa. W 2019 r. liczba ofiar śmiertelnych na milion mieszkańców wynosiła 51, a jeżeli uwzględnionoby Wielką Brytanię, byłoby to 48. Podobnie w 2010 r. dla całej UE wskaźnik ten wynosił 67, zaś po uwzględnieniu danych brytyjskich, było to 63.

Warto jeszcze przyrzeć się tym krajom, w których w 2019 r. zarejestrowano więcej niż 1000 ofiar śmiertelnych w wyniku wypadków drogowych. Zaliczają się do nich: Francja²² (zginęły 3244 osoby; 50 ofiar na milion mieszkańców; populacja²³ – 67,3 mln), Włochy (zginęły 3173 osoby; 53 ofiary na milion mieszkańców; populacja – 59,7 mln), Niemcy (zginęło 3046 osób; 37 ofiar na milion mieszkańców; populacja – 83,1 mln), Polska (zginęło 2909 osób; 77 ofiar na milion mieszkańców; populacja – 38,0 mln), Rumunia (zginęły 1864 osoby; 96 ofiar na milion mieszkańców; populacja – 19,4 mln), Hiszpania (zginęło 1755 osób; 37 ofiar na milion mieszkańców; populacja – 47,1 mln). Jak widać, mimo że w tych państwach zginęło więcej osób niż w pozostałych należących do UE, to w przeliczeniu na milion mieszkańców nie były to zawsze państwa z największymi współczynnikami. Można zatem stwierdzić, że wpływ na omawianą zmienną mają różne czynniki, zarówno te *stricte* związane z bezpieczeństwem w ruchu drogowym (infrastruktura, wiek pojazdów, egzekwowanie przepisów itp.), jak też populacja danego kraju. Europejskie Obserwatorium Ruchu Drogowego podkreśla często, że widoczna jest tendencja do

²² Francja od lat boryka się z problemem śmiertelnych wypadków drogowych powodowanych przez osoby znajdujące się pod wpływem alkoholu lub narkotyków, np. w 2019 r. aż 23% ofiar śmiertelnych było wynikiem wypadków spowodowanych przez kierowców znajdujących się pod wpływem narkotyków. Zob. International Transport Forum, *Road Safety Report 2020. France*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/france-road-safety.pdf (data dostępu: 25.10.2021).

²³ Dane dotyczące populacji poszczególnych państw pochodzą z bazy *The World Bank*, www.data.worldbank.org/ (data dostępu: 27.09.2021).

niższych wskaźników śmiertelności na północy niż na południu Europy i niższych na zachodzie niż wschodzie, co stanowi efekt różnych zmiennych, m.in. uwarunkowań geograficznych (związanych z tym warunków atmosferycznych), historycznych czy polityki w zakresie bezpieczeństwa ruchu drogowego²⁴.

Wśród ofiar śmiertelnych wypadków drogowych w krajach Unii Europejskiej w 2019 r. największą grupę stanowili kierowcy i pasażerowie samochodów – 44,2% wszystkich ofiar. Drugą co do wielkości grupą byli piesi – 20,2%, trzecią zaś motocykliści i ich pasażerowie – 15,6%. Najwyższy odsetek motocyklistów zabitych w wypadkach drogowych w 2019 r. był w Grecji (21,3 na milion mieszkańców), na Cyprze (18,3) i na Malcie (16,8 – dane z 2018 r.). Chcąc wyjaśnić, dlaczego w tych krajach ginie najwięcej motocyklistów, wskazać należy, że korzystanie z motocykli jest uzależnione od pogody i tam, gdzie jest słonecznie i ciepło, ludzie często wybierają właśnie ten środek lokomocji. Ponadto wskazane kraje co roku przyjmują dużą liczbę turystów, a wielu z nich wynajmuje motocykle podczas wakacji, zwiększając w ten sposób liczbę motocyklistów na drogach. Rowerzyści stanowili 9% śmiertelnych ofiar zdarzeń drogowych, jednakże – jak podaje Eurostat, analizujący również dane CARE – niektóre wypadki z udziałem rowerzystów nie są prawdopodobnie zgłaszane policji, a zatem istnieje duże prawdopodobieństwo, że ten odsetek jest zaniżony. Co więcej, w UE rośnie popularność jazdy rowerem (podyktowane jest to m.in. większą świadomością ekologiczną czy niechęcią stania w korkach) i mimo coraz lepszej infrastruktury, liczba rowerzystów, którzy giną w wypadkach drogowych w niektórych krajach, jest z roku na rok większa. Holandia²⁵, znana z tego, że jest przyjazna rowerzystom i inwestuje w infrastrukturę rowerową, odnotowała w 2019 r. stosunkowo wysoki wskaźnik zgonów wśród rowerzystów wynoszący 8,6 na milion mieszkańców (rok wcześniej zmienna ta wynosiła 7,1). Warto w tym miejscu wskazać, że w Holandii w 2017 r. (po raz pierwszy), później w 2020 r., odnotowaną większą liczbę ofiar śmiertelnych w wyniku wypadków drogowych wśród rowerzystów aniżeli kierowców i pasażerów pojazdów. W 2019 r. najwyższa liczba rowerzystów zabitych w wypadkach drogowych na milion mieszkańców była w Rumunii (10,2), a następnie w Holandii (8,6) i Belgii (8,3)²⁶. Nie sposób nie wspomnieć o pozytywnej in-

²⁴ Europejskie Obserwatorium Ruchu Drogowego, *Traffic Safety Basic Facts 2018. Main Figures*, s. 5, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/pdf/statistics/dacota/bfs2018_main_figures.pdf (data dostępu: 27.09.2021).

²⁵ Zob. Institute for Road Safety Research, *Road deaths in the Netherlands*, www.swov.nl/en/facts-figures/factsheet/road-deaths-netherlands.

²⁶ We wszystkich wymienionych krajach nie ma obowiązku zakładania kasku podczas jazdy rowerem. Nie jest to oczywiście jedyna zmienna wpływająca na poziom bezpieczeństwa tej kategorii użytkowników dróg, jednakże w sytuacji, kiedy jest tak wiele pośród nich ofiar śmiertelnych, wydaje się, że obowiązek w tym zakresie powinien stać się przedmiotem regulacji prawnych. Zob. więcej: *Going abroad* – strona poświęcona regulacjom prawnym w zakresie ruchu drogowego państw członkowskich UE, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/going_abroad/index_en.htm (data dostępu: 27.10.2021).

formacji z 2019 r. z Luksemburga, w którym nie odnotowano oficjalnie żadnego wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym z udziałem rowerzysty. Pozostały odsetek (niespełna 11%) ofiar śmiertelnych w UE podróżowało: samochodami dostawczymi małymi (lekkimi) – 3,6% lub dużymi (ciężkimi) – 2%, motorowerami – 2,7%, autobusami i autokarami – 0,5% lub były to osoby podróżujące innymi pojazdami (np. ciągnikami rolniczymi) – 2,1%²⁷.

Podsumowanie

Kończąc rozważania na temat bezpieczeństwa w ruchu drogowym w UE, odnieść należy się do wstępnych danych za rok 2020, które bezsprzecznie wskazują, że trend spadkowy w liczbie ofiar śmiertelnych został utrzymany. Unia Europejska szacuje, że w wyniku zdarzeń drogowych w 2020 r. zginęło 18 800 osób – jest to mniej o 17% względem roku 2019. Średnio w UE w minionym roku zginęło w wyniku wypadków 42 osoby na milion mieszkańców (w 2019 r. było to 51 osób). Spadek ten jest zapewne pokłosiem pandemii COVID-19, w wyniku której zmniejszyło się natężenie ruchu, jednak w rzeczywistości trudno jest ocenić, jak duży wpływ pandemia miała na ruch drogowy. Mimo odnotowanego tak dużego spadku ofiar śmiertelnych, nie został osiągnięty cel założony dla minionej dekady (nie więcej niż 15 750 ofiar śmiertelnych w 2020 r.), zatem UE podkreśla, że potrzebne są dalsze wspólne działania²⁸.

Analizując bezpieczeństwo drogowe w UE, nie sposób nie wspomnieć o działaniach podejmowanych na arenie międzynarodowej. Na 3 Globalnej Konferencji Ministerialnej o Bezpieczeństwie Ruchu Drogowego (*3rd Global Ministerial Conference on Road Safety in Stockholm*) w Sztokholmie, która odbyła się w dniach 19–20 lutego 2020 r., Szwecja przy wsparciu Komisji Europejskiej przedstawiła Deklarację sztokholmską. Dokument ten zawiera wytyczne na nadchodzące dziesięciolecie i toruje drogę dalszemu globalnemu zaangażowaniu politycznemu, w tym dla nowego celu ograniczenia liczby ofiar śmiertelnych i rannych do 2030 r. W związku z tym w Deklaracji podkreślono m.in. konieczność: tworzenia bezpiecznego systemu drogowego; angażowania instytucji rządowych i pozarządowych oraz przedstawicieli wszystkich uczestników ruchu w tworzenie strategii i planów działań na rzecz bezpieczeństwa ruchu drogowego zarówno na szczeblu krajowym jak i lokalnym; zwrócenia szczególnej uwagi na zapewnienie bezpieczeństwa niechronionym uczestnikom ruchu²⁹.

²⁷ Eurostat, *Road accident fatalities – statistics by type of vehicle*, www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Road_accident_fatalities_-_statistics_by_type_of_vehicle (data dostępu: 27.09.2021).

²⁸ *Drogi w UE: mniej ofiar*, www.ec.europa.eu/poland/news/210420_safe_roads_pl (data dostępu: 27.09.2021).

²⁹ *The 3rd Global Ministerial Conference on Road Safety has come to an end. Now the real work begins!*, www.roadsafetysweden.com (data dostępu: 27.09.2021).

Przeprowadzone w niniejszym opracowaniu analizy miały na celu opisanie wybranych aspektów bezpieczeństwa drogowego w krajach członkowskich UE. W związku z tym zaprezentowano działania UE na rzecz poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz dokonano analiz danych statystycznych z zakresu wypadków drogowych i ich skutków. Rozważania te dowodzą, że poprawa bezpieczeństwa drogowego w Europie jest bezspornym faktem, na co wskazuje ogólny spadkowy trend liczby zdarzeń w ruchu drogowym oraz ofiar śmiertelnych. Jednakże poziom postępu w tym zakresie pozostawia niedosyt, co pokazuje, że proces poprawy bezpieczeństwa drogowego jest bardzo trudny i skomplikowany, stąd kolejne działania i inicjatywy podejmowane są nie tylko na poziomie regionalnym, ale też krajowym (państwa opracowują krajowe programy poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego na kolejne dekady). Aktywności te to nie tylko powtarzanie i próba osiągnięcia już wyznaczonych (jednak nieosiągniętych) celów, lecz także wyznaczanie nowych – związanych z zagrożeniami pojawiającymi się XXI w.

Do tego rodzaju problemów współcześnie zalicza się korzystanie z telefonów komórkowych przez uczestników ruchu drogowego, np. w 2019 r. we Francji rozproszona uwaga z powodu korzystania z telefonu komórkowego została odnotowana jako czynnik przyczyniający się do 11% śmiertelnych wypadków. Innym szeroko omawianym aktualnie zjawiskiem, który doczekał się już pierwszych uregulowań prawnych, jest korzystanie z urządzeń mikromobilności (np. elektrycznych rowerów, hulajnóg czy skuterów). Przykładowo we Włoszech w 2020 r. uchwalono przepisy dotyczące korzystania z tych urządzeń, wprowadzając ograniczenia wiekowe dotyczące jazdy na nich oraz zobowiązujące dzieci poniżej 18 roku życia do zakładania kasków. Z uwagi na starzejące się społeczeństwa, wiele krajów podejmuje działania na rzecz poprawy bezpieczeństwa starszych uczestników ruchu drogowego, np. jednym z celów polityki transportowej Niemiec jest ułatwienie wszystkim obywatelom bezpiecznej mobilności, przy jednoczesnym uczynieniu jej przyjazną dla środowiska i zmniejszeniu jej wpływu na zmiany klimatyczne. Z danych podmiotów zajmujących się bezpieczeństwem drogowym wynika, że współcześnie większość wypadków ma miejsce na drogach poza miastem i poza autostradami. W 2017 r. w UE średnio około 8% śmiertelnych wypadków drogowych miało miejsce na autostradach, 37% wydarzyło się na obszarach miejskich, a aż 55% na drogach wiejskich³⁰. Stan ten wymaga więc programów uwzględniających wdrażanie rozwiązań z zakresu bezpieczeństwa drogowego na tzw. obszarach wiejskich.

Podsumowując, należy podkreślić, że celem poprawy bezpieczeństwa drogowego, w tym zmniejszenia liczby wypadków drogowych oraz ich ofiar śmiertelnych, należy kontynuować wymienione powyżej przykładowe aktywności,

³⁰ Komisja Europejska, *Road Safety in the European Union. April 2018*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/vademecum_2018.pdf (data dostępu: 25.10.2021).

podejmować działania na rzecz podniesienia świadomości obywateli europejskich oraz zwiększenia zaangażowania europejskich decydentów zarówno politycznych na różnych szczeblach władzy, jak i z sektora prywatnego do dalszych wysiłków na rzecz zapobiegania zdarzeniom w ruchu drogowym.

Wykaz literatury

- Čabarkapa M., *Road Safety: From Global to Local and Vice Versa*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2019.
- Drogi w UE: mniej ofiar*, www.ec.europa.eu/poland/news/210420_safe_roads_pl.
- European Road Safety Observatory, *Annual statistical report on road safety in the EU 2020*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/pdf/statistics/dacota/asr2020.pdf.
- Europejskie Obserwatorium Ruchu Drogowego, *Traffic Safety Basic Facts 2018. Main Figures*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/pdf/statistics/dacota/bfs2018_main_figures.pdf.
- Eurostat, *Road accident fatalities – statistics by type of vehicle*, www.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Road_accident_fatalities_-_statistics_by_type_of_vehicle.
- Going abroad*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/going_abroad/index_en.htm.
- WHO, *Global status report on road safety 2018*, www.who.int/publications/item/9789241565684.
- Institute for Road Safety Research, *Road deaths in the Netherlands*, www.swov.nl/en/facts-figures/factsheet/road-deaths-netherlands.
- International Transport Forum, *Road Safety Report 2020, Austria*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/austria-road-safety.pdf.
- International Transport Forum, *Road Safety Report 2020. France*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/france-road-safety.pdf.
- International Transport Forum, *Road Safety Report 2020. Greece*, www.itf-oecd.org/sites/default/files/greece-road-safety.pdf.
- Jamroz K., Żukowska J., Michalski L., *Wyzwania i kierunki działań na rzecz bezpieczeństwa ruchu drogowego w nadchodzącej dekadzie w Polsce*, „Transport Miejski i Regionalny” 2019, nr 1.
- Jamroz K., Żukowska J., *Problemy i wyzwania w zakresie bezpieczeństwa ruchu drogowego w Nowej Dekadzie*, „Transport Miejski i Regionalny” 2020.
- Komisja Europejska, *Road Safety in the European Union. April 2018*, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/vademecum_2018.pdf.
- Raczyńska-Buława E., *Bezpieczeństwo w ruchu drogowym w Europie – założenia polityki UE i ocena podejmowanych działań z perspektywy danych statystycznych*, „Autobusy” 2016, nr 10.
- Ramy polityki bezpieczeństwa ruchu drogowego UE na lata 2021–2030 – Kolejne kroki w kierunku realizacji „wizji zero”, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/default/files/move-2019-01178-01-00-pl-tra-00f.pdf.
- Ranking EU Progress On Road Safety. 14th Road Safety Performance Index Report*, European Transport Safety Council 2020, www.etsc.eu/wp-content/uploads/14-PIN-annual-report-FINAL.pdf.

Raporty KGP na temat wypadków drogowych w Polsce, www.statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,wypadki-drogowe-raporty-roczne.html.

Road Safety Exchange: Twelve EU Member States team up to improve road safety, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/road-safety-exchange-twelve-eu-member-states-team-improve-road-safety_en.

Road safety: Road Safety Action Programme (2003–2010), www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l24257.

The 3rd Global Ministerial Conference on Road Safety has come to an end. Now the real work begins!, www.roadsafetysweden.com.

The legal limit, www.ec.europa.eu/transport/road_safety/specialist/knowledge/alcohol/prevalence_amp_rate_of_alcohol_consumption/the_legal_limit_en.

The World Bank, www.data.worldbank.org/.

Summary

Road safety in the member states of the European Union

Keywords: European Union law, road safety, road accidents, fatalities.

The number of road accidents in the European Union has shown a downward trend for many years, as has the number of fatalities. The total number of road fatalities in 2010 in EU member states was 29 611, but in 2019 it was nearly 7000 lower, so there was a decrease of 23%. 44.2% of persons killed were passenger car occupants, while 20.2% were pedestrians in 2019. Despite the difficulties associated with collecting data on road incidents in EU member states and then analyzing them, these data allow the relevant institutions to determine the directions of policy for improving road safety. The EU in this area has for many years been developing programs, which include the so-called vision zero – that is, zero fatalities as a result of road accidents. Therefore, this study aimed to analyze statistics on road safety and actions taken to improve it.

Justyna Karaźniewicz

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-2276-6640

justynakarazniewicz@poczta.onet.pl

Nowy środek zapobiegawczy w postępowaniu karnym (art. 276a Kodeksu postępowania karnego)

Wprowadzenie

„Tarcze antykryzysowe”, czyli ustawy wprowadzające szczególne rozwiązania prawne w związku z przeciwdziałaniem i walką z pandemią wywołaną wirusem SARS-CoV-2, obejmowały swoimi rozwiązaniami nie tylko sferę gospodarki, ochrony zdrowia, finansów publicznych, szkolnictwa czy funkcjonowania systemu ochrony zdrowia. Znalazły się w nich także rozwiązania z zakresu postępowania karnego, choć mogłoby się wydawać, że ta dziedzina nie wymaga ingerencji pozwalającej na wprowadzenie regulacji prawnych, niezbędnych w czasie pandemii, poza ewentualną koniecznością dostosowania funkcjonowania organów procesowych do warunków zagrożenia epidemicznego. Jedną ze zmian wprowadzonych ustawami antycovidowymi jest dodany art. 276a k.p.k.¹, który wprowadza nowy środek zapobiegawczy, polegający na zakazie zbliżania się do pokrzywdzonego, zakazie kontaktów lub zakazie publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego. Przepis ten został wprowadzony ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (tzw. Tarcza 1.0)². Zakres jego stosowania został natomiast rozszerzony w ustawie określonej jako Tarcza 4.0 z dnia 19 czerwca 2020 r.³, poprzez uzupełnienie art. 276a k.p.k. o nowy § 1a.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 534), dalej jako k.p.k.

² Dz.U. z 2020 r., poz. 568.

³ Ustawa w sprawie dopłat do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz uproszczonego postępowania o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086).

Wprowadzenie nowego środka zapobiegawczego wymaga zbadania przesłanek, treści oraz trybu jego stosowania. Jest to możliwe dzięki analizie normatywnej przyjętych rozwiązań, jak również ustaleniu relacji tego nowego uprawnienia organów procesowych do pozostałych środków zapobiegawczych. W konsekwencji możliwe będzie rozstrzygnięcie, czy (a jeśli tak, to w jakim zakresie) art. 276a k.p.k. wprowadza nową jakość normatywną do rozwiązań karnoprosesowych i jaka jest jego praktyczna przydatność do realizacji celów środków zapobiegawczych przyjętych w Kodeksie postępowania karnego.

Wstępna analiza przesłanek oraz zakresu stosowania rozwiązań przyjętych w art. 276a k.p.k. sugeruje konieczność odrębnego odniesienia się do treści zawartych w § 1 i § 1a wskazanego przepisu. Wynika to nie tylko z wprowadzenia obu regulacji w innych aktach prawnych (Tarcza 1.0 i Tarcza 4.0), ale – jak zasygnalizowano – z odmiennego ukształtowania warunków prawnych stosowania środka zapobiegawczego w obu grupach sytuacji.

Przesłanki stosowania środka zapobiegawczego na podstawie art. 276a § 1 k.p.k.

Zgodnie z treścią art. 276a § 1 k.p.k. określony w nim środek zapobiegawczy można orzec wobec oskarżonego o przestępstwo popełnione w stosunku do członka personelu medycznego, w związku z wykonywaniem przez niego czynności opieki medycznej lub osoby przybranej personelowi medycznemu do pomocy w związku z wykonywaniem tych czynności. Brzmienie przepisu daje więc podstawę do stwierdzenia, że ustawodawca w sposób wyraźny wskazał dwie przesłanki stosowania wymienionych w nim zakazów. Oba ograniczają ich orzekanie do określonej grupy oskarżonych i kategorii zarzucanych im przestępstw. Warunki te muszą być spełnione kumulatywnie, co zmniejsza zakres stosowania nowego środka zapobiegawczego.

Pierwszy warunek ogranicza możliwość orzeczenia zakazów tylko wobec określonej grupy oskarżonych. Kryterium przyjętym przez ustawodawcę jest w tym wypadku podejrzenie popełnienia przestępstwa w stosunku do określonej kategorii osób: członka personelu medycznego lub osoby przybranej mu do pomocy. Kryterium to koncentruje się więc na osobie pokrzywdzonej przestępstwem. Drugi warunek, który powoduje dalsze ograniczenie stosowania omawianego środka zapobiegawczego, nakazuje wiązać przestępstwo popełnione przez oskarżonego w stosunku do wskazanych pokrzywdzonych z wykonywaniem przez nich czynności opieki medycznej (lub pomocy w związku z wykonywaniem takich czynności). Warto przy tym zauważyć, że drugie ze wskazanych kryteriów w żaden sposób nie ogranicza zachowania oskarżonego do przestępstw skierowanych przeciwko określonym, tylko wybranym dobrom prawnym pokrzywdzonego. Mogą to być więc przykładowo zarówno przestęp-

stwa przeciwko życiu, zdrowiu, wolności, jak też przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Jedynym wyznacznikiem jest w tym wypadku związek popełnienia czynu z wykonywaniem czynności opieki medycznej (lub pomocą w ich wykonywaniu). Należy także podkreślić, że związek ten nie musi być oparty na jednoczesności (czyli czasowym powiązaniu czynności opieki medycznej i zachowania oskarżonego). Znaczenie ma w tym wypadku związek funkcjonalny, co oznacza warunek, aby czynność opieki medycznej była motywem działania sprawcy⁴. Takie kryterium pozwala więc objąć zakresem stosowania zakazów zarówno sytuacje, w których czynność opieki medycznej czasowo wyprzedzała dokonanie przestępstwa oraz była z nim równoczesna, ale także te, w których dokonanie czynu poprzedzało podjęcie czynności opieki medycznej i było motywowane podjęciem jej przez pokrzywdzonego w przyszłości. Bez znaczenia jest także związek przestrzenny pomiędzy zachowaniem sprawcy a czynnościami opieki medycznej podejmowanymi przez pokrzywdzonego⁵.

Jak wskazano, zakazy określone w art. 276a k.p.k. mogą być stosowane tylko wobec oskarżonego, który popełnił przestępstwo w stosunku do określonych kategorii pokrzywdzonych. Przepis ten jednak nie definiuje pojęcia członka personelu medycznego. W doktrynie przyjmuje się, że jest nim osoba zatrudniona lub działająca jako wolontariusz w podmiocie leczniczym, biorąca udział w wykonywaniu, choćby pośrednio, działalności leczniczej, polegającej na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, które zgodnie z treścią art. 3 ustawy o działalności leczniczej składają się na działalność leczniczą⁶. Świadczenia zdrowotne to z kolei działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania (art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej)⁷. W literaturze wskazuje się, że istotę świadczeń zdrowotnych można wskazać w sposób opisowy (abstrakcyjny) oraz przez wyliczenie podstawowych typów świadczeń. Określenie opisowe wskazuje dwa elementy: cel wykonywania świadczeń zdrowot-

⁴ Konstrukcja ta przypomina stosowaną do określenia znamion niektórych typów czynów zabronionych (np. art. 222 k.k., art. 226 k.k., art. 228). Szerzej na temat takiej konstrukcji np. R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2016 r.*, „Ius Novum 2017”, nr 3, s. 212; J. Potulski, [w:] L. Gardocki (red.), *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, t. 8, seria: System Prawa Karnego, Warszawa 2013, s. 531.

⁵ Por. także R. Koper, *Art. 276a*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex (data dostępu: 25.03.2021).

⁶ K. Dudka, *Art. 276a*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex (data dostępu: 25.03.2021).

⁷ Por. też definicje zawarte w: art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1398), art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2020 r., poz. 514), art. 4 i art. 5 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2021 r., poz. 479).

nych oraz zawodowy charakter ich wykonywania⁸. Wykaz niektórych świadczeń zdrowotnych zawierał natomiast art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁹, obowiązujący do 1 lipca 2011 r. W ustaleniu kręgu osób zaliczanych do personelu medycznego mogą być także pomocne klasyfikacje zawodów i specjalności, które obejmują m.in. specjalistów do spraw zdrowia (np. lekarze, pielęgniarki, położne, ratownicy medyczni, diagnosty laboratoryjni), innych specjalistów ochrony zdrowia (np. fizjoterapeuci, epidemiolodzy, psychoterapeuci, koordynatorzy badań klinicznych)¹⁰. Pojęcie „członek personelu medycznego” jest więc pojęciem szerszym niż pojęcie „osoby wykonującej zawód medyczny” i może obejmować także np. salowe. Za personel medyczny uznać zatem należy wszystkie osoby, których praca polega bądź na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, bądź też ma związek z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i wykonywana jest w bezpośrednim kontakcie z pacjentami¹¹. Nie ulega więc wątpliwości, że środek zapobiegawczy określony w art. 276a k.p.k. może być zastosowany wobec oskarżonego o przestępstwo popełnione nie tylko wobec lekarzy, ale także pielęgniarek, ratowników medycznych, diagnostów i innych osób świadczących szeroko rozumianą opiekę medyczną. Trzeba także pamiętać, że zakres pokrzywdzonych został tu rozszerzony także na osoby przybrane personelowi medycznemu do pomocy, a więc osoby, które dobrowolnie i bezpłatnie udzielają pomocy w zakresie opieki medycznej (np. wolontariusze)¹².

Treść art. 276a k.p.k. wyszczególnia konieczność spełnienia jedynie wskazanych dwóch przesłanek – zarzutu popełnienia przestępstwa na szkodę członka personelu medycznego lub osoby przybranej mu do pomocy, przy jednoczesnym istnieniu związku funkcjonalnego pomiędzy popełnieniem przestępstwa a wykonywaniem przez pokrzywdzonego czynności opieki medycznej (lub pomocy w wykonywaniu takiej czynności). To jednak nie oznacza, że konstrukcja art. 276a k.p.k. wyczerpuje katalog przesłanek orzekania tego środka. Należy bowiem pamiętać, że stosowanie każdego środka zapobiegawczego podporząd-

⁸ M. Dercz, *Art. 2*, [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex (data dostępu: 25.03.2021) i podana tam literatura. Zob. także U. Walasek-Walczak, *Art. 2*, [w:] F. Grzegorzczak (red.), *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2013, Lex (data dostępu: 25.03.2021).

⁹ Dz.U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89.

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U. z 2018 r., poz. 227).

¹¹ Wyrok WSA w Lublinie z 18 listopada 2010 r., sygn. akt III SA/Lu 337/10, Lex nr 757110.

¹² Uzasadnienie autopoprawki do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 299-A z dnia 27 marca 2020 r., s. 15, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=299-A> (data dostępu: 25.03.2021).

owane jest ogólnym rygorom stosowania tych środków, określonym w przepisach k.p.k.

W związku z powyższym orzeczenie zakazów na podstawie art. 276a k.p.k. możliwe jest przede wszystkim tylko wówczas, gdy zebrane w sprawie dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił zarzucane mu przestępstwo. Konieczne jest więc wykazanie stanu uprawdopodobnienia zbliżonego do pewności, obejmującego zarówno sam fakt zaistnienia przestępstwa, jak i sprawstwo oskarżonego¹³. Poza przesłanką dowodową, ustawodawca wymaga także spełnienia jednej z przesłanek ogólnych, wskazujących na cel stosowania środków zapobiegawczych. Niezbędne jest zatem wykazanie, że zastosowanie środka zapobiegawczego jest konieczne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Wyjątkowo ustawodawca dopuszcza jednak stosowanie środków zapobiegawczych w celu pozaprocesowym, a więc w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego przestępstwa, jednak tylko pod warunkiem, że groźba popełnienia przestępstwa dotyczy przestępstwa określonego przez ustawodawcę jako „ciężkie” (art. 249 § 1 k.p.k.). Warto podkreślić, że w treści art. 276a k.p.k. ustawodawca nie zawarł żadnego sformułowania, które wskazywałoby na cel stosowania nowego środka. Odnosząc powyższe przesłanki celowościowe środków zapobiegawczych do istoty zakazów określonych w art. 276a k.p.k., można jednak sformułować przekonujący wniosek, że zakazy te mają – jeśli nie wyłącznie, to przede wszystkim – charakter pozaprocesowy, ukierunkowany na zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa.

Oznacza to w konsekwencji, że art. 276a k.p.k. poszerza katalog tych środków, które wykraczają poza zasadniczą ich funkcję, związaną z zabezpieczeniem prawidłowego przebiegu postępowania¹⁴. Trzeba przy tym jeszcze raz podkreślić, że prewencyjne środki zapobiegawcze powinny być stosowane tylko wyjątkowo, dla zapobiegania popełnieniu ciężkich przestępstw. W tym kontekście można mieć duże wątpliwości, czy zakazy określone w art. 276a k.p.k. spełniają wskazane kryteria. W szczególności dotyczą one bowiem szerokiego ka-

¹³ K. Dudka, *Art. 249*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 497; J. Izdorezyk, *Prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa oraz jego stopnie w polskim procesie karnym na podstawie k.p.k. z 1997 r.*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora J. Tylmana*, Warszawa 2011, s. 177–178; postanowienie SA w Warszawie z 11 sierpnia 2009 r., sygn. akt II AKz 1006/09, Lex nr 577594; postanowienie SA w Krakowie z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt II AKz 116/13, Lex nr 1321954; K. Marszał, S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2003, s. 341–342; R.A. Stefański, *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 3–4, s. 80; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 538.

¹⁴ Szerzej na temat realizacji tej funkcji środków zapobiegawczych zob. J. Karaźniewicz, *Zakres prewencyjnego stosowania środków przymusu procesowego – próba oceny tendencji rozwojowych*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Gdańsk 2018, s. 541–558.

talogu przestępstw, o których podejrzenie daje podstawę do zastosowania omawianych zakazów, a którym to jednocześnie środek taki powinien zapobiec. Tak szeroki zakres stosowania środka, obejmujący przestępstwa zagrażające różnym dobrom pokrzywdzonego i zagrożone bardzo różnymi sankcjami, powoduje, że w części wypadków trudno byłoby obronić tezę, że są one narzędziem „wyjątkowym” i zapobiegają popełnieniu „ciężkiego” przestępstwa¹⁵.

Treść środka zapobiegawczego określonego w art. 276a k.p.k.

Omawiany środek zapobiegawczy ma charakter nieizolacyjny, bowiem nie polega na pozbawieniu oskarżonego wolności, ale na ograniczeniu innych jego praw i swobód obywatelskich. Ustawodawca wskazał zamknięty katalog zakazów, które organ procesowy może orzec. Należą do nich: zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego na wskazaną odległość, zakaz kontaktów oraz zakaz publikacji (w tym za pośrednictwem systemów informatycznych lub sieci telekomunikacyjnych) treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego.

Słownikowe rozumienie zbliżania się obejmuje „przemieszczanie się w kierunku kogoś lub czegoś”¹⁶, „przysuwanie się do kogoś lub czegoś”¹⁷. Zachowanie takie ocenia się więc na podstawie obiektywnego kryterium zmniejszania odległości między osobami. Organ procesowy musi w decyzji ustalić odległość obejmującą zakaz zbliżania się, przy czym powinna ona uwzględniać realia faktycznego funkcjonowania obu osób (bliskie sąsiedztwo, wspólne miejsce pracy, uczęszczanie dzieci do tej samej szkoły)¹⁸. Drugim elementem zachowania oskarżonego, który podlega ocenie z punktu widzenia przestrzegania zakazu, jest świadomość i wola zbliżenia się do pokrzywdzonego. Złamanie zakazu oznacza tylko aktywne i intencjonalne działania podejmowane przez oskarżonego, nie jest nim natomiast przypadkowe, niezamierzone spotkanie na ulicy, w sklepie czy w innym miejscu. Zakaz zbliżania się nie obejmuje także innych form kontaktowania się osób np. przy użyciu poczty elek-

¹⁵ Por. także treść art. 258 § 2 i 3 k.p.k. oraz art. 275a i 275 § 3 k.p.k., które stanowią podstawę do uszczegółowienia wyjątkowego zastosowania środków zapobiegawczych w celach prewencyjnych.

¹⁶ H. Zgólkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 49, Poznań 2004, s. 89.

¹⁷ *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/zbli%C5%BCa%C4%87%20si%C4%99.html> (data dostępu: 25.03.2021); S. Szober, *Słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 1948, s. 631.

¹⁸ W literaturze słusznie wskazano, że w małych miejscowościach orzekanie takiego zakazu może doprowadzić do ograniczenia, a w skrajnych przypadkach nawet pozbawienia opieki medycznej oskarżonego. K. Eichstaedt, *Art. 276a*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2020, Lex (data dostępu: 25.03.2021).

tronicznej, wiadomości tekstowych SMS, listownie, anonimowo czy też za pomocą osób trzecich¹⁹.

Drugim zakazem, który może być orzeczony, jest zakaz kontaktów. Mimo braku wyraźnego dookreślenia, wydaje się, że analogicznie do zakazu zbliżania się chodzi tu o zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym. Kontaktować się to nawiązywać kontakt – „bliższe zetknięcie się z kimś lub z czymś”²⁰. Brzmienie przepisu nie precyzuje formy zakazanego kontaktu, nie wydaje się także, aby uprawnienie do ograniczenia niedozwolonej formy miał organ procesowy. Brak bowiem dookreślenia, że zakaz może dotyczyć kontaktowania się „w określony sposób” czy „w określonej formie”. Należy więc przyjąć, że zakaz obejmuje w każdym przypadku całkowity zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym, niezależnie od formy i okoliczności. Niedozwolone jest więc kontaktowanie się osobiste, jak i za pomocą środków technicznych (np. telefonu, poczty elektronicznej, przez SMS czy wiadomości wysyłane poprzez komunikatory). Słusznie także przyjmuje się, że przy ocenie zachowania oskarżonego nie ma znaczenia, czy kontakt inicjowała osoba, z którą oskarżony nie ma prawa się kontaktować, czy też on sam²¹.

Trzecim zakazem objętym analizowanym środkiem zapobiegawczym jest zakaz publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego, który wzorowany jest na znanym procedurze cywilnej zabezpieczeniu roszczenia o ochronę dóbr osobistych, polegającym na czasowym zakazie publikacji (art. 755 § 2 k.p.c.²²). Obejmuje on zakaz publikowania i innego udostępniania treści, niezależnie od tego, czy zostały one wytworzone przez oskarżonego, czy jakąkolwiek inną osobę. Należy przyjąć szeroką interpretację zakazu, obejmującą zakaz publikacji za pośrednictwem różnych środków społecznego przekazu, takich jak prasa, radio, telewizja, przekaz bezpośredni (także za pośrednictwem materiałów drukowanych), a także różne portale internetowe.

Współcześnie największe znaczenie wydaje się mieć zakaz publikowania za pośrednictwem systemów informatycznych lub sieci telekomunikacyjnych. Warto przy tym zauważyć, że świadczenie usługi drogą elektroniczną jako kanał publikacji objętej zakazem obejmuje wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowa-

¹⁹ J. Kosonoga, *Inne ograniczenia swobody niezbędne do wykonywania dozoru Policji*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 4, s. 51.

²⁰ *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/kontakt.html> (data dostępu: 25.03.2021).

²¹ J. Kosonoga, *Art. 276a*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex (data dostępu: 25.03.2021)

²² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz.1575).

na za pomocą sieci telekomunikacyjnej²³. Zakaz nie obejmuje natomiast przesyłania informacji przy użyciu poczty elektronicznej lub innego równorzędnego środka komunikacji elektronicznej między osobami fizycznymi w celach osobistych niezwiązanych z prowadzoną przez te osoby, chociażby ubocznie, działalnością zarobkową lub wykonywanym przez nie zawodem²⁴, a także przekazu drogą elektroniczną, jeśli odbywa się ono w ramach struktury organizacyjnej usługodawcy, przy czym usługa świadczona drogą elektroniczną służy wyłącznie do kierowania pracą lub procesami gospodarczymi tego podmiotu²⁵. Oznacza to, że zakaz nie może ograniczać wymiany informacji za pośrednictwem poczty elektronicznej, wiadomości tekstowych SMS czy tekstowych komunikatorów internetowych (takich jak Messenger, WhatsApp), a także innych systemów internetowej komunikacji bezpośredniej. Wyjątkowo spod zakazu może być wyłączona także komunikacja za pośrednictwem strony WWW, pod warunkiem jednak, by użycie witryny *web* jako środka komunikacji elektronicznej miało charakter indywidualny, np. z użyciem formularza pozwalającego na komunikację z oznaczonym adresatem²⁶.

Zakaz publikacji nie dotyczy każdej publikacji o pokrzywdzonym, ale tylko takiej, która zawiera treści godzące w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego, a więc treści naruszające dobra osobiste pokrzywdzonego²⁷. Dobrami osobistymi są powszechnie uznane w społeczeństwie wartości niemajątkowe związane ściśle z osobą człowieka i będące przejawem godności osoby ludzkiej, obejmujące przede wszystkim integralność fizyczną i psychiczną oraz indywidualność człowieka²⁸. Artykuł 23 k.c. wskazuje w szczególności takie dobra osobiste, jak zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Poza tym kata-

²³ Zob. art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 344). Zgodnie z art. 2 pkt 35 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2460), sieć telekomunikacyjna to systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju.

²⁴ Por. art. 3 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

²⁵ Por. art. 3 pkt 6 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

²⁶ M. Świerczyński, *Art. 3*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 53; D. Lubasz, *Art. 3*, [w:] D. Lubasz, M. Namysłowska (red.), *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2011, Lex (data dostępu: 25.03.2021).

²⁷ Por. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Art. 755*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis; I. Gil, *Art. 755*, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis (data dostępu: 25.03.2021).

²⁸ P. Machnikowski, *Art. 23*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis (data dostępu: 25.03.2021).

logiem można wskazać m.in. stan cywilny, poczucie przynależności do określonej płci, kult pamięci po zmarłej osobie bliskiej²⁹, integralność seksualną, prywatność, login, dane osobowe, głos czy więzi rodzinne³⁰.

Wskazane trzy zakazy wyczerpują treść analizowanego środka zapobiegawczego. Ustawodawca wprowadził więc zamknięty katalog zakazów, które mogą być orzeczone na podstawie art. 276a k.p.k. Należy przy tym podkreślić, że organ procesowy ma możliwość orzeczenia tylko jednego ze wskazanych zakazów oraz łączenia ich ze sobą. Świadczy o tym przede wszystkim brzmienie przepisu, w którym poszczególne zakazy zostały połączone funktorem alternatywy zwykłej (wyrażonej przez spójnik 'lub'), co oznacza zarówno możliwość wyboru jednego z zakazów, ale jednocześnie orzeczenie jednego z nich nie wyklucza możliwości orzeczenia także kolejnego, a nawet wszystkich. Jest to także uzasadnione istotą i zakresem zakazów objętych treścią środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. Mając na uwadze wcześniejsze uwagi dotyczące zakresu zakazu zbliżania się (nieobejmującego innych form kontaktu niż intencjonalne zmniejszanie fizycznej odległości), zakazu kontaktowania się (nieobejmującego bezkontaktowego przebywania w pobliżu pokrzywdzonego), można przypuszczać, że w znacznej części sytuacji decyzja organu procesowego będzie obejmowała wskazane dwa zakazy łącznie. Nieco innym treściowo jest zakaz publikowania treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego, bowiem orzeczenie takiego zakazu będzie zasadne w sytuacji, w której taka forma ataku na pokrzywdzonego została już wcześniej użyta przez oskarżonego. Nie zawsze będzie więc uzasadnione połączenie tego zakazu z zakazem zbliżania się lub kontaktowania z pokrzywdzonym.

Omawiany środek zapobiegawczy może być zastosowany w dwóch formach: prostej i złożonej³¹. Pierwsza z nich obejmuje orzeczenie zakazu lub zakazów określonych w art. 276a § 1 k.p.k. Ustawodawca przewidział również formę złożoną, dopuszczając połączenie wskazanych zakazów z określeniem poręczenia majątkowego (art. 276a § 2 k.p.k.). Przedmiotem poręczenia mogą być pieniądze, papiery wartościowe, zastaw lub hipoteka, zaś ustalając jego wysokość organ powinien z jednej strony uwzględniać sytuację materialną oskarżonego i składającego poręczenie, z drugiej natomiast wysokość wyrządzonej szkody oraz charakter popełnionego czynu, przy czym prymat w ocenie prawidłowości określenia wysokości poręczenia ma waga przestępstwa, wysokość szkody i sposób działania sprawcy oraz możliwy wymiar kary³². Składającym

²⁹ Por. M. Pazdan, *Art. 23*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2020, Legalis (data dostępu: 25.03.2021).

³⁰ J. Regan, *Art. 23*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis (data dostępu: 25.03.2021).

³¹ R. Koper, *op. cit.*

³² Por. np. postanowienie SA w Krakowie z 14 czerwca 2012 r., sygn. akt II AKz 258/12, Lex nr 1227588; postanowienie SA w Katowicach z 12 października 2011 r., sygn. akt II AKz 654/11, Lex nr 1102939. Tak również przedstawiciele doktryny, m.in.: K. Boratyńska, *Art. 266*,

poręczenie może być zarówno oskarżony, jak i inna osoba, przy czym w odniesieniu do osoby innej niż oskarżony podkreślić należy obowiązek zawiadamiania jej przez organ procesowy o każdorazowym wezwaniu oskarżonego do stawienia się.

Należy wskazać, że możliwość połączenia zakazów z określeniem poręczenia majątkowego, zgodnie z intencją ustawodawcy, ma zapewnić skuteczność orzeczonych zakazów. W konsekwencji stanowiące przedmiot poręczenia wartości majątkowe lub zobowiązania ulegają obligatoryjnemu przepadkowi albo ściągnięciu nie tylko w razie ucieczki lub ukrycia się oskarżonego, ale również w razie niezastosowania się do zakazów orzeczonych w ramach środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. W porównaniu z ogólnymi zasadami stosowania poręczenia majątkowego jako środka zapobiegawczego ustawodawca wprowadził więc istotną modyfikację, polegającą na rozszerzeniu obligatoryjnego przepadku lub ściągnięcia przedmiotu poręczenia (dopuszczalnego co do zasady tylko w razie ucieczki lub ukrycia się oskarżonego) także na sytuacje niezastosowania się do nałożonych zakazów. Zamyśl takiego rozwiązania wyraźnie więc oparty był na zwiększeniu motywacji oskarżonego do przestrzegania nałożonych zakazów³³.

Procedura stosowania zakazów z art. 276a k.p.k.

Treść art. 276a k.p.k. nie wprowadza żadnych modyfikacji odnoszących się do trybu orzekania zawartego w nim środka zapobiegawczego. W związku z tym zastosowanie znajdują ogólne regulacje prawne zawarte w kodeksie postępowania karnego i wskazujące procedurę stosowania środków o charakterze nieizolacyjnym.

Zakazy określone w art. 276a k.p.k. mogą być stosowane tylko wobec oskarżonego, a w stadium postępowania przygotowawczego tylko względem osoby, wobec której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów. W konsekwencji niedopuszczalne jest ich orzekanie wobec osoby niebędącej bierną stroną postępowania karnego, w tym także wobec tzw. osoby podejrzanej. Trzeba także pamiętać, że w wypadku tego środka zapobiegawczego, ze względu na ograniczenie możliwości stosowania go tylko do oskarżonych lub podejrzanych o przestępstwo na szkodę określonej kategorii pokrzywdzonych, popełnione w związku z wykonywaniem przez nich czynności opieki medycznej, taki opis

[w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 715; K. Dudka, *Art. 266*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018s. 534; K. Eichstaedt, *Art. 266*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1002.

³³ Uzasadnienie autopoprawki do rządowego projektu..., s. 15.

stanu faktycznego musi być zawarty w decyzji stanowiącej podstawę zarzutów lub oskarżenia.

Stosowanie środków zapobiegawczych jest wyłącznym uprawnieniem niektórych organów procesowych. Zgodnie z treścią art. 250 § 4 w zw. art. 250 § 1 k.p.k. środek zapobiegawczy określony w art. 276a k.p.k. stosuje sąd właściwy do rozpoznania sprawy, a w postępowaniu przygotowawczym uprawnienie to przysługuje także prokuratorowi jako jednemu organowi ścigania. Policja ani inne nieprokuratorskie organy prowadzące postępowanie przygotowawcze nie mają kompetencji w zakresie stosowania tego środka zapobiegawczego, co oznacza, że w razie stwierdzenia takiej potrzeby w prowadzonym przez siebie dochodzeniu lub powierzonym śledztwie organ nieprokuratorski musi wystąpić do prokuratora nadzorującego postępowanie z wnioskiem o orzeczenie zakazów na podstawie art. 276a k.p.k. Przed podjęciem decyzji organ uprawniony do zastosowania środka (sąd albo prokurator) zobowiązany jest do przesłuchania oskarżonego, do którego należy dopuścić obrońcę, jeśli jest on ustanowiony w sprawie i jeśli stawia się. Nie jest jednak obowiązkowe zawiadomienie obrońcy o terminie i miejscu przesłuchania, chyba że oskarżony o to wnosi, a nie utrudni to przeprowadzenia czynności. Obowiązek przesłuchania oskarżonego przed zastosowaniem środka zapobiegawczego ma charakter względny, ponieważ nie jest ono warunkiem niezbędnym w sytuacji, gdy przeprowadzenie tej czynności jest niemożliwe z powodu ukrywania się oskarżonego lub jego nieobecności w kraju.

Orzeczenie zakazu lub zakazów określonych w art. 276a k.p.k. wymaga wydania postanowienia. Powinno ono zawierać elementy niezbędne każdego postanowienia, a więc oznaczenie organu oraz osoby wydającej decyzję, datę jej wydania, wskazanie sprawy oraz kwestii, której postanowienie dotyczy oraz rozstrzygnięcie wraz z podaniem podstawy prawnej. Sentencja postanowienia jest najistotniejszym elementem decyzji³⁴. W postanowieniu o zastosowaniu środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. należy wymienić osobę, wobec której orzeka się zakaz lub zakazy (oskarżonego, podejrzanego), zarzucany jej czyn wraz z jego kwalifikacją prawną oraz podstawę prawną zastosowania środka. Z uwagi na wskazany fakt, że treścią omawianego środka zapobiegawczego może być zarówno tylko jeden z zakazów wymienionych w art. 276a § 1 k.p.k., jak i dwa lub wszystkie z nich, decyzja organu procesowego musi precyzyjnie wskazywać zakres stosowanego środka, a więc zakaz lub zakazy nakładane na oskarżonego. W odniesieniu do zakazu zbliżania się należy także wskazać minimalną odległość od pokrzywdzonego, która musi być zachowana przez oskarżonego. Wszystkie zakazy określone w art. 276a § 1 k.p.k. mają charakter temporalny, co powoduje, że orzekając je sąd lub prokurator ma obowiązek oznaczyć czas ich stosowania. Warto przy tym podkreślić, że uprawnienia

³⁴ Postanowienie SA w Warszawie z 18 sierpnia 2000 r., sygn. akt II AKz 394/00, *Legalis* nr 48084.

prokuratora w postępowaniu przygotowawczym ograniczone są do stosowania tego środka przez okres nie dłuższy niż 6 miesięcy, niezależnie od tego, czy taki czas został wskazany w postanowieniu o zastosowaniu środka zapobiegawczego, czy okres ten początkowo był krótszy niż 6 miesięcy, a następnie prokurator dokonywał przedłużenia go na mocy kolejnego lub kolejnych postanowień. W razie potrzeby dalszego (po upływie 6 miesięcy) stosowania zakazów w postępowaniu przygotowawczym, decyzję w tym zakresie podejmuje sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie, na wniosek prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Przedłużenie stosowania tego środka w postępowaniu sądowym odbywa się natomiast na zasadach ogólnych, przez sąd, przed którym sprawa się toczy. Mimo że zakazy mają charakter temporalny, a uprawnienia prokuratora zostały ograniczone do okresu 6 miesięcy, ustawodawca nie wyznaczył maksymalnego czasu stosowania omawianego środka, który modyfikowałby ogólne reguły stosowania środków zapobiegawczych. Oznacza to, że przedłużenie środka zapobiegawczego dopuszczalne jest wielokrotnie, nie później jednak niż do czasu rozpoczęcia wykonania kary.

Podobnie jak w odniesieniu do innych środków zapobiegawczych, także w przypadku postanowienia o orzeczeniu zakazu lub zakazów na podstawie art. 276a k.p.k. wymagane jest sporządzenie uzasadnienia wydanej decyzji. Musi ono zawierać przedstawienie dowodów świadczących o popełnieniu przez oskarżonego przestępstwa, z których powinno wynikać duże prawdopodobieństwo sprawstwa oskarżonego. Organ powinien także wykazać okoliczności potwierdzające potrzebę zastosowania określonego środka, wynikającą z podanych w uzasadnieniu okoliczności wskazujących na istnienie zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa w razie niezastosowania środka zapobiegawczego.

Postanowienie w przedmiocie środka zapobiegawczego określonego w art. 276a k.p.k. jest zaskarżalne. Zasada ta odnosi się do wszystkich decyzji z nim związanych. Zaskarżeniu podlega więc zarówno postanowienie o jego zastosowaniu, o odmowie zastosowania, a także o przedłużeniu albo odmowie przedłużenia zakazów nałożonych na oskarżonego, a także decyzja dotycząca zmiany tego środka na inny (lub zmiany w zakresie wcześniej orzeczonych zakazów) oraz jego całkowitego uchylenia (albo odmowy uchylenia). Zażalenie przysługuje stronom procesowym, a więc pokrzywdzonemu i podejrzanemu w postępowaniu przygotowawczym oraz oskarżonemu i oskarżycielowi w postępowaniu jurysdykcyjnym. W postępowaniu przygotowawczym na postanowienie prokuratora w przedmiocie środka zapobiegawczego zażalenie przysługuje do sądu rejonowego, w którego okręgu prowadzi się postępowanie. Zażalenie na postanowienie sądu rozpoznaje natomiast sąd wyższego rzędu. Zażalenie składa się w terminie 7 dni od momentu ogłoszenia postanowienia

(lub doręczenia zgodnie z dyspozycją art. 250 § 4 k.p.k.), za pośrednictwem organu, który je wydał. Zażalenie ma charakter względnie suspensywny, jego wniesienie nie wstrzymuje bowiem wykonania decyzji, jednak sąd rozpoznający zażalenie może wstrzymać jego wykonanie. Jest również względnie dewolutywne, co oznacza, że organ, który wydał zaskarżone postanowienie, może uwzględnić je w całości, zgodnie z żądaniem skarżącego (w przypadku sądu – jeśli orzeka w tym samym składzie), bez przekazywania zażalenia do rozpoznania sądowi uprawnionemu do rozpoznania zażalenia.

Rozszerzenie stosowania zakazów na podstawie art. 276a § 1a k.p.k.

Początkowy zamysł wprowadzenia środka zapobiegawczego w celu ochrony środowiska medycznego przed atakami, nasilającymi się w dobie pandemii koronawirusa, został zmodyfikowany poprzez uzupełnienie art. 276a k.p.k. paragrafem 1a. Zmiana ta została wprowadzona ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r. (tzw. Tarcza 4.0). Zgodnie z treścią nowego przepisu zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego, zakaz kontaktów lub zakaz publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego można orzec również wobec oskarżonego o przestępstwo stalkingu (art. 190a k.k.), popełnione z powodu wykonywanego przez pokrzywdzonego zawodu. Z jednej strony poszerzono więc możliwość stosowania tego środka zapobiegawczego, obejmując ochroną innych pokrzywdzonych niż personel medyczny i osoby przybrane do pomocy. Oderwano jednocześnie konieczność ochrony określonych osób od czynności opieki medycznej, warunkując jedynie, aby zachowanie sprawcy było determinowane wykonywanym przez pokrzywdzonego zawodem. Po nowelizacji środek zapobiegawczy określony w art. 276a k.p.k. może być więc stosowany do ochrony członków wszystkich grup zawodowych. W uzasadnieniu wskazano, że celem takiej regulacji jest „ochrona tych grup zawodowych, które są szczególnie narażone na różne formy przestępczego nękania”. Wśród nich wskazano wprost nauczycieli oraz innych pracowników szkolnictwa i edukacji (narażonych na powtarzającą się, nie tylko werbalną, agresję uczniów), górników (i ich rodziny), pracowników domów opieki społecznej i hospicjów (narażonych na ataki ze względu na okoliczności o charakterze tymczasowym i obiektywnym, takie jak np. panująca epidemia)³⁵.

Z drugiej jednak strony ustawodawca nie powielił w pełni pierwotnego rozwiązania i nie rozszerzył możliwości zastosowania omawianych zakazów

³⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk nr 382 z dnia 22 maja 2020 r., s. 27, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=382>.

na sytuacje, w których oskarżony dopuścił się jakiegokolwiek przestępstwa w związku z wykonywanym przez pokrzywdzonego zawodem. Ograniczył tę możliwość tylko do przestępstwa stalkingu, określonego w art. 190a k.k. Taki zabieg został, choć nie wprost, uzasadniony wskazaniem, że „zjawisko stalkingu jest coraz bardziej rozpowszechnione i przybiera nowe, coraz bardziej dotkliwe, postaci (...) i niesie za sobą również daleko idące konsekwencje dla pokrzywdzonych”³⁶. Brak jest natomiast jakiegokolwiek odniesienia do zasadności i konieczności objęcia ochroną przed stalkingiem tylko zachowań motywowanych wykonywanym przez pokrzywdzonego zawodem. Próżno szukać w uzasadnieniu także wyjaśnienia, dlaczego w stosunku do członków personelu medycznego (i osób przybranych im do pomocy) zakres ochrony jest szeroki, nieograniczony do zarzutu popełnienia przez oskarżonego konkretnego typu czy typów przestępstw, natomiast w odniesieniu do przedstawicieli innych zawodów możliwość stosowania prewencyjnego środka zapobiegawczego została ograniczona tylko do stalkingu. Może to świadczyć o braku przeprowadzenia gruntownej analizy potrzeby wprowadzenia takiej regulacji oraz jej pożądanego kształtu.

Nowo wprowadzony § 1a określa odmiennie przesłanki stosowania analizowanego środka zapobiegawczego. Nie wprowadza natomiast żadnych modyfikacji w zakresie istoty zakazów ani trybu ich orzekania, a także możliwości połączenia ich z określeniem poręczenia majątkowego. W związku z tym wszystkie uwagi i spostrzeżenia poczynione we wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania, pozostają w tym zakresie aktualne także w odniesieniu do § 1a.

Wnioski końcowe

Wprowadzenie nowego środka zapobiegawczego w art. 276a k.p.k. może budzić zastrzeżenia. Można je sformułować na kilku płaszczyznach.

Po pierwsze: nie do końca przekonujący jest tryb wprowadzenia tego przepisu do Kodeksu postępowania karnego. Powiązanie potrzeby takich zmian z sytuacją pandemiczną nie zostało należycie wykazane, a brak ścisłej korelacji potwierdza choćby rozszerzenie stosowania przepisu do ochrony pokrzywdzonych, będących przedstawicielami innych zawodów niezwiązanych ze służbą zdrowia.

Po drugie: analiza przesłanek oraz celu, jaki spełniać ma nowy środek zapobiegawczy, wymaga odniesienia także do istniejących rozwiązań prawnych i ich skuteczności. Takie zestawienie prowadzi natomiast do wniosku, że art. 276a k.p.k. nie wprowadził nowej jakości normatywnej i stanowi swego

³⁶ Ibidem.

rodzaju *superfluum* ustawowe do regulacji już istniejących, a konkretnie do art. 275 k.p.k., który określa wolnościowy środek zapobiegawczy w postaci dozoru Policji³⁷. Zakazy wymienione w nowym środku zapobiegawczym (art. 276a k.p.k.) mogą być także orzeczone w ramach dozoru Policji. Artykuł 275 § 2 k.p.k. wśród ograniczeń swobody oskarżonego oddanego pod dozór wprost wymienia zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym lub z innymi osobami czy zakaz zbliżania się do określonych osób na wskazaną odległość. Zakaz publikacji może być z kolei orzeczony w ramach dozoru jako „inne ograniczenie swobody oskarżonego” (art. 275 § 2 k.p.k.). Dozór Policji jest środkiem, którego stosowanie nie jest ograniczone do oskarżonych o popełnienie tylko niektórych, określonych przestępstw. Nie ma więc wątpliwości, że zakazy wprowadzone w nowym środku zapobiegawczym mogły być (i nadal mogą być) orzeczone do wskazanych w nim sytuacji, w ramach istniejącego dozoru Policji. Nie ma także przeszkód, aby dozór Policji był stosowany równolegle z innymi nieizolacyjnymi środkami zapobiegawczymi, w tym z poręczeniem majątkowym.

Trudno więc znaleźć racjonalne uzasadnienie dla wprowadzenia w trybie pilnym w ustawach antykryzysowych, wprowadzających wyjątkowe rozwiązania prawne niezbędne do walki z pandemią, nowego środka zapobiegawczego w kształcie określonym w art. 276a k.p.k. Niewątpliwie takie mnożenie regulacji nakładających się na siebie wpłynie na praktykę stosowania środków zapobiegawczych w postępowaniu karnym, powodując niejednolitość działań organów procesowych. Rozwiązania takie nie zasługują z pewnością na akceptację.

Wykaz literatury

- Boratyńska K., *Art. 266*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Dercz M., *Art. 2*, [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Dudka K., *Art. 249*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Dudka K., *Art. 266*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Dudka K., *Art. 276a*, [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

³⁷ Por. także K. Dudka, *Art. 276a...*, A. Ornowska, *Skuteczny środek zapobiegawczy (258a k.p.k.) oraz inne nowe instytucje w k.p.k. (232b i 276a k.p.k.) wprowadzone w tzw. specustawie w związku z epidemią koronawirusa*, 2020, Lex; D. Jagiełło, *Prawo karne w Polsce a pandemia*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela*, Warszawa 2020, Legalis; N. Krej, *COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem*, Warszawa 2020, Legalis (data dostępu: 25.03.2021).

- Eichstaedt K., *Art. 266*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Eichstaedt K., *Art. 276a*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Flaga-Gieruszyńska K., Zieliński A., *Art. 755*, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Gil I., *Art. 755*, [w:] E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Izydorczyk J., *Prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa oraz jego stopnie w polskim procesie karnym na podstawie k.p.k. z 1997 r.*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora J. Tylmana*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Jagiello D., *Prawo karne w Polsce a pandemia*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiello (red.), *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Karaźniewicz J., *Zakres prewencyjnego stosowania środków przymusu procesowego – próba oceny tendencji rozwojowych*, [w:] S. Steinborn, K. Woźniewski (red.), *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, Wyd. UG, Gdańsk 2018.
- Koper R., *Art. 276a*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kosonoga J., *Art. 276a*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kosonoga J., *Inne ograniczenia swobody niezbędne do wykonywania dozoru Policji*, „Prokuratura i Prawo 2006”, nr 4.
- Krej N., *COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Lubasz D., *Art. 3*, [w:] D. Lubasz, M. Namysłowska (red.), *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Machnikowski P., *Art. 23*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K., *Proces karny*, Volumen, Katowice 2003.
- Ornowska A., *Skuteczny środek zapobiegawczy (258a k.p.k.) oraz inne nowe instytucje w k.p.k. (232b i 276a k.p.k.) wprowadzone w tzw. specustawie w związku z epidemią koronawirusa*, 2020, Lex.
- Pazdan M., *Art. 23*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Potulski J., [w:] L. Gardocki (red.), *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, t. 8, seria: System Prawa Karnego, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Regan J., *Art. 23*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2016 r.*, „Ius Novum” 2017, nr 3.
- Stefański R.A., *Przesłanki tymczasowego aresztowania w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1997, nr 3–4.
- Szober S., *Słownik poprawnej polszczyzny*, Spółdzielnia Wydawnicza „Wiedza”, Warszawa 1948.
- Świerczyński M., *Art. 3*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Walasek-Walczak U., Art. 2, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2013, Lex.

Zgółkowa H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 49, Wyd. Kurpisz, Poznań 2004.

Summary

New preventive measure in the criminal procedure (Article 276a of the Code of Criminal Procedure)

Keywords: criminal proceedings, preventive measures, crime prevention, the aggrieved party, the accused person, medical staff, the prohibition of contacting the aggrieved party, the obligation of keeping a certain distance from defined persons, the prohibition of publishing, bail.

In connection with the coronavirus pandemic, special legal solutions are introduced in various spheres of social life. They also apply to criminal proceedings. The Act of March 31, 2020, amending the Act on special solutions related to the prevention and combating of COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them and some other acts introduced a new preventive measure to the Code of Criminal Procedure. It consists of the prohibition of contacting the aggrieved party, the obligation of keeping a certain distance from persons and the prohibition of publishing any content against the legally protected interests of the aggrieved party (Article 276a of the CCP). The purpose of introducing this preventive measure was to protect members of the medical staff and their assistants from committing another crime to their detriment in connection with their medical care activities. It can be used if the accused has been charged with a crime against the victims mentioned above. However, another act extended the scope of its application to the accused of stalking committed in connection with the performance of any profession by the victim. The article aims to indicate the essence of the new preventive measure, also by referring it to the general regulations concerning the application of preventive measures specified in the Code of Criminal Procedure. The purpose of the article also includes an analysis of the statutory conditions for the application of that new preventive measure, the identification of the authorities authorized to apply it, and the procedures for imposing bans. The article also relates new solutions to other preventive measures, especially the supervision of the Police.

Marcin Kazimierczuk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0295-5113

marcin.kazimierczuk@uwm.edu.pl

Wsparcie warsztatu pracy producenta rolnego, zapobiegające zniszczeniu potencjału produkcji w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020

Wprowadzenie

Pomoc finansowa ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich realizowana jest w Polsce jako jednolity program pomocowy o nazwie Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (dalej jako PROW 2014–2020). Wdraża on cel ogólny oraz cele szczegółowe odpowiadające misji i celom wspólnej polityki rolnej¹, a także priorytetom rozwoju obszarów wiejskich Unii Europejskiej. W te cele wkomponowano instrumenty wsparcia inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej. Spośród wielu działań PROW 2014–2020 przedmiotem bliższego zainteresowania w niniejszym artykule będzie instrument pomocowy o nazwie „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof”². Wymieniony mechanizm ma wspierać producentów rol-

¹ Zob. K. Giemza, *Wdrożenie funduszy europejskich w polskim rolnictwie na przykładzie Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia z Polityki Publicznej” 2017, nr 3, s. 90; D. Stankiewicz, *Polityka rozwoju rolnictwa i wsi*, „Studia BAS” 2008, nr 12, s. 62.

² PROW 2014–2020 realizowany jest przez 14 działań, 35 poddziałań oraz 42 typy operacji. Ustawa z 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (Dz.U. z 2017 r., poz. 562 ze zm.). Zob. J. Stoksik, *Projektowanie pomocy unijnej w dziedzinie polityki rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2013, t. XI, s. 100; K. Giemza, *Kształtowanie się współczesnego modelu europejskiego rolnictwa a kwestia agrarna*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Kwestia agrarna. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Warszawa 2016, s. 303–316. Por. A. Kuś, *Rodzaje kompetencji Unii Europejskiej a unijna polityka podatkowa*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 2, s. 87; E. Tomkiewicz, M. Bocheński, *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X, s. 240.

nych zagrożonych szkodami spowodowanymi przez zdarzenia losowe, klęski żywiołowe, takie jak afrykański pomór świń czy podtopienia upraw rolniczych. Choć tematyka ryzyka produkcyjnego w rolnictwie jest podejmowana zarówno przez prawników, jak i ekonomistów³, to określona materia była przedmiotem badań nielicznych autorów⁴ i nie doczekała się dłuższej analizy.

Celem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie czy i w jakim stopniu wymieniona forma wsparcia zapewnia trwałość gospodarowania producenta rolnego. Autor koncentruje się na analizie rozwiązań normatywnych zawartych w oferowanym przez PROW 2014–2020 instrumencie wsparcia inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej. Zgodnie z założeniami to działanie ma promować środki prewencyjne, które służą ograniczeniu skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof. Brak właściwej ochrony producenta rolnego może przyczyniać się w skrajnych przypadkach do zaprzestania prowadzenia działalności rolniczej.

W pracy zastosowano dogmatyczną metodę analizy aktów prawnych oraz metodę deskryptywną. Ponadto wykorzystano literaturę przedmiotu, a także dane statystyczne, w ramach dostępu do informacji publicznej, pochodzące z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej jako ARiMR), obrazujące poziom wykorzystania przez producentów rolnych zaoferowanej pomocy publicznej. Na podstawie wskazanego materiału badawczego przedstawiono wnioski końcowe.

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020

Głównym celem PROW 2014–2020, odpowiadającym misji i celom wspólnej polityki rolnej⁵, jest poprawa konkurencyjności rolnictwa, zrównoważone zarządzanie zasobami naturalnymi i działania w dziedzinie klimatu oraz

³ Zob. R. Budzinowski, *Przyrodniczo-techniczny czynnik rozwoju prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2006, nr 1; I. Lipińska, *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Warszawa 2019; B. Jeżyńska, *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Lublin 2008; W. Rembisz, *Kwestie ryzyka, cen, rynku, interwencji i stabilności dochodów w rolnictwie*, Warszawa 2013.

⁴ I. Lipińska, op. cit., s. 378–385.

⁵ Wspólna polityka rolna powstała jako jedna z podstawowych dziedzin polityki Wspólnot Europejskich. Funkcjonuje od 1962 r. i opiera się na partnerstwie między sektorem rolnym i społeczeństwem, między Europą a rolnikami. Na początku lat 90. XX w. została rozszerzona o problemy ochrony środowiska, ochrony dziedzictwa krajobrazowego wsi i inne zagadnienia wykraczające poza sprawy *stricto* rolne. Zob. A. Jurcewicz, *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019, s. 83–85; M. Spychalski, *Wpływ Wspólnej Polityki Rolnej Unii Europejskiej na rozwój sektora rolnego i obszarów wiejskich w Polsce – przewidywane korzyści i koszty w pierwszych latach członkostwa*, „International Journal of Management and Economics” 2004, vol. 16, s. 88; A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2007, s. 40.

zrównoważony rozwój terytorialny obszarów wiejskich⁶. Łączne środki publiczne przeznaczone na jego realizację wynoszą ponad 13 mld 600 mln euro, w tym ponad 8 mld 600 mln euro z budżetu Unii Europejskiej i ponad 4 mld 900 mln euro wkładu krajowego⁷.

Program realizuje sześć priorytetów, które są wyznaczone dla unijnej polityki rozwoju obszarów wiejskich na lata 2014–2020⁸, mianowicie:

1. Ułatwianie transferu wiedzy i innowacji w rolnictwie, leśnictwie i na obszarach wiejskich.

2. Poprawa konkurencyjności wszystkich rodzajów gospodarki rolnej i zwiększenie rentowności gospodarstw rolnych.

3. Poprawa organizacji łańcucha żywnościowego i promowanie zarządzania ryzykiem w rolnictwie.

4. Odtwarzanie, chronienie i wzmacnianie ekosystemów zależnych od rolnictwa i leśnictwa.

5. Wspieranie efektywnego gospodarowania zasobami i przechodzenia na gospodarkę niskoemisyjną i odporną na zmianę klimatu w sektorach: rolnym, spożywczym i leśnym.

6. Zwiększanie włączenia społecznego, ograniczanie ubóstwa i promowanie rozwoju gospodarczego na obszarach wiejskich⁹.

PROW 2014–2020 został opracowywany na podstawie przepisów Unii Europejskiej, w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (dalej jako EFRROW) i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005¹⁰ oraz aktów delegowanych i wykonawczych Komisji Europejskiej. Zgodnie z przepisami Unii Europejskiej, PROW 2014–2020 jest wkomponowany w całościowy system polityki rozwoju kraju, w szczególności poprzez mechanizm umowy partnerstwa. Umowa ta określa strategię wykorzystania środków unijnych na rzecz realizacji wspólnych dla Unii Europejskiej celów określonych w unijnej strategii wzrostu „Europa 2020 – Strategia na rzecz

⁶ Zob. A. Mickiewicz, B. Mickiewicz, *Charakterystyczne cechy nowego Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. XVII, s. 155; M. Wigier, *Analiza efektów realizacji polityki rolnej wobec rolnictwa i obszarów wiejskich*, Warszawa 2011, s. 7.

⁷ Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 został zamieszczony na stronie internetowej: www.minrol.gov.pl. Zob. J. Stoksik, op. cit., s. 100.

⁸ Zob. K. Giemza, op. cit., s. 303–316. Por. A. Kuś, op. cit., s. 87; E. Tomkiewicz, M. Bocheński, op. cit., s. 240.

⁹ Zob. P. Błażejczyk, M. Kazimierczuk, *Wymagania dotyczące posiadania nieruchomości rolnych w wybranych działaniach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39, s. 169; M. Kazimierczuk, *Wsparcie inwestycji przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020 (rozwiązania prawne i praktyka)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51, s. 60.

¹⁰ Dz. Urz. UE L 347, s. 487.

inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z uwzględnieniem potrzeb rozwojowych danego państwa członkowskiego.

Zadania związane z realizacją PROW 2014–2020 zostały przyznane Ministrowi Rolnictwa i Rozwoju Wsi, który pełni funkcję instytucji zarządzającej¹¹. Minister właściwy do spraw rolnictwa wykonuje zatem zadania państwa członkowskiego w zakresie dotyczącym monitorowania realizacji i ewaluacji programu, powołuje komitet monitorujący oraz przekazuje Komisji Europejskiej roczne sprawozdania. Poszczególne działania i poddziały zostały podzielone pomiędzy różne wskazane w ustawie instytucje. Instytucją pośredniczącą odpowiadającą za bezpieczny system elektroniczny do rejestrowania, przechowywania i zgłaszania informacji statystycznych na temat programu i jego realizacji jest ARiMR¹². Jej zadaniem jest w szczególności wspieranie przedsięwzięć związanych ze wznowieniem produkcji w gospodarstwach rolnych i działach specjalnych produkcji rolnej, w których wystąpiły szkody spowodowane przez klęski żywiołowe w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarczych¹³. Zadania w zakresie rozwoju lokalnego w ramach inicjatywy LEADER oraz rozwoju lokalnego kierowanego przez społeczność wykonuje samorząd województwa¹⁴.

Wsparcie w ramach zapobiegania zniszczeniu potencjału produkcji rolnej

Pomoc zwiększająca trwałość warsztatu pracy producenta rolnego przybiera formę *ex post* oraz *ex ante*. Uruchomienie tej pierwszej następuje na skutek zajścia określonego zdarzenia, którego skutkiem jest powstanie szkody. Natomiast przykładem wsparcia finansowego przybierającego formę *ex ante* – czyli udzielanego przed wystąpieniem ryzyka klęsk żywiołowych – jest działanie PROW 2014–2020, które określa rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 14 lipca 2017 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu przyznawania oraz wypłaty pomocy finansowej na operacje „Inwestycje zapobiegające zniszczeniu potencjału produkcji rolnej” w ramach poddziałania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk

¹¹ Ustawa z 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju..., art. 5.

¹² Na temat ARiMR zob. M. Jarosiewicz, K. Kozikowska, M. Wujczyk, *Prawo rolne*, Warszawa 2011, s. 188–191.

¹³ Zob. art. 4 pkt. 2 ustawy z 9 maja 2008 r. o Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz.U. z 2016 r., poz. 1512 ze zm.).

¹⁴ P. Litwiniuk, *Pozycja samorządu województwa w zakresie wdrażania działań objętych Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Samorząd terytorialny w procesie rozwoju gospodarczego obszarów wiejskich*, Warszawa 2015, s. 337–345.

klimatycznych i katastrof”¹⁵. Jest ono realizowane w ramach dwóch operacji, tj. ograniczania możliwości rozszerzania się afrykańskiego pomoru świń (ang. *African swine fever* – ASF) oraz ochrony produkcji rolnej przed skutkami niekorzystnych zjawisk pogodowych.

Za podjęciem wskazanego kierunku wsparcia w obu przypadkach przemawia kilka względów. Przede wszystkim są to względy bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zwierząt gospodarskich. Pojawienie się w stadzie ASF prowadzi do dużych spadków w produkcji i skutkuje najczęściej stuprocentową śmiertelnością zwierząt. Jej wystąpienie wiąże się z dużymi stratami finansowymi związanymi z kosztami jej zwalczania w gospodarstwach gdzie została stwierdzona. Uzasadnia to rozpoczęcie działań prewencyjnych wynikających z programu bioasekuracji, mających na celu ograniczanie rozprzestrzeniania się tej choroby¹⁶. W ramach drugiego wsparcia decydują względy zmiany klimatu. Nadmiary czy niedobory wody są głównymi czynnikami decydującymi o wzroście plonów na znacznej części użytków rolnych w kraju. Skala tych zjawisk pogodowych może mieć charakter systemowy i – co za tym idzie – obejmować wielu producentów rolnych na rozległych obszarach. W tym celu ustawodawca przewiduje wsparcie na poprawę i utrzymania systemów wodno-melioracyjnych. Zgodnie z art. 195 ustawy z 20 lipca 2017 r. Prawo wodne¹⁷ czynności te polegają na regulacji stosunków wodnych w celu polepszenia zdolności produkcyjnej gleby, ułatwienia jej uprawy oraz na ochronie użytków rolnych przed powodziąmi.

Procedura przyznawania pomocy

W ramach poddziałania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof” wsparcie otrzymuje beneficjent na podstawie umowy o przyznaniu pomocy zawieranej z dyrektorem oddziału regionalnego ARiMR. Przy ocenie prawidłowości doboru instrumentów prawnych wdrażających wsparcie konieczne jest uwzględnienie procedur prawnych udzielania pomocy. Procedura powinna zabezpieczać kontrolę spełnienia przesłanek do ubiegania się o uzyskanie pomocy oraz kontrolę prawidłowości wykorzystania tej pomocy. Nadto procedura powinna zabezpieczać prawo beneficjentów do uzyskania pomocy w sytuacji spełnienia prawem okre-

¹⁵ Dz.U. poz. 1478 ze zm.

¹⁶ Główny Lekarz Weterynarii przygotował „Program bioasekuracji mający na celu zapobieganie szerzeniu się afrykańskiego pomoru świń”. Zob. rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 29 lipca 2016 r. zmieniające 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. 1153 ze zm.).

¹⁷ Dz.U. z 2018 r., poz. 2268.

ślonych przesłanek do jej uzyskania, a także prawo beneficjentów do rozpoznania ewentualnego sporu z organem udzielającym pomocy przez niezawisły sąd. Wsparcie rozwoju obszarów wiejskich polega na udzieleniu pomocy finansowej dużej liczbie beneficjentów (głównie rolników) w sytuacji ograniczonej ilości środków. Udzielenie pomocy wymaga sprawdzenia przesłanek jej przyznawania oraz wydania szybkiego rozstrzygnięcia, co przemawia za wykorzystaniem instrumentu decyzji administracyjnej. Stosunek administracyjnoprawny pozwala na należyłą kontrolę wykorzystania środków pomocy. Kontrolę wykorzystania środków zapewnia także stosunek cywilnoprawny, zrodzony umową przyznającą środki na określone działanie. Umowa jest instrumentem elastycznym pozwalającym, w ramach zasady swobody umów, na zindywidualizowane określenie sposobu wykorzystania środków, co jest szczególnie ważne, gdy pomoc udzielana jest na cele inwestycyjne. Decyzja winna mieć zastosowanie tam, gdzie udzielana pomoc przybiera postać działań schematycznych, szablonowych; gdy potrzebne jest zindywidualizowanie warunków wykorzystania pomocy dla realizacji złożonych procesów, np. procesów inwestycyjnych, tak jak to mam miejsce w działaniu „Wsparcie inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej”.

Stosunek cywilnoprawny pozwala na należyłą kontrolę wykorzystania środków pomocy. Należy zgodzić się ze Stanisławem Prutisem, który wskazuje, że umowa jest instrumentem elastycznym, pozwalającym – w ramach zasady swobody umów – na zindywidualizowane określenie sposobu wykorzystania środków, co jest szczególnie ważne, gdy pomoc udzielana jest na cele inwestycyjne¹⁸. Procedura cywilna zabezpiecza kontrolę spełniania przesłanek do ubiegania się o uzyskanie pomocy oraz daje prawo beneficjentom do uzyskania pomocy w sytuacji spełnienia określonych przesłanek.

Pomoc spółkom wodnym

Spółki wodne są niepublicznymi formami organizacyjnymi, które nie działają w celu osiągnięcia zysku – zrzeszają osoby fizyczne lub prawne na zasadzie dobrowolności i mają na celu zaspokajanie potrzeb w zakresie gospodarowania wodami¹⁹. Dla utworzenia spółki wodnej jest konieczne złożenie oświadczeń woli przez co najmniej trzy osoby i podpisanie porozumienia. Dodatkowo ustawodawca wymaga również rejestracji takiej spółki. Nadzór nad tym podmiotem sprawuje właściwy miejscowo starosta, który nie tylko dokonuje rejestracji na mocy której spółka nabywa osobowość prawną, ale również może ją rozwiązać.

¹⁸ S. Prutis, *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2009, t. VII, s. 198.

¹⁹ Zob. art. 441 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Dz.U. z 2020 r., poz. 310).

Zgodnie z art. 449 ustawy Prawo wodne, zarząd spółki wodnej zgłasza Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie (dalej jako Wody Polskiej) utworzenie spółki wodnej w celu wpisania do systemu informacyjnego gospodarowania wodami w terminie 30 dni od dnia nabycia przez spółkę osobowości prawnej. Wszelkie zmiany danych zarząd spółki także zgłasza Wodom Polskim w celu wpisania do systemu informacyjnego gospodarowania wodami. Wskazuje to na daleko idące włączenie organów administracji publicznej. Nie jest ona jednak ani organem tejże administracji, ani też jednostką pomocniczą aparatu władzy publicznej, gdyż środki na działalność czerpie ze składek swoich beneficjariuszy²⁰. Członkowie tej spółki dokonują stosownych wpłat, przypominających konstrukcyjnie wniesienie wkładów do spółek handlowych czy też spółki cywilnej²¹. Jednak omawiana osoba prawna nie może być związana dla celów gospodarczych, a jedynie dla celów związanych z wykonywaniem zadań publicznych. Spółki wodne, zapewniając zaspokojenie potrzeb zrzeszonych w nich osób w zakresie gospodarowania wodami, mogą podejmować prowadzenie działalności umożliwiającej osiągnięcie zysku netto, który przeznacza się wyłącznie na cele statutowe spółki wodnej²².

Realizacja zobowiązania publicznoprawnego utrzymania w należytym stanie urządzeń wodno-melioracyjnych, a mianowicie wykonywanie obowiązku konserwacji rowu lub kanału melioracyjnego, stanowiącego na pewnym obszarze pewien element systemu regulacji stosunków wodnych, charakteryzuje się dwojakim rodzajem podejścia do wykonania tego obowiązku: indywidualnym przez właścicieli gruntów bez istnienia spółki wodnej albo w sposób zorganizowany w ramach określonego systemu zarządzania sprawami gospodarki przez spółkę wodną²³. Utworzenie tego rodzaju podmiotu umożliwia jej założycielom zmniejszenie kosztów oraz optymalizację efektów wykonania melioracji wodnych oraz prowadzenia racjonalnej gospodarki na terenach zmeliorowanych w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu produkcji rolnej²⁴.

W ramach analizowanego działania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof” pomoc przyznaje się pierwszej kategorii beneficjentów, czyli spółce wodnej, o której mowa w przepisach ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, lub związkowi spółek wodnych na realizację operacji dotyczącej zaopatrzenia w sprzęt do utrzymywania urządzeń wodnych, służących zabezpieczeniu gospodarstw rolnych przed zalaniem, podtopieniem lub nadmiernym uwilgoceniem spowo-

²⁰ A. Cybulska, P. Ćwiek, L. Osuch-Chacińska, *Nowe prawo wodne*, Warszawa 2017, s. 451.

²¹ B. Rakoczy, *Wybrane problemy prawa wodnego*, Warszawa 2013, s. 23.

²² Członkowie spółki wodnej nie osiągają również korzyści w postaci dywidendy.

²³ I. Lipińska, op. cit., s. 382.

²⁴ K. Filipek, P. Michalski, M. Kucharski, *Nowe prawo wodne*, Warszawa 2018, s. 121.

dowanym przez powódź lub deszcz nawalny²⁵. Pomoc jest udzielana w formie refundacji części poniesionych i udokumentowanych kosztów kwalifikowalnych operacji w wysokości do 80% kosztów kwalifikowalnych. Wsparcie finansowe przyznaje się i wypłaca do wysokości limitu, który w okresie realizacji programu wynosi maksymalnie na jednego beneficjenta 1 milion zł – w przypadku spółki wodnej lub związku spółek wodnych, jeżeli więcej niż połowę członków spółki stanowią rolnicy posiadający grunty rolne.

Kolejny warunek otrzymania wsparcia wymaga, aby spółka została utworzona do wykonywania, utrzymania oraz eksploatacji urządzeń służących do ochrony gospodarstw członków spółki wodnej przed powodzią lub melioracji wodnych oraz prowadzenia racjonalnej gospodarki na terenach zmeliorowanych, będących w posiadaniu członków spółki wodnej. Kolejność przysługiwania pomocy ustala się na podstawie danych zawartych w uchwale w sprawie budżetu lub planu finansowego spółki wodnej lub związku spółek wodnych, na rok w którym został złożony wniosek, lub zaświadczeniu wystawionym przez wójta, burmistrza lub prezydenta, że spółka wodna lub związek spółek wodnych działa na terenie gminy poszkodowanej przez powódzie lub deszczem nawalnym co najmniej dwukrotnie od 1 stycznia 1997 r.

W analizowanym działaniu istnieje możliwość wykorzystywania przez spółki wodne dofinansowanego sprzętu w sposób zgodny z przeznaczeniem i celami operacji, czyli w celu świadczenia usług związanych z utrzymaniem urządzeń wodnych, służących zabezpieczeniu gospodarstw rolnych przed zalaniem, podtopieniem lub nadmiernym uwilgoceniem spowodowanym przez powódź lub deszcz nawalny. Wykorzystywanie zakupionego sprzętu w celu świadczenia wyżej wymienionych usług na rzecz innych podmiotów (tj. nie członków spółki wodnej) nie narusza postanowień umowy o przyznaniu pomocy. Należy przy tym pamiętać, aby dokumenty potwierdzające sprzedaż (np. faktury) zawierały precyzyjne informacje o rodzaju wykonanych usług, tak aby nie było wątpliwości co do tego, czy wykonywane usługi wpisują się w wyżej wymieniony cel.

Wsparcie bioasekuracji w celu zapobiegania rozprzestrzeniania się afrykańskiego pomoru świń

Przyczyna wdrożenia drugiego rodzaju operacji w ramach działania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof” związana jest z tym, że obecnie największym problemem dla pro-

²⁵ M. Kazimierczuk, *Trwałość warsztatu pracy producenta rolnego jako cel wsparcia w ramach wybranych działań Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 1, s. 132.

dukcji zwierzęcej jest afrykański pomór świń, który dotyka państwa Europy Wschodniej, w tym Polskę. Jest to zakaźna choroba wirusowa, na którą podatne są świny domowe, świniodziki oraz dziki. W przypadku jej wystąpienia w stadzie dochodzi do dużych spadków w produkcji. Należy podkreślić, że choroby tej nie leczy się z braku właściwej szczepionki, a jedynie zwalcza w gospodarstwach, gdzie zostanie stwierdzona. Istotny problem stanowi również ograniczenie możliwości sprzedaży i wywozu świń lub ich mięsa zarówno w kraju, jak i poza jego granice, co osłabia pozycję ekonomiczną producentów.

Zagadnienia związane z bezpieczeństwem biologicznym w Polsce są kształtowane ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt²⁶. Szczególne rozwiązania w tym zakresie zostały wprowadzone w 2015 r., a ich celem jest ograniczenie liczby gospodarstw spełniających niskie standardy odnośnie biobezpieczeństwa, co ma służyć ograniczeniu szerzenia się chorób zakaźnych zwierząt z gatunków wrażliwych przebywających w gospodarstwach²⁷. Należy dodać, że podjęcie zagadnień bioasekuracji przez ustawodawcę było skutkiem nasilenia się problemów związanych z wystąpieniem w Polsce w 2014 r. wirusa ASF w północno-wschodniej części kraju. Omawiana ustawa kształtuje zasady zwalczania chorób zakaźnych zwierząt w sposób syntetyczny, nadając przede wszystkim kompetencje właściwym organom państwa w zakresie tworzenia oraz realizacji programu. Natomiast kwestie szczegółowe zostały zawarte w rozporządzeniach wykonawczych. Odpowiednio sposoby i tryb postępowania przy podejrzeniu afrykańskiego pomoru świń, tudzież stwierdzenia choroby, jak również warunki określania obszarów zapowietrzonego, zagrożonego i skażonego oraz środki stosowane w celu zwalczania choroby, sposób czyszczenia i odkażania oraz warunki i sposób ponownego umieszczania świń w gospodarstwie zostały określone w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 6 maja 2015 r. w sprawie zwalczania afrykańskiego pomoru świń²⁸.

W celu realizacji założeń przywołanej powyżej ustawy, w oparciu o art. 57e, Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi wprowadził na mocy rozporządzenia z dnia 3 kwietnia 2015 r. „Program bioasekuracji mający na celu zapobieganie szerzeniu się afrykańskiego pomoru świń” na lata 2015–2018²⁹. Ma on na celu ograniczanie rozprzestrzeniania się wirusa ASF ze zwierząt dzikich na zwierzęta gospodarskie z gatunku świnia oraz między stadami świń utrzymywanych w gospodarstwach. Na tej podstawie zostały przyjęte szczególne wyma-

²⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 1605.

²⁷ I. Lipińska, *Prawne determinanty bioasekuracji zwierząt gospodarskich w Unii Europejskiej i Polsce*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Integracja europejska jako determinanta polityki wiejskiej. Aspekty prawne*, Warszawa 2017, s. 435.

²⁸ Dz.U. z 2015 r., poz. 754.

²⁹ Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 3 kwietnia 2015 r. w sprawie wprowadzenia „Programu bioasekuracji mający na celu zapobieganie szerzeniu się afrykańskiego pomoru świń” na lata 2015–2018 (Dz.U. z 2015 r., poz. 517 ze zm.).

gania, które muszą spełnić gospodarstwa. Odpowiednio odnoszą one do właściwych zabezpieczeń, w tym ogrodzeń i budynków, wdrożenia programu monitorowania i zwalczania gryzoni, przeprowadzania okresowych zabiegów dezynsekcji, prowadzenie rejestru środków transportu do przewozu świń, właściwego postępowania przez osoby mające kontakt ze zwierzętami.

Działania mające na celu walkę z afrykańskim pomorem świń podjęte przez Unię Europejską spowodowały, że decyzją wykonawczą nr C(2016)8568 Rady z 9 grudnia 2016 r. zatwierdzającą zmianę programu rozwoju obszarów wiejskich dla Polski do celów wsparcia w ramach Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz zmieniającą decyzję wykonawczą nr C(2014)9783 Komisji Komisja Europejska zatwierdziła zmiany Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020. Zmiany dotyczyły wprowadzenia do PROW 2014–2020 rozwiązań na rzecz działań wspierających ograniczenie skutków wystąpienia przypadków afrykańskiego pomoru świń na terenie Polski w typie operacji „Premie na rozpoczęcie działalności pozarolniczej” i w typie operacji „Restrukturyzacja małych gospodarstw” oraz w poddziałaniu „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof”³⁰.

W ramach tego ostatniego działania PROW 2014–2020, które jest przedmiotem analizy niniejszego artykułu, pomoc przyznaje się (oprócz omawianym wcześniej spółkom wodnym) również rolnikowi, który jest posiadaczem samoistnym lub zależnym nieruchomości położonej na terytorium kraju, na której prowadzi chów lub hodowlę nie mniej niż 50 świń i planuje realizację operacji mającej na celu zapobieganie rozprzestrzenianiu się ASF poprzez: ogrodzenie chlewni wraz z terenem koniecznym do realizacji obsługi świń; utworzenie lub zmodernizowanie zadaszonej niecki do dezynfekcji; zakup urządzeń do dezynfekcji; przebudowę/remont pomieszczeń w celu utrzymywania świń w gospodarstwie rolnym w odrębnych, zamkniętych pomieszczeniach.

Pomoc jest udzielana w formie refundacji części poniesionych i udokumentowanych kosztów kwalifikowalnych operacji w wysokości do 80% kosztów kwalifikowalnych. Wsparcie przyznaje się na podstawie umowy o przyznaniu pomocy zawieranej przez dyrektora oddziału regionalnego ARiMR. Pomoc przyznaje się i wypłaca do wysokości limitu, który w okresie realizacji programu wynosi maksymalnie na jednego beneficjenta 100 tys. zł – w przypadku rolnika, który jest posiadaczem samoistnym lub zależnym nieruchomości położonej na terytorium Polski i prowadzi chów lub hodowlę nie mniej niż 50 świń średniorocznie na nieruchomości położonej na terytorium kraju.

³⁰ Zob. I. Lipińska, *Prawna ochrona unijnego rynku rolnego w oparciu o nadzwyczajne środki wsparcia*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2017, nr 1, s. 90–94.

Kolejność przysługiwania pomocy w przypadku rolników ustala się na podstawie danych zawartych w rejestrze zwierząt gospodarskich oznakowanych i siedzib stad tych zwierząt, o którym mowa w ustawie z 2 kwietnia 2004 r. o systemie identyfikacji i rejestracji zwierząt³¹. Liczbę świń ustala się jako iloraz sumy liczby świń utrzymywanych przez rolnika w ostatnim dniu każdego z 12 miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym przypada dzień rozpoczęcia terminu składania wniosków o przyznanie pomocy, i liczby 12. Dane pobiera się z ww. rejestru według stanu na dzień rozpoczęcia terminu składania wniosków o pomoc finansową.

Poziom wykorzystania przez producentów rolnych oferowanej pomocy publicznej

Analizowane wsparcie o ściśle inwestycyjnym charakterze może pośrednio przyczyniać się do poprawy rentowności gospodarstw rolnych, ich konkurencyjności oraz trwałości gospodarowania. Analiza danych uzyskanych w ramach dostępu do informacji publicznej, otrzymanych z Departamentu Analiz i Sprawozdawczości Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa³², wskazuje na znaczące zainteresowanie tym działaniem, szczególnie w województwach: wielkopolskim, kujawsko-pomorskim, łódzkim oraz mazowieckim. Należy jednak zauważyć, że pierwszy nabór o pomoc finansową, który odbył się w 2017 r., cieszył się stosunkowo niewielkim zainteresowaniem. Natomiast kolejne prezentowane nabory wskazują na znaczny wzrost składanych do ARiMR wniosków. Przyczyną tego stanu rzeczy było m.in. tempo rozprzestrzeniania się na terytorium Polski afrykańskiego pomoru świń i co za tym idzie – konieczność jego ograniczania przez wdrażanie programu bioasekuracji mającego na celu zapobieganie szerzeniu się ASF. W przypadku drugiej kategorii beneficjentów, czyli spółek wodnych, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, wzrost liczby wniosków o pomoc na realizację operacji dotyczącej zaopatrzenia w sprzęt do utrzymywania urządzeń wodnych służących zabezpieczeniu gospodarstw rolnych przed zalaniem, podtopieniem lub nadmiernym uwilgoceniem spowodowany był podniesieniem maksymalnej kwoty dofinansowania, przypadającej na jednego beneficjenta, z 500 tys. zł do 1 mln zł.

We wszystkich naborach wniosków przeprowadzonych w latach: 2017–2020 łącznie w całej Polsce o pomoc aplikowało ponad 6 tys. beneficjentów na kwotę 404 mln zł. Wpływ na duże zainteresowanie tą formą pomocy, w porówna-

³¹ Dz.U. z 2004 r., Nr 91, poz. 872 z późn. zm.

³² Dane dotyczące poziomu wykorzystania pomocy w ramach wsparcia inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof, pochodzą ze stycznia 2021 r.

niu do innych mechanizmów, ma niewątpliwie 80% poziom refundacji ponoszonych kosztów kwalifikowanych, gdzie w innych działaniach PROW 2014–2020 wymiar pomocy wynosi zazwyczaj 50%. Analizowane formy wsparcia znacząco wpływają na zwiększenie ochrony warsztatu pracy rolnika. Szczegółową charakterystykę przedstawiono w tabelach 1 i 2.

Tabela 1

Dane dotyczące poziomu wykorzystania pomocy w ramach działania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof” w latach 2017–2018

Województwo	2017		2018	
	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w zł)	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w zł)
Dolnośląskie	2	655 680,00	14	1 315 898,09
Kujawsko-pomorskie	12	3 657 710,40	390	27 901 193,29
Lubelskie	99	7 046 960,77	183	11 339 514,37
Lubuskie	5	2 035 668,00	26	2 410 274,00
Łódzkie	8	2 152 944,00	239	12 391 637,99
Małopolskie	2	709 288,00	48	3 767 735,01
Mazowieckie	61	8 961 607,31	255	17 097 226,23
Opolskie	1	64 000,00	79	3 691 780,54
Podkarpackie	6	1 753 258,00	57	3 336 201,15
Podlaskie	70	8 280 528,01	94	7 073 236,23
Pomorskie	2	1 000 000,00	159	10 565 624,15
Śląskie	1	417 600,00	59	4 108 173,81
Świętokrzyskie	0	0	49	2 653 402,50
Warmińsko-mazurskie	18	4 836 065,40	159	12 399 412,42
Wielkopolskie	19	6 141 458,00	739	44 518 190,33
Zachodniopomorskie	3	1 020 000,00	3	424 152,00
Razem	309	48 732 767,89	2553	164 993 652,11

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Departamentu Analiz i Sprawozdawczości Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

Tabela 2

Dane dotyczące poziomu wykorzystania pomocy w ramach działania „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof” w latach 2019–2020

Województwo	2019		2020	
	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w zł)	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w zł)
Dolnośląskie	33	3 501 124,96	13	2 695 788,20
Kujawsko-pomorskie	364	20 641 523,94	235	11 969 888,20
Lubelskie	80	5 298 710,40	31	3 241 530,40
Lubuskie	8	1 449 700,00	10	2 135 364,40
Łódzkie	340	14 095 383,14	143	7 793 499,84
Małopolskie	41	2 751 900,20	14	730 807,00
Mazowieckie	180	12 117 239,03	96	9 610 770,48
Opolskie	62	2 560 345,00	23	1 147 786,40
Podkarpackie	25	1 930 107,20	13	1 137 589,44
Podlaskie	39	3 215 889,80	23	892 409,96
Pomorskie	116	6 257 527,80	48	2 638 207,40
Śląskie	48	2 020 034,40	16	834 612,00
Świętokrzyskie	35	1 524 786,10	18	1 170 944,00
Warmińsko-mazurskie	187	17 803 703,40	59	7 508 600,60
Wielkopolskie	470	22 226 554,75	370	17 095 519,35
Zachodniopomorskie	15	2 094 248,00	6	455 104,00
Razem	2043	119 488 778,12	1118	71 058 421,67

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Departamentu Analiz i Sprawozdawczości Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

Wnioski końcowe

Przeprowadzone rozważania prowadzą do sformułowania kilku wniosków. Ochrona trwałości warsztatu pracy producenta rolnego często wiąże się z koniecznością zaangażowania określonych środków finansowych. Odnosi się to przede wszystkim do czynności mających na celu ograniczanie ryzyka prowadzenia działalności rolniczej w celu niwelowania jego ewentualnych negatywnych skutków. W preambule do podstawowego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz

Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005³³ prawodawca wskazał, że potencjał produkcyjny sektora rolnictwa jest bardziej niż w przypadku innych sektorów narażony na szkody w wyniku klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof. Odpowiednio, aby wspomóc rentowność i konkurencyjność gospodarstw w obliczu takich klęsk lub zjawisk, należy udzielać wsparcia stanowiącego dla rolników pomoc w ochronie potencjału produkcji rolnej. Temu właśnie służy wsparcie finansowe ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, która realizowane jest w Polsce jako jednolity program pomocowy³⁴. Posiada on instrumenty wsparcia inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej przed działaniem klęski żywiołowej³⁵.

Jeśli chodzi o działanie „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof”, to pomoc ta ma wąski przedmiotowo zakres i jest odpowiedzią na zaistniałą potrzebę interwencji państwa w związku z zagrożeniami epizootycznymi oraz melioracyjnymi. Ze względu na skalę występujących zjawisk, ich potencjalny efekt i oddziaływanie na bezpieczeństwo nie tylko środowiska wiejskiego, a także kosztochłonność, ustawodawca włączył je w obszar udzielanej pomocy. Odpowiednio wsparcie jest realizowane tylko w ramach dwóch operacji, tj. ograniczania możliwości rozszerzania się afrykańskiego pomoru świń oraz ochrony produkcji rolnej przed skutkami niekorzystnych zjawisk pogodowych. Mają one charakter prewencyjny i umożliwiają dokonanie określonych inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej na skutek pojawienia się określonych zdarzeń. Biorąc pod uwagę powiększający się w Polsce obszar występowania choroby ASF, co wpływa na coraz bardziej rygorystyczne wymagania ochrony zdrowia zwierząt gospodarskich oraz zmiany klimatu wpływające na retencje wody, wydaje się zasadne, aby w przyszłej perspektywie finansowej na lata 2021–2027 ustawodawca umieścił omawiane instrumenty wsparcia trwałości warsztatu pracy producenta rolnego.

Można przyjąć, że analizowana forma wsparcia *ex ante*, czyli „Wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, których celem jest ograniczenie skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof”, skutecznie chroni producenta rolnego i zapewnia trwałość jego gospodarowania w odniesieniu do konkretnie wskazanych ryzyk. Przedmio-

³³ Dz. Urz. UE L 347, s. 487.

³⁴ P. Litwiniuk, *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018, s. 79–82.

³⁵ Zob. D. Stankiewicz, *Polityka rozwoju rolnictwa i wsi*, „Studia BAS” 2008, nr 12, s. 62; A. Niewiadomski, *Polityka rozwoju obszarów wiejskich*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019, s. 566.

towa forma pomocy zachęca producentów rolnych do rozpoczęcia działań prewencyjnych wynikających z programu bioasekuracji, mających na celu ograniczanie rozprzestrzeniania się choroby afrykańskiego pomoru świń. Ponadto w ramach drugiej operacji pomoc oferowana spółkom wodnym wspiera działania dotyczące regulacji stosunków wodnych w celu polepszenia zdolności produkcyjnej gleby, ułatwienia jej uprawy oraz ochronę użytków rolnych przed powodzią. Stworzenie w tych przypadkach sprzyjających warunków finansowych w ramach analizowanego programu unijnego oraz wprowadzenie jasnych regulacji prawnych przyczynia się do wzrostu zainteresowania rolników przyjmowaniem określonych postaw wobec aktywnego zarządzania ryzykiem działalności rolniczej, a tym samym sprowadza się do zwiększenia trwałości gospodarowania producentów rolnych.

Wykaz literatury

- Błażejczyk P., Kazimierczuk M., *Wymagania dotyczące posiadania nieruchomości rolnych w wybranych działaniach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39.
- Budzinowski R., *Przyrodniczo-techniczny czynnik rozwoju prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2006, nr 1.
- Cybulska A., Ćwiek P., Osuch-Chacińska L., *Nowe prawo wodne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Filipek K., Michalski P., Kucharski M., *Nowe prawo wodne*, Beck Info Biznes, Warszawa 2018.
- Giemza K., *Kształtowanie się współczesnego modelu europejskiego rolnictwa a kwestia agrarna*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Kwestia agrarna. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Fundacja Programów Pomocy dla Rolnictwa FAPA, Warszawa 2016.
- Giemza K., *Wdrożenie funduszy europejskich w polskim rolnictwie na przykładzie Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia z Polityki Publicznej” 2017, nr 3.
- Jeżyńska B., *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Wyd. UMCS, Lublin 2008.
- Jurciewicz A., *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Jurciewicz A., Kozłowska B., Tomkiewicz E., *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Kazimierczuk M., *Trwałość warsztatu pracy producenta rolnego jako cel wsparcia w ramach wybranych działań Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 1.
- Kazimierczuk M., *Wsparcie inwestycji przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020 (rozwiązania prawne i praktyka)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51.
- Kuś A., *Rodzaje kompetencji Unii Europejskiej a unijna polityka podatkowa*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 2.
- Lipińska I., *Prawna ochrona unijnego rynku rolnego w oparciu o nadzwyczajne środki wsparcia*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2017, nr 1.

- Lipińska I., *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Poltext, Warszawa 2019.
- Lipińska I., *Prawne determinanty bioasekuracji zwierząt gospodarskich w Unii Europejskiej i Polsce*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Integracja europejska jako determinanta polityki wiejskiej. Aspekty prawne*, Fundacja Programów Pomocy dla Rolnictwa FAPA, Warszawa 2017.
- Litwiniuk P., *Pozycja samorządu województwa w zakresie wdrażania działań objętych Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Samorząd terytorialny w procesie rozwoju gospodarczego obszarów wiejskich*, Inst. Prawa Ustrojowego, Warszawa 2015.
- Litwiniuk P., *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018.
- Mickiewicz A., Mickiewicz B., *Charakterystyczne cechy nowego Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. XVII.
- Niewiadomski A., *Polityka rozwoju obszarów wiejskich*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Prutis S., *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2009, t. VII.
- Rakoczy B., *Wybrane problemy prawa wodnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Rembisz W., *Kwestie ryzyka, cen, rynku, interwencji i stabilności dochodów w rolnictwie*, Wizja Press, Warszawa 2013.
- Spychalski M., *Wpływ Wspólnej Polityki Rolnej Unii Europejskiej na rozwój sektora rolnego i obszarów wiejskich w Polsce – przewidywane korzyści i koszty w pierwszych latach członkostwa*, „International Journal of Management and Economics” 2004, vol. 16.
- Stankiewicz D., *Polityka rozwoju rolnictwa i wsi*, „Studia BAS” 2008, nr 12.
- Stoksik J., *Projektowanie pomocy unijnej w dziedzinie polityki rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2013, t. XI.
- Tomkiewicz E., Bocheński M., *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X.
- Wigier M., *Analiza efektów realizacji polityki rolnej wobec rolnictwa i obszarów wiejskich*, Inst. Ekonomiki Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej – Państwowy Instytut Badawczy, Warszawa 2011.

Summary

Support for the agricultural producer's workshop to prevent the destruction of the production potential under the Rural Development Program 2014–2020

Keywords: Rural Development Programme 2014–2020, financial support, African swine fever-ASF, water companies, investments, farm.

The article focuses on the analysis of normative solutions contained in the Rural Development Program 2014–2020 regarding the aid instrument called

“Support for investment in preventive measures, which aims to reduce the effects of probable natural disasters, adverse climatic events and disasters”. The purpose of the article is to try to answer the question of whether and to what extent the form of support mentioned ensures the durability of farming for an agricultural producer. The analyzed RDP 2014–2020 action is implemented as part of two operations, i.e. limiting the possibilities of the spread of African swine fever (ASF) and protecting agricultural production against the effects of adverse weather phenomena. Creating favourable financial conditions in these cases and introducing clear legal regulations contributes to the increase of farmers’ interest in adopting specific attitudes towards active risk management of the agricultural activity, and thus increasing their resilience to emerging crises. This tool significantly affects the protection of the workshop of agricultural producers. Based on the analysis of the research material, conclusions were presented indicating possible recommendations that should be implemented when designing the assumptions for the future financial perspective of the European Union for 2021–2027.

Adrianna Kimla

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-6784-1256

akimla@ur.edu.pl

Analiza ryzyka rozpadu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – casus Szkocji

Wprowadzenie

W pierwszej połowie XX w. ponad 25% światowych terytoriów (zamieszkałych przez ok. 450 mln ludzi) należało do Imperium Brytyjskiego¹. U szczytu jego potęgi (lata 1837–1901) zwykło się mawiać, że nad Imperium tym „słońce nigdy nie zachodzi” (ang. *the empire on which the sun never sets*), co oznaczało, iż w „dowolnym momencie na jego powierzchni istniało takie miejsce gdzie trwał dzień”². Na skutek współzawodnictwa gospodarczego i politycznego z Niemcami, a następnie wybuchu I wojny światowej, Wielka Brytania poniosła znaczne straty finansowe i – co istotne – utraciła pozycję dominującego mocarstwa światowego. Następnie w ramach procesu dekolonizacji, który nabrał tempa po II wojnie światowej, Wielka Brytania uznała niezależność większości terytoriów, co wpłynęło na jej późniejszy kształt³. Obecnie integralną część Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (dalej jako ZK) tworzą: Anglia, Walia, Irlandia Północna i Szkocja⁴.

¹ J. Pajewski, *Historia powszechna 1871–1918*, Warszawa 1999, s. 18.

² N. Ferguson, *Empire: The Rise and Demise of the British World Order*, Basic Books, 2004, s. 15.

³ Ibidem, s. 2–15.

⁴ Pozostałością po dawnym Imperium są terytoria, nad którymi Wielka Brytania sprawuje kontrolę (tzw. terytoria zależne), a które nie stanowią jej integralnej części, są to m.in.: Kajmany, Falklandy, Wyspa Świętej Heleny, Gibraltar, Georgia Południowa i inne.

Wielka Brytania boryka się z zapoczątkowanym w 2016 r.⁵ kryzysem gospodarczym, politycznym i ekonomicznym⁶, ale również ustrojowym i terytorialnym. Aby zrozumieć zasady prawne, określające organizację, sposób funkcjonowania i istotę problemu związanego z ryzykiem dezintegracji, jaki od dłuższego czasu narastał, należy odnieść się do genezy i historycznego powstania ZK⁷. Bowiem te czynniki są ze sobą ściśle powiązane.

W 1603 r. Szkocja i Królestwo Anglii zostały połączone unią personalną, natomiast w 1707 r. podpisały *Act of Union 1707* (akt o unii), na podstawie którego Anglia i Szkocja zjednoczyły się⁸. Sam akt o unii zapewnił Szkocji korzyści gospodarcze, natomiast Anglii korzyści polityczne⁹. W 1707 r. unia personalna, która dotychczas łączyła oba te kraje, została przekształcona w unię realną, czego skutkiem było utworzenie Królestwa Wielkiej Brytanii, w skład którego weszła również Walia¹⁰. Ostateczne zjednoczenie Wysp Brytyjskich dokonało się wraz z wejściem w życie aktu unii, który ratyfikowano w 1800 r. (*Act of Union 1800*, sporadycznie też *Acts of Union 1801*). Należy podkreślić, że pod nazwą wyżej wymienionego aktu kryją się dwie ustawy: akt unii z Irlandią z 1800 r.¹¹ uchwalony przez parlament brytyjski i akt unii z 1800 r.¹² uchwalony przez parlament irlandzki. Oba te akty weszły w życie

⁵ 23 czerwca 2016 r. w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej odbyło się referendum, w którym uprawnieni do głosowania Brytyjczycy (frekwencja wynosiła 72,2%) zadecydowali o opuszczeniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej – 51,9% głosujących zadeklarowało chęć wystąpienia z Unii Europejskiej, natomiast 48,1% opowiedziało się za pozostaniem. Było to wydarzenie bezprecedensowe w dziejach Unii Europejskiej, które wpłynęło negatywnie m.in. na integrację europejską.

⁶ Jak wynikało z raportu opublikowanego przez brytyjski resort finansów, już sama deklaracja Wielkiej Brytanii o opuszczeniu Unii Europejskiej miała przynieść straty związane chociażby ze spadkiem dochodu narodowego o 3,6% (prognoza na lata 2016–2017), obniżeniem cen za domy (o 10%) oraz zwiększeniem liczby osób bezrobotnych aż o ponad pół miliona. Od 2018 r. – jak podawał Brytyjski Urząd Statystyczny (ONS) – można zaobserwować faktyczne spowolnienie tempa gospodarki (w porównaniu do lat 2012–2017) co obrazuje spadek PKB, ale także regresja w wielu sektorach gospodarki (np. produkcja samochodów spadła o 4%, a budownictwo 0,3%). ONS jako decydującą przyczynę osłabienia gospodarki podał „niepewność i obawy związane z wyjściem Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej”. Zob. *Minęło 100 dni od brexitu. Jakie straty gospodarcze poniosła Wielka Brytania? [PROGNOZY VS. REALIA]*, Forsal.pl, 12 kwietnia 2021 r., <https://forsal.pl/swiat/brexit/artykuly/8137095,100-dni-brexitu-jakie-straty-gospodarcze-poniosla-wielka-brytania-prognozy-vs-realia.html> (data dostępu: 14.08.2021).

⁷ L. Rajca, *Dewolucja jako szczególny proces decentralizacji w Wielkiej Brytanii*, [w:] K. Czarnecki, A. Lutrzykowski, R. Musiałkiewicz (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce i w Europie. Aktualne problemy i wyzwania*, Włocławek 2017, s. 148.

⁸ V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford 1999, s. 7.

⁹ H. Zins, *Historia Anglii*, Warszawa–Wrocław 1971, s. 233.

¹⁰ Początkowo Anglia była monarchią zjednoczoną, która w 1267 r. weszła w unię personalną z Walią. W 1707 r. unia personalna, która dotychczas łączyła oba te kraje, została przekształcona w unię realną.

¹¹ *Union with Ireland Act*, dostępny pod adresem: <https://jameswjbowden.files.wordpress.com/2013/06/union-with-ireland-act-1800.pdf> (data dostępu: 14.08.2021).

¹² *Act of Union 1800*, dostępny pod adresem: <https://www.legislation.gov.uk/aip/Geo3/40/38/part/1?view=plain> (data dostępu: 14.08.2021).

1 stycznia 1801 r. i połączyły Królestwo Wielkiej Brytanii z Królestwem Irlandii, tworząc Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii¹³. W 1921 r. dokonał się podział wyspy Irlandia na dwie autonomiczne części: Irlandię Północną i Południową, jednak ostatecznie tylko Irlandia Północna została wcielona do ZK. W 1927 r. Zjednoczone Królestwo ponownie zmieniło swoją nazwę na Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.

„Szkocja, Walia i Irlandia Północna przystąpiły do unii z Anglią w różnych okolicznościach i na podstawie odmiennych aktów prawnych. Istnienie różnych systemów prawnych w państwie brytyjskim jest zatem następstwem historii politycznej, a w tym rozwiązań przyjmowanych w czasach godzenia się na unię”¹⁴. Niezaspokojone oczekiwania i postulaty, a także dysproporcja, jaka występuje między poszczególnymi częściami ZK, stwarza różnego rodzaju utrudnienia, które mogą prowadzić do ruchów narodowowyzwoleńczych.

Szkockie dążenia do uzyskania niepodległości

Szkoci od początku istnienia swojego państwa bronili niepodległości przed ludami, które regularnie najeżdżały ich terytorium. „Kraj, który przez wiele stuleci był niepodległy, nagle został jedynie regionem, częścią składową wielkiego imperium”¹⁵. Po 1707 r. Szkoci wielokrotnie próbowali uniezależnić się od ZK¹⁶, czego rezultatem były ruchy narodowowyzwoleńcze. W XVIII w. doszło do wzniesienia kilku gwałtownych powstań, głównie zorganizowanych przez jakobickich wyznawców legitymistycznej dynastii Stuartów¹⁷. Powstaniem, które miało największą szansę na powodzenie była tzw. Druga Wielka Rebelia (1745–1746). Jednak brak zdecydowania ze strony dowódców, a także dezercje wśród ochotników doprowadziły do klęski jakobitów. W efekcie Anglia nałożyła na szkotów surowe represje, które dotyczyły chociażby zakazu używania języka gaelickiego i noszenia narodowego stroju¹⁸.

Kolejne ważne wydarzenie, które ukierunkowało Szkotów w dążeniach niepodległościowych, miało miejsce 7 kwietnia 1934 r., kiedy to z połączenia

¹³ Przed uchwaleniem obydwu aktów Irlandia związała się z Anglią unią personalną, która trwała od 1541 r.

¹⁴ L. Rajca, op. cit., s. 149.

¹⁵ A. Małecka, *Odrębność kulturowa Szkotów i szkockie dążenia separatystyczne*, [w:] M. Żakowska, A. Dąbrowska, J. Parnes (red.), *Europa swoich – Europa obcych. Stereotypy, zderzenia kultur i dyskursy tożsamościowe*, Łódź 2017, s. 171.

¹⁶ L. Colley, *Britons: Forging the Nation*, New Haven 1992, s. 11.

¹⁷ E. Radmoska, *Szkockie dążenia niepodległościowe – główne wyzwania w sferze ekonomicznej w aspekcie ewentualnego odłączenia się Szkocji od Zjednoczonego Królestwa*, „Studia Europejskie” 2018, nr 1, s. 119.

¹⁸ A. Ichijo, *Scottish Nationalism and the Idea of Europe: Concepts of Europe and the Nation*, New York 2004, s. 33.

Partii Narodowej Szkocji oraz Szkockiej Partii powstała nacjonalistyczna Szkocka Partia Narodowa (*Scottish National Party* – SNP)¹⁹, której głównym dążeniem było prowadzenie kampanii na rzecz samostanowienia i niepodległości Szkocji²⁰. Szczególnie skrajne okazały się poglądy liderów partii w odniesieniu do II wojny światowej²¹. Profesor Douglas Young, będący liderem SNP w latach 1942–1945, stanowczo nie zgadzał się z poborem Szkotów do Brytyjskich Sił Zbrojnych, a jego działalność spotkała się z powszechną krytyką społeczeństwa brytyjskiego. Ostatecznie Young został skazany i trafił do więzienia za odmowę odbycia obowiązkowej służby wojskowej. Natomiast szkoci dziennikarz Arthur Donaldson, zanim został liderem SNP, twierdził, że inwazja nazistów na Wielką Brytanię przyniesie Szkocji same korzyści i ogromne możliwości, gdyż osłabiona Anglia nie będzie w stanie dyktować warunków, w efekcie czego Szkocja będzie w stanie odzyskać niepodległość²². Rozgłos na scenie politycznej i w kraju partia zyskała jednak dopiero w 1970 r., kiedy jej kandydatka Winnie Ewing niespodziewanie wygrała w wyborach uzupełniających do Izby Gmin²³. Poparcie dla SNP z roku na rok zaczęło rosnąć, a w wyborach, które odbyły się w październiku 1974 r., jej członkowie zdobyli jedenaście mandatów w Izbie Gmin²⁴.

Po 1945 r. Szkocja i Anglia doszły do kompromisu, a za wspólny cel postawiły sobie dążenie do zbudowania państwa dobrobytu (ang. *welfare state*). Angielsko-szkocki konsensus nie trwał jednak długo, bo do połowy lat 70. XX w., gdy premierem została Margaret Thatcher²⁵. Jej posunięcia i ruchy polityczne aż do dzisiaj są przedmiotem zażartych sporów, a na znacznej większości obszarów Szkocji jej rządy uważane są za klęskę. Premier Wielkiej Brytanii była m.in. przeciwniczką utworzenia autonomicznego rządu Szkocji, co wcześniej szeroko lansowała Partia Konserwatystów, której była liderem,

¹⁹ Obecnie Szkocka Partia Narodowa jest – obok Partii Pracy i Partii Konserwatywnej – trzecią pod względem wielkości partią polityczną w Wielkiej Brytanii, na czele której od 20 listopada 2014 r. stoi Nicola Sturgeon, pełniąca funkcje pierwszego ministra Szkocji. Zgodnie z danymi Komisji Wyborczej na dzień 31 grudnia 2015 r. partia liczyła 115 000 członków – zob. Electoral Commission, *Scottish National Party accounts 2015*, <http://search.electoralcommission.org.uk/Search/Accounts?currentPage=1&rows=10&sort=TotalIncome&order=desc&open=filter&et=pp&year=2015®ister=gb®Status=registered&rptBy=centralparty&rptBy=accountingunits&optCols=BandName> (data dostępu: 14.08.2021).

²⁰ G. Hassan, *The Modern SNP: From Protest to Power*, Edinburgh University Press, 2009, s. 5–9.

²¹ H.J. Hanham, *Scottish Nationalism*, London 1969, s. 163.

²² *M15 file links former SNP leader to Nazi plan*, „The Scotsman”, 7 listopada 2005 r., <https://www.scotsman.com/news/m15-file-links-former-snp-leader-nazi-plan-2512735> (data dostępu: 14.08.2021).

²³ E. Radmoska, op. cit., s. 120.

²⁴ G. Duerr, *Scottish Secession: Prospects for Independence after Blair?*, „Britain after Blair” – Chicago, s. 10.

²⁵ Margaret Thatcher – w latach 1975–1990 szefowa Partii Konserwatywnej, ponadto pierwsza kobieta premier Wielkiej Brytanii, która sprawowała tę funkcję w latach 1979–1990.

w rezultacie czego poparcie Szkotów dla konserwatystów znacząco spadło²⁶. Decyzje Thatcher spowodowały również, że doszło do likwidacji znacznej części regionalnego przemysłu, a także wystąpienia szeregu negatywnych skutków zarówno gospodarczych, jak i społecznych²⁷. Niewykluczone, że odmienne podejście Szkocji i Anglii do zagadnień gospodarczych w kraju było bodźcem do ponownego wzniecenia szkockich dążeń niepodległościowych²⁸. Do tego doszła odmienność poglądów w zapatrywaniu się na funkcjonowanie państwa i większe przywiązywanie do reguł solidaryzmu społecznego, a także przekonanie o samowystarczalnej gospodarce.

Szkocja coraz częściej zaczęła wysuwać postulaty dotyczące zwiększenia autonomii. W rezultacie we wrześniu 1997 r. przeprowadzono referendum, na mocy którego utworzono Parlament Szkocki (*Scottish Parliament*, często też określany „Holyrood”) oraz przyznano mu możliwość wpływania na wysokość podatków²⁹. Żądania Szkotów nie zostały jednak w pełni zaspokojone, co spowodowało, że SNP zaczęła jeszcze prężniej działać na rzecz uzyskania niepodległości.

18 września 2014 r. podczas referendum niepodległościowego Szkoci dostali szansę na podjęcie decyzji w kwestii odłączenia się od ZK. Pytanie, które zostało im zadane brzmiało następująco: Czy Szkocja powinna być niepodległym krajem? (*Should Scotland be an independent country?*). Za niepodległością zagłosowało 44,7%, natomiast przeciw 55,3%, frekwencja była rekordowa i wyniosła 84,59%³⁰. Wynik referendum na chwilę dał poczucie wewnętrznej stabilizacji w ZK, jednak należy mieć na uwadze, że blisko 45% szkockiego społeczeństwa zakwestionowało dalszy sens bycia w unii z Anglią, Walią i Irlandią Północną³¹. Mimo że wynik referendum na pierwszy rzut oka mógłby zostać uznany za całkowitą porażkę, to ostatecznie Szkocja zyskała. Uprawnienia Szkockiego Parlamentu po raz kolejny zostały poszerzone ustawą o Szkocji (*Scotland Act 2016*)³². „Tożsamość narodowa Szkotów, a także ich

²⁶ Niechęć Szkotów w stosunku do Partii Konserwatywnej pogłębiła się w czasie rządów Johna Majora, który był w latach 1990–1997 jej liderem, jednocześnie pełniąc funkcję premiera Wielkiej Brytanii.

²⁷ E. Radmoska, op. cit., s. 120.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Głosy w przeprowadzonym referendum rozłożyły się następująco: aż 74,3% uprawnionych do głosowania wyraziło poparcie na utworzenie szkockiego organu ustawodawczego, natomiast 25,7% zagłosowało przeciw. Jeżeli chodzi o kwestię związaną z możliwością wpływania na wysokość podatków, 63,5% poparła to rozwiązanie, 36,5% wyraziła sprzeciw, a frekwencja w obu przypadkach wyniosła 60,4% - zob. *Scottish Referendum Live – The Results*, BBC, <http://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/devolution/scotland/live/index.shtml#top> (data dostępu: 14.08.2021).

³⁰ *Scotland Decides*, BBC News, 19 września 2014 r., <https://www.bbc.com/news/events/scotland-decides/results> (data dostępu: 4.08.2021).

³¹ M. Bonikowska, *Szkockie referendum: jakie wnioski dla UE i UK?*, „Centrum Stosunków Międzynarodowych” 2014, nr 7, s. 2.

³² *Scotland Act 2016*, akt ten dostępny pod adresem: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/11/contents/enacted> (data dostępu: 14.08.2021).

wytrwałość w dążeniu do zyskania zwiększonej autonomii, zaowocowała największym zakresem kompetencji i uprawnień – w porównaniu z Walią i Irlandią Północną³³. Należy jednak pamiętać, że Parlament ZK posiada wszelkie środki do uchylenia każdego nadanego przez Szkotów prawa, a kompetencje Parlamentu Szkockiego są ograniczone, o czym świadczy chociażby to, że Holyrood nie posiada uprawnień do zorganizowania referendum niepodległościowego. Wynika to wprost z przepisów Aktu o Szkocji z dnia 19 listopada 1998 r. (*The Scotland Act 19th November 1998*)³⁴. Zgodnie z art. 30 ust. 2 tegoż aktu, za zgodą Parlamentu ZK, formalnie istnieje możliwość nadania Parlamentowi Szkockiemu tymczasowych uprawnień do jego organizacji. Jednakże w rzeczywistości zgody na przeprowadzenie referendum ze strony Parlamentu ZK, a także brytyjskiego premiera Borisa Johnsona, nie ma³⁵. Swoje stanowisko Johnson argumentuje tym, że priorytetem dla ZK jest odbudowa gospodarki po pandemii, a kwestia niepodległości została rozstrzygnięta w 2014 r. Ponadto premier ZK podnosi fakt, że w 2014 r. Szkoci sami oznajmili, że w przypadku przegranej nie będą naciskali na organizację referendum w tym pokoleniu.

Wielokrotnie pomijana Szkocja przez rząd centralny ZK, który nie akceptował postulatów ważnych dla prawidłowego rozwoju społecznego czy gospodarczego, mimo licznych przeszkód, poszukuje możliwości przeprowadzenia kolejnego referendum. W marcu 2021 r. Szkocki rząd opublikował projekt ustawy w sprawie zorganizowania głosowania, w którym Szkoci mieliby odpowiedzieć na następujące pytanie: Czy Szkocja powinna być niepodległym krajem? Zgodnie z wstępnymi założeniami, projekt ustawy miał zostać zatwierdzony w przypadku, gdyby większość posłów wybranych w majowych wyborach (2021 r.) opowiedziały się za niepodległością Szkocji³⁶. Mimo zwycięstwa SNP, do uzyskania większości bezwzględnej zabrakło jednego mandatu. Po ogłoszeniu wyników wyborów, 9 maja 2021 r. doszło do spotkania

³³ Mimo że w ramach brytyjskiej dewolucji największy zakres uprawnień uzyskał Parlament Szkocki, to sprawy ustrojowe, zagraniczne, rejestracji partii politycznych itd. pozostały również w gestii Parlamentu Wielkiej Brytanii. *Vide*: M. Cimke, *Specyfika państwa regionalnego na przykładzie devolved regions w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 3(49), s. 68.

³⁴ Na podstawie *The Scotland Act 1998* został powołany zdecentralizowany Parlament Szkocki oraz rząd szkocki. Należy podkreślić, że jest to jeden z najważniejszych aktów konstytucyjnych, który ma realny wpływ na funkcjonowanie Szkocji od czasów Aktu Zjednoczenia z 1707 r. Tekst aktu dostępny pod adresem: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/contents> (data dostępu: 14.08.2021).

³⁵ Boris Johnson – brytyjski polityk, od 2019 r. lider Partii Konserwatywnej, a także premier ZK.

³⁶ *Drugie referendum ws. niepodległości Szkocji. Rząd przedstawił projekt ustawy*, Polsat News, 22 marca 2021 r., <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2021-03-22/drugie-referendum-ws-niepodleglosci-szkocji-rzad-przedstawil-projekt-ustawy/#komentarze-1607229> (data dostępu: 15.08.2021).

szeffów rządów, na którym liderka SNP Nicola Sturgeon³⁷ oświadczyła, że mieszkańcy Szkocji bezwzględnie powinni mieć możliwość wyrażenia zdania w sprawie niepodległości. Jednak ze względu na kryzys związany z pandemią sprawę tę należy odroczyć w czasie. Liderka SNP wyraźnie zadeklarowała, że naród szkocki będzie mógł zdecydować o swojej niepodległości, a sprawa referendum jest kwestią „kiedy”, a nie „czy”³⁸. Zgodnie z oficjalnymi informacjami podanymi przez SNP, Sturgeon będzie współpracować z brytyjskim rządem, aby wyprowadzić kraj z kryzysu, w jakim obecnie się znajduje z powodu pandemii – ponieważ jest to kwestia pierwszoplanowa³⁹. Dobre relacje z brytyjskim rządem z pewnością są na wagę złota, gdyż należy pamiętać, że referendum nie może odbyć się bez jego zgody.

Podsumowanie

„ZK nigdy nie było modelowym państwem unitarnym, lecz unią czterech państw, które zachowały własną odrębność”⁴⁰. Tę odmienność szczególnie prezentuje Szkocja, która od zawsze „spoglądała w innym kierunku”. Niepodległościowe dążenia Szkotów w ostatnim czasie uległy silnemu nasileniu. Czynnikiem, który niewątpliwie miał znaczący wpływ na wzrost szkockich nastrojów nacjonalistycznych, było referendum w sprawie wyjścia ZK z Unii Europejskiej, a na późniejszym etapie sam brexit, który spowodował, że potencjalne odłączenie Szkocji od ZK stało się bardziej problematyczne. Należy podkreślić, że gdyby proeuropejscy Szkoci⁴¹ otrzymali status niepodległego państwa i chcieliby pozostać w strukturach Unii Europejskiej, musieliby podjąć starania o akcesję (nie ma w tym przypadku możliwości, aby przywrócić

³⁷ Nicola Sturgeon – szkocka polityk, od 14 listopada 2014 r. lider Szkockiej Partii Narodowej, natomiast od 20 listopada 2014 r. pierwsza minister Szkocji.

³⁸ *Szkocja nie rezygnuje z marzeń o niepodległości. „Drugie referendum to kwestia kiedy, a nie czy”*, 10 maja 2021 r., Business Insider, <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/niepodleglosc-szkocji-drugie-referendum-to-kwestia-kiedy-a-nie-czy-mowi-szefowa/bq8r89j> (data dostępu: 21.08.2021).

³⁹ M. Nowakowska, *Szkocja: Prace nad nowym referendum niepodległościowym zostaną wznowione*, 8 września 2021 r., <https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/szkocja-wielka-brytania-uk-referendum-niepodleglosc-sturgeon-johnson/> (data dostępu: 10.09.2021).

⁴⁰ Najczęściej ZK określane jest mianem unitarnego państwa wyspiarskiego, jednak o silnym stopniu decentralizacji. „Warto dodać, że państwo unitarne oznacza wszelkie dążenia do zjednoczenia wielu autonomicznych tworów społecznych w jedną całość” – *vide*: M. Katana, *Wielka Brytania jako region pogranicza: tożsamości i artykulacja interesów politycznych*, „Pogranicze. Polish Borderland Studies” 2013, nr 1, s. 92.

⁴¹ Szkoci to najbardziej proeuropejski naród Zjednoczonego Królestwa – 62% z nich opowiedziało się za pozostaniem kraju w strukturach unijnych, a tylko 38% za ich opuszczeniem. Szerzej: V. Serzhanova, A. Kimla, *Potencjalny wpływ brexitu na ustrój terytorialny i integralność Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6(161), s. 117–143.

członkostwo Szkocji tylko poprzez uzyskanie przez nią niepodległości), co wiąże się z przejściem skomplikowanej procedury określonej w art. 49 traktatu o Unii Europejskiej⁴². Co istotne, negocjowane warunki prawdopodobnie nie będą tak zyskowne, jak było to w przypadku ZK.

Opowiadając się za odłączeniem od ZK, Szkoci uważają, że nieduży powierzchniowo kraj, doskonale poradzi sobie jako samodzielne, samowystarczalne państwo. Jako przykład przywołują Republikę Irlandii, która przez 750 lat była pod panowaniem angielskim, aż do 1921 r., kiedy to zostało utworzone Wolne Państwo Irlandzkie. Od roku 1171 do 1921 r. w Irlandii powstało wiele ruchów niepodległościowych, a ich determinacja umożliwiła całkowite uniezależnienie się od władz brytyjskich. „David McCrone zwraca uwagę na podobieństwa między Republiką Irlandii i Szkocją: podobna »celtycka« historia, zbliżona liczba mieszkańców, doświadczenia w byciu »pod kontrolą« Westminsteru»⁴³.

Szkoci podnoszą, że są w stanie osiągnąć autarkię (czyli samowystarczalność gospodarczą) w związku z przylegającymi do ich terenów obszarami morskimi, które są bogate w złoża ropy naftowej i gazu. Ponadto mieszkańcy północnej części wyspy twierdzą, że „niepodległości” nie będą budować na nowo, gdyż posiadają już wiele organów i instytucji suwerennego państwa, takich jak rząd, parlament, a także własny język czy zwyczaje. Trzeba podkreślić fakt, że Szkotów cechuje „dojrzały nacjonalizm”. „Bycie Szkotem jest ponad bycie Brytyjczykiem”⁴⁴. Badanie przeprowadzone przez YouGov dla BBC wykazało silniejszą tożsamość nacjonalistyczną wśród Szkotów niż pośród innych grup narodowych zamieszkujących ZK. Aż 84% ankietowanych Szkotów, którzy mogli wybrać tylko jedną tożsamość zadeklarowało, że „bardzo mocno” identyfikuje się jako Szkot, natomiast 16% wybrało inną grupę narodową⁴⁵. Natomiast badanie przeprowadzone na grupie Walijczyków i Anglików wykazało, że 54% badanych Anglików „bardzo mocno” czuje się Anglikami (46% wybrało inną możliwość), a mniej niż połowa, bo 41% Walijczyków, utożsamia się jako Walijczycy⁴⁶. Coraz częściej wśród Szkotów można zaobserwować kryzys tożsamości państwowej na rzecz narodowej, co może być ważnym sygnałem, którego pod żadnym pozorem nie należy bagatelizować.

Dążenie Szkotów do odzyskania pełnej suwerenności, mimo prowadzonej intensywnie polityki tożsamości (historycznie istotnej), napotyka na liczne

⁴² Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE 2016 C 202.

⁴³ K. Robbins, *Britain and Europe: Devolution and Foreign Policy*, „International Affairs” 1998, nr 74(1), s. 105.

⁴⁴ E. Radmoska, op. cit., s. 119.

⁴⁵ S. Brocklehurst, *Scots 'more optimistic about future', according to BBC survey*, BBC, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44301827> (data dostępu: 10.09.2021).

⁴⁶ Sir J. Curtice, *Nationalism 'mean something different' in Scotland*, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44300916> (data dostępu: 10.09.2021).

przeszkody. Pierwszą barierę stanowią uwarunkowania prawno-organizacyjne tj. brak woli i zgody ze strony Parlamentu ZK na przeprowadzenie referendum niepodległościowego. W tej niekorzystnej sytuacji SNP bierze jednak pod uwagę możliwość skierowania sprawy do rozpatrzenia przez Sąd Najwyższy w Londynie, którego zadaniem byłaby ocena legalności przeprowadzenia referendum niepodległościowego bez zgody ZK. Są jednak nikłe szanse na to, aby Sąd Najwyższy poparł takie rozwiązanie.

Kolejną trudnością, która wydaje się nie być podnoszona przez szkocki rząd, jest fakt, że w porównaniu do ostatnich miesięcy poparcie dla działań i ruchów niepodległościowych wśród Szkotów spadło. W sondażu przeprowadzonym przez Savanta ComRes dla „The Scotsman” w lutym 2021 r., ponad 47% ankietowanych zadeklarowało, że gdyby odbyło się referendum niepodległościowe, to zagłosowałoby w nim za niepodległością Szkocji, natomiast 43% opowiedziało się przeciw takiemu rozwiązaniu⁴⁷. Trzy miesiące później, co ciekawe, liczby te odwróciły się – 43% biorących udział w ankiecie wskazało, że zagłosuje za niepodległością Szkocji, natomiast 47% przeciw⁴⁸. Z najnowszego sondażu przeprowadzonego we wrześniu 2021 r. na zlecenie „The Scotsman” wynika natomiast, że 48% popiera szkocką niepodległość, 52% jest przeciwnikiem secesji⁴⁹. Warto podkreślić, że jeszcze w październiku 2020 r. poparcie dla niepodległości osiągnęło rekordowy poziom, co wynika chociażby z sondażu Ipsos Mori – 58% badanych poparło oderwanie się Szkocji od ZK, a 42% wyraziło sprzeciw⁵⁰.

Gdyby opisane powyżej problemy prawne i społeczne zostały pokonane, to Szkoci, dążąc do odzyskania niepodległości, nie powinni zapominać o negatywnych skutkach secesji, takich jak konieczność wprowadzenia własnej waluty (rząd ZK wyraźnie sprzeciwia się zachowaniu unii walutowej w przypadku uzyskania niepodległości przez Szkocję), co spowoduje narażenie gospodarki na zwiększone koszty obsługi zadłużenia oraz konieczność budowy sił zbrojnych od podstaw⁵¹.

Wydaje się, że pandemia i związany z nią kryzys gospodarczy zahamowały potencjalne zagrożenie dla integralności ZK, na co wskazują chociażby cyklicz-

⁴⁷ *Scottish support for independence drops, poll shows*, Reuters, 11 lutego 2021 r., <https://www.reuters.com/article/uk-britain-politics-scotland-idUSKBN2AB142> (data dostępu: 14.09.2021).

⁴⁸ *Szkoci chcą niepodległości. Oczekują od brytyjskiego rządu zgody na nowe referendum*, Forsal.pl, 14 października 2020 r., <https://forsal.pl/swiat/brexit/artykuly/7848643,rekordowy-poziom-poparcie-dla-niepodleglosci-szkocji.html> (data dostępu: 14.09.2021).

⁴⁹ *Rozwód z Londynem? Szkoci podzielili się prawie na pół ws. niepodległości regionu*, Forsal.pl, 10 września 2021 r., <https://forsal.pl/swiat/aktualnosci/artykuly/8241991,szkocja-referendum-niepodleglosciowe-sondaze-szkoci-podzielili-sie-prawie-na-pol.html> (data dostępu: 14.09.2021).

⁵⁰ A. Wolska, *Szkocja: Rekordowe poparcie dla niepodległości*, Euroactive, 14 września 2020 r., <https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/szkocja-rekordowe-poparcie-dla-niepodleglosci> (data dostępu: 14.09.2021).

⁵¹ N. Davies, *Wyspy*, Kraków 2007, s. 864–866.

nie przeprowadzane sondaże, ale także słowa liderki SNP. Sturgeon po wygranych wyborach do Parlamentu, które odbyły się w maju 2021 r., przyznała, że w pierwszej kolejności należy zająć się kryzysem gospodarczym, a później kwestią niepodległości Szkocji⁵². Jednakże liderka SNP nie ukrywa, że chciałaby przeprowadzenia referendum w pierwszej połowie swojej 5-letniej kadencji⁵³.

Mieszkańcy północnej części wyspy nigdy nie pogodzili się z angielską dominacją, a ich dążenia niepodległościowe są w ostatnich latach szczególnie silne. Brak równoprawnej pozycji między organami regionalnymi a centralnymi generuje wiele nieporozumień pomiędzy Szkocją a Anglią. Mimo że kwestia niepodległości – przynajmniej na razie – zesłała na dalszy plan, to nie należy całkowicie wykluczać, iż żądania szkotów nie nabiorą tempa. Zbyt pochopne decyzje po obu stronach mogą doprowadzić do nieodwracalnych konsekwencji, które będą miały wpływ na dalsze losy Wielkiej Brytanii – mowa tu o chociażby o konieczności gruntownej przebudowy struktur, instytucji i polityki państwa – oraz kształt i pozycję współczesnej Europy na arenie międzynarodowej.

Wykaz literatury

- Bogdanor V., *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Bonikowska M., *Szkockie referendum: jakie wnioski dla UE i UK?*, „Centrum Stosunków Międzynarodowych” 2014, nr 7.
- Brocklehurst S., *Scots 'more optimistic about future', according to BBC survey*, BBC, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44301827>.
- Cimke M., *Specyfika państwa regionalnego na przykładzie devolved regions w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 3(49).
- Colley L., *Britons: Forging the Nation*, Yale University Press, New Haven 1992.
- Curtice J., *Nationalism 'mean something different' in Scotland*, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44300916>.
- Davies N., *Wyspy*, Wyd. Znak, Kraków 2007.
- Drugie referendum ws. niepodległości Szkocji. Rząd przedstawił projekt ustawy*, Polsat News, 22 marca 2021 r., <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2021-03-22/drugie-referendum-ws-niepodleglosci-szkocji-rzad-przedstawil-projekt-ustawy/#komentarze-1607229>.
- Duerr G., *Scottish Secession: Prospects for Independence after Blair?*, Britain after Blair, British Politics Group, Chicago.
- Ferguson N., *Empire: The Rise and Demise of the British World Order*, Basic Books, 2004.

⁵² Premier Szkocji Nicola Sturgeon zapowiada referendum niepodległościowe po pandemii, Forsal.pl, 18 maja 2021 r., <https://forsal.pl/swiat/artykuly/8166435,premier-szkocji-sturgeon-referendum-niepodleglosciowe-po-pandemii.html> (data dostępu: 15.09.2021).

⁵³ Ibidem.

- Hanham H.J., *Scottish Nationalism*, Londyn 1969.
- Hassan G., *The Modern SNP: From Protest to Power*, Edinburgh University Press, 2009.
- Ichijo A., *Scottish Nationalism and the Idea of Europe: Concepts of Europe and the Nation*, Routledge, New York 2004.
- Katana M., *Wielka Brytania jako region pogranicza: tożsamości i artykulacja interesów politycznych*, „Pogranicze. Polish Borderland Studies” 2013, nr 1.
- Małecka A., *Odrębność kulturowa Szkotów i szkockie dążenia separatystyczne*, [w:] M. Żakowska, A. Dąbrowska, J. Parnes (red.), *Europa swoich – Europa obcych. Stereotypy, zderzenia kultur i dyskursy tożsamościowe*, Wyd. UŁ, Łódź 2017.
- MI5 file links former SNP leader to Nazi plan*, The Scotsman, 7 listopada 2005 r., <https://www.scotsman.com/news/mi5-file-links-former-snp-leader-nazi-plan-2512735>.
- Minęło 100 dni od brexitu. Jakie straty gospodarcze poniosła Wielka Brytania? [PRO-GNOZY VS. REALIA]*, Foksal.pl, 12 kwietnia 2021 r., <https://foksal.pl/swiat/brexit/artykuly/8137095,100-dni-brexitu-jakie-straty-gospodarcze-poniosla-wielka-brytania-prognozy-vs-realia.html>.
- Nowakowska M., *Szkocja: Prace nad nowym referendum niepodległościowym zostaną wznowione*, Euroactive, 8 września 2021 r., <https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/szkocja-wielka-brytania-uk-referendum-niepodleglosc-sturgeon-johnson/>.
- Pajewski J., *Historia powszechna 1871–1918*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1999.
- Premier Szkocji Nicola Sturgeon zapowiada referendum niepodległościowe po pandemii*, Forsal.pl, 18 maja 2021 r., <https://foksal.pl/swiat/artykuly/8166435,premier-szkocji-sturgeon-referendum-niepodleglosciowe-popandemii.html>.
- Radmoska E., *Szkockie dążenia niepodległościowe – główne wyzwania w sferze ekonomicznej w aspekcie ewentualnego odłączenia się Szkocji od Zjednoczonego Królestwa*, „Studia Europejskie” 2018, nr 1.
- Rajca L., *Dewolucja jako szczególny proces decentralizacji w Wielkiej Brytanii*, [w:] K. Czarnecki, A. Lutrzykowski, R. Musiałkiewicz (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce i w Europie. Aktualne problemy i wyzwania*, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa we Wrocławiu, Wrocław 2017.
- Robbins K., *Britain and Europe: Devolution and Foreign Policy*, „International Affairs” 1998, nr 74(1).
- Rozwód z Londynem? Szkoci podzielili się prawie na pół ws. niepodległości regionu*, Forsal.pl, 10 września 2021 r., <https://foksal.pl/swiat/aktualnosci/artykuly/8241991,szkocja-referendum-niepodleglosciowe-sondaze-szkoci-podzielili-sie-prawie-na-pol.html>.
- Scotland Decides*, BBC News, 19 września 2014 r., <https://www.bbc.com/news/events/scotland-decides/results>.
- Scottish Referendum Live – The Results*, BBC, <http://www.bbc.co.uk/news/special/politics/97/devolution/scotland/live/index.shtml#top>.
- Scottish support for independence drops, poll shows*, Reuters, 11 lutego 2021 r., <https://www.reuters.com/article/uk-britain-politics-scotland-idUSKBN2AB142>.
- Serzhanova V., Kimla A., *Potencjalny wpływ brexitu na ustrój terytorialny i integralność Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6(161).
- Szkoci chcą niepodległości. Oczekują od brytyjskiego rządu zgody na nowe referendum*, Forsal.pl, 14 października 2020 r., <https://foksal.pl/swiat/brexit/artykuly/7848643,rekordowy-poziom-poparcie-dla-niepodleglosci-szkocji.html>.

Szkocja nie rezygnuje z marzeń o niepodległości, Drugie referendum to kwestia kiedy, a nie czy, Business Insider, 10 maja 2021 r., <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/niepodleglosc-szkocji-drugie-referendum-to-kwestia-kiedy-a-nie-czy-mowi-szefowa/bq8r89j>.

Union with Ireland Act, <https://jameswjbowden.files.wordpress.com/2013/06/union-with-ireland-act-1800.pdf>.

Wolska A., *Szkocja: Rekordowe poparcie dla niepodległości*, Euroactive.pl, 14 września 2020 r., <https://www.euractiv.pl/section/demokracja/news/szkocja-rekordowe-poparcie-dla-niepodleglosci/>.

Zins H., *Historia Anglii*, Ossolineum, Warszawa–Wrocław 1971.

Summary

Disintegration risk analysis of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – case of Scotland

Keywords: international law, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Scotland, national liberation movements, disintegration, territorial system, territorial integrity.

The aim of the study is to analyze and attempt to assess the risk of the break-up of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland based on the latest surveys. The institution of a referendum and public opinion polls concerning the aspirations for independence showed that the support in the examined area is spread more or less “half and half”. However, it should be emphasized that public opinion is susceptible to changes – new events taking place on the political scene and unexpected economic factors may significantly change the results of the research. The conclusions from the considerations indicate that the biggest problem is the lack of equal position between the central and regional authorities, but also the issue of a strong sense of belonging to their national group. As many as 84% of the surveyed Scots identify “very strongly” as ‘Scot’. Despite the existence of political, legal, organizational and economic obstacles, the persistence and persistence of the Scots in their pursuit of regaining sovereignty may pose the greatest threat. The approval of the UK Parliament to hold an independence referendum in Scotland could be the first step in the disintegration of Great Britain. The attempts to regain independence by Scotland are a significant threat because they affect the sphere of the United Kingdom’s integrity and are associated with an impasse in the internal dimension. The lack of an agreement reached between ‘Scotland and England’ will undoubtedly affect the internal and global order. Although the topic of UK disintegration has been overshadowed by the deepest recession in over 300 years caused by the COVID-19 pandemic, the risk of disintegration is likely in the coming years.

Szymon Kisiel

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-0919-9653

szymon.kisiel@uwm.edu.pl

Dyspozycja wkładem na wypadek śmierci, jak pośmiertna forma rozporządzenia majątkiem posiadacza rachunku bankowego. Aspekty cywilnoprawne i podatkowe

Wstęp

Pojęcie rachunku bankowego, a właściwie, w ujęciu formalnym, umowy rachunku bankowego, jako umowa nazwana, doczekała się w literaturze naukowej wielu opracowań. Niemniej w wypadku analizy jednej z form dyspozycji środkami, jaką jest dyspozycja wkładem na wypadek śmierci, punktem wyjścia musi być istota samej umowy rachunku bankowego. Niniejsze opracowanie ma wielowymiarowy charakter. Porusza bowiem zarówno ten rodzaj relacji, który wiąże posiadacza rachunku z bankiem, jak również relacje rodzinne tegoż posiadacza oraz aspekty podatkowo-prawne rozwiązania, jakim jest dyspozycja wkładem na wypadek śmierci. Szczególnie ten ostatni aspekt może budzić zarówno ciekawość, jak i wątpliwości. Można bowiem zastanawiać się nie tylko nad celem instytucji dyspozycji wkładem (dalej jako zapis bankowy¹), ale również jej konsekwencjami cywilnoprawnymi czy podatkowymi. Tym właśnie aspektom poświęcona zostanie uwaga w niniejszym artykule. Podjęta zostanie również próba odpowiedzi na pytania o ewentualne konsekwencje w przedmiocie dziedziczenia zarówno dla beneficjentów dyspozycji wkładem, spadkobierców posiadacza rachunku, ale również problem należności publicznoprawnych wynikających z uzyskania przysporzenia w drodze dyspozycji wkładem.

¹ W. Borysiak, *Wkład pieniężny na rachunku bankowym lub lokacie*, [w:] idem, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, Lex.

Umowa rachunku bankowego

Umowa rachunku bankowego jest umową uregulowaną przede wszystkim w ustawie Kodeks cywilny² (dalej jako k.c.). Nie jest to jednak jedyne źródło prawa odnoszące się do tego rodzaju umowy. Relacje między klientem banku a bankiem w przedmiocie rachunku bankowego uregulowane są również w ustawie Prawo bankowe³, ustawie Prawo dewizowe⁴, ustawie o usługach płatniczych⁵, ustawie o kredycie konsumenckim⁶, ustawie o Narodowym Banku Polskim⁷ czy wreszcie ustawie o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji⁸ i Kodeksie postępowania cywilnego⁹. Jednak z punktu widzenia analizy rozwiązania prawnego, jakim jest dyspozycja wkładem na wypadek śmierci, główną rolę odgrywają tu przepisy k.c. oraz u.p.b. Z ludzkiego punktu widzenia trudno jest planować dalsze kroki na wypadek śmierci członka naszej rodziny, ale niestety są to okoliczności naturalne w otaczającym nas świecie, dlatego warto rozważyć istotę dyspozycji wkładem i jej praktyczny wymiar.

Jak już wspomniano, rachunek bankowy, jako umowa cywilnoprawna, uregulowana jest w k.c., a dokładnie w Księdze III w zakresie artykułów od 725 do 733. Określa ona ogólną relację między bankiem a klientem. Zgodnie z wolą ustawodawcy, stronami takiej umowy jest bank i klient, choć w ujęciu formalnoprawnym nazywa się go posiadaczem rachunku. Umowę rachunku bankowego może zawrzeć wyłącznie osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych. Posiadaczem natomiast może być każdy posiadający zdolność prawną¹⁰. Przez samą umowę rachunku bankowego należy rozumieć zobowiązanie banku wobec posiadacza rachunku do przechowywania środków do niego należących, oraz, jeśli umowa tak stanowi, realizację zleceń rozliczeń pieniężnych (art. 725 k.c.). Definicja zawarta w cytowanym artykule jest bardzo pojemna i w praktyce jej istotne przedmiotowo elementy (*essentialia negotii*) należy uzupełnić przepisami u.p.b. (art. od 49 do 62), gdyż samoistnie defini-

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 z późn. zm.).

³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896 z późn. zm.), dalej jako u.p.b.

⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1708).

⁵ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.).

⁶ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1083).

⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2027).

⁸ Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 842 z późn. zm.).

⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1575 z późn. zm.).

¹⁰ A. Tupaj-Cholewa, [w:] H. Gronkiewicz-Waltz (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 184, art. 52.

cja zawarta w k.c. nie pozwala w pełni określić relacji pomiędzy stronami umowy. Definitywny kształt nadają jej również regulaminy usług bankowych. Warto zauważyć, że umowa rachunku bankowego jest możliwa do zawarcia, jeśli jedną ze stron jest bank w rozumieniu przepisów u.p.b. (art. 2 u.p.b.). Oznacza to, że jest to czynność bankowa *sensu stricto*, tzn. jest zastrzeżona tylko i wyłącznie dla banków¹¹. Mimo wszystko przepisy k.c. i u.p.b. stanowią w tej materii absolutne minimum zabezpieczające wzajemne relacje stron. Omawiany art. 725 pozwala, aby umowa rachunku bankowego miała ze względu na kryterium czasu dwójaki charakter. Może być to umowa zawierana na czas oznaczony bądź nieoznaczony. Do cech umowy o prowadzenie rachunku bankowego, poza jej konsensualnym charakterem, należy wskazać również na jej odpłatność. Zatem w zamian za określoną opłatę bank zobowiązuje się realizować operacje dostępne w ramach danego rachunku bankowego. Art. 726 k.c. daje bankowi prawo do obracania wolnymi środkami powierzonymi przez posiadacza rachunku, z zastrzeżeniem natychmiastowego zwrotu na żądanie klienta, chyba że z treści umowy wynika inaczej¹². Taką konstrukcję, tj. umożliwienie bankowi czerpania korzyści z powierzonych przez posiadacza rachunku środków, odróżnić zatem należy od umowy przechowania, uregulowanej w art. 835–844 k.c., gdzie istnieje zakaz używania rzeczy oddanej do przechowania¹³. Wynika to w praktyce z różnych rodzajów rachunków bankowych¹⁴. Mogą one bowiem przyjąć formę rachunków rozliczeniowych, rachunków lokat terminowych, rachunków oszczędnościowych lub oszczędnościowo-rozliczeniowych, rachunków rodzinnych, rachunków wspólnych czy rachunków powierniczych¹⁵. Istota każdej z wymienionych form jest nieco odmienna, choć w zgodzie z k.c. posiadają one ten sam rdzeń. Dlatego dla zachowania proporcjonalnych relacji między bankiem a posiadaczem rachunku prawo do żądania natychmiastowego zwrotu zdeponowanych środków można ograniczyć, tak aby nie naruszać gospodarczych interesów banku. Nie jest bowiem tajemnicą, że korzystając z dyspozycji art. 726 k.c. banki wykorzystują udostępnione im w ramach rachunków bankowych środki do generowania korzyści. Z istotnych elementów umów o rachunek bankowy należy wskazać za Piotrem Nazarukiem¹⁶, że jest to umowa między osobami żyjącymi (łac. *inter*

¹¹ L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2006, s. 159.

¹² A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2009, s.130.

¹³ R. Mianowana-Kubiak, *Bankowy rachunek wspólny dla osób fizycznych*, wyd. pierwsze, Warszawa 2015, s. 51.

¹⁴ E. Niezbecka, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część szczególna*, wyd. drugie, Warszawa 2014, art. 725, Lex.

¹⁵ K. Krziskowska, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, Warszawa 2018, art. 725, Lex.

¹⁶ P. Nazaruk, [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 725, Lex.

vivos). Oznacza to, że co do zasady rachunek bankowy prowadzony jest tylko do momentu zakończenia postępowania spadkowego, a w momencie śmierci środki zapisane na rachunku pozostają niedostępne, z wyjątkiem realizacji dyspozycji wkładem na wypadek śmierci oraz pokrycia kosztów pochówku zmarłego posiadacza rachunku. W art. 728 § 1 i § 2 k.c. ustawodawca zobowiązuje bank do cyklicznego prezentowania rozliczeń realizowanych na rachunku bankowym w drodze bezpłatnej korespondencji tradycyjnej zawierającej wyciąg z transakcji za każdy miesiąc, przy czym daje również możliwość zmiany zasad informowania za obopólną zgodą stron umowy. Art. 728 § 3 dla pewnej równowagi zobowiązuje posiadacza rachunku do zgłaszania wszelkich niezgodności stanu rachunku bankowego w terminie nie późniejszym niż 14 dni od otrzymania korespondencji zawierającej zestawienie transakcji. O ile sam termin nie budzi kontrowersji, to obowiązek zgłoszenia niezgodności i czternastodniowy termin na to wyznaczony, płynący od momentu otrzymania wyciągu z transakcji za ostatni okres, jest fikcją. Zazwyczaj korespondencja taka, o ile jest wysyłana tradycyjną drogą pocztową, realizowana jest za pośrednictwem korespondencji nierejestrowanej. Oznacza to, że niemożliwe jest stwierdzenie faktycznej daty jej otrzymania.

Kodeks cywilny nie zawiera definicji legalnej umowy rachunku bankowego, ale określa niewątpliwie jej najważniejsze cechy. Aby prawidłowo określić elementy konstrukcji umowy o prowadzenie rachunku bankowego, należy odwołać się do *lex specialis*, jakim jest u.p.b.¹⁷

Artykuł 50 u.p.b. uprawnia posiadacza, daje zasadniczo nieograniczoną swobodę w dysponowaniu środkami, tzn. że może on składać zlecenia rozliczeń pieniężnych na rzecz dowolnego odbiorcy. Treść art. 50 u.p.b. należy zdecydowanie rozpatrywać łącznie z przepisami art. 727 k.c., gdyż mowa jest tam o okolicznościach uzasadniających odmowę wykonania zlecenia. W zakresie rozliczeń, których może żądać posiadacz rachunku, zawarto również możliwość żądania wypłaty całości środków, tzn. roszczenia o zwrot środków pieniężnych (art. 725 k.c.). W praktyce obrotu prawnego jest to roszczenie o zapłatę, a nie np. żądanie wydania rzeczy. Z punktu widzenia niniejszego tekstu ten kontekst jest mniej istotny, dlatego nie będzie dalej rozwijany. Swoboda, o której mowa, może jednak być ograniczona. Powody takiego ograniczenia mogą wynikać z postanowień umownych lub regulaminu o świadczenie usługi prowadzenia rachunku bankowego. Zatem niejednokrotnie spotykane komunikaty w placówkach banków, informujące o konieczności uprzedniego zgłaszania chęci wypłaty w gotówce wyższych kwot, na tle przepisów, uznać należy za nieuprawnione postępowanie banku. Takie ograniczenie musi jasno wynikać z treści umowy, jaka została zawarta z klientem (posiadaczem konta), lub wynikać z regulaminu danej usługi finansowej. Druga okoliczność to toczące się postę-

¹⁷ M. Sychowicz, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. drugie, Warszawa 2017, art. 725, Lex.

powanie egzekucyjne prowadzone przez komornika (zgodnie z art. 889 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁸ i art. 80 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹⁹). Jednak to nie koniec ograniczeń, na jakie może napotkać posiadacz rachunku. W związku z obowiązywaniem przepisów ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu²⁰ bank może odmówić zrealizowania transakcji, jeśli zgodnie z art. 33 u.p.b. rozpoznane zostanie ryzyko prania brudnych pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Blokada może zostać zastosowana również w przypadku okazjonalnych transakcji. Transakcje bankowe są monitorowane już od kwoty 1000 euro.

Brak przesłanek wymienionych we wcześniejszym akapicie sprawia, że niewykonanie przez bank dyspozycji wywołuje po jego stronie odpowiedzialność natury odszkodowawczej i obowiązek naprawienia szkody (art. 471 k.c.). W art. 50 ust. 2 u.p.b. ustawodawca w pewien sposób uregulował działalność banków jako instytucji, którym klienci powierzają środki pieniężne. Otóż zgodnie z tym przepisem, banki zobowiązane są dochować wszelkiej staranności w celu zapewnienia bezpieczeństwa zdeponowanych środków. Ten przepis, jak i przepisy unijne – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (tekst mający znaczenie dla EOG) – mają być gwarancją bezpieczeństwa środków pozostających na rachunkach bankowych. Zbiór przepisów ma za zadanie uchronić m.in. przed dokonywaniem transakcji przez osoby nieuprawnione. Jest to efekt dynamicznie rozwijającej się tzw. bankowości mobilnej. Dla posiadaczy rachunków oznacza to np. bardziej uciążliwe i częstsze potwierdzanie swojej tożsamości.

Forma i treść umowy rachunku bankowego została określona w art. 52 u.p.b. Omawiany artykuł 52 u.p.b. jest rozwinięciem, a częściowo powtórzeniem przepisów k.c. W art. 52 u.p.b. wymieniono obligatoryjne elementy, które powinna zawierać umowa rachunku bankowego. Art. 52 ust. 1 u.p.b. wyraźnie określa formę, w jakiej zawiera się umowę rachunku bankowego, stanowiąc o jej pisemnym charakterze. W ust. 2 analizowanego art. 52 u.p.b. określa się elementy, który powinny zostać zawarte w umowie rachunku bankowego. Są to:

- 1) strony umowy,
- 2) rodzaj otwieranego rachunku,
- 3) walutę rachunku,

¹⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1575 z późn. zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1427 z późn. zm.).

²⁰ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1132).

- 4) czas trwania umowy,
- 5) o ile strony zastrzegają oprocentowanie środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku – wysokość tego oprocentowania i przesłanki dopuszczalności jego zmiany przez bank, a także terminy wypłaty, postawienia do dyspozycji lub kapitalizacji należnych odsetek,
- 6) wysokość prowizji i opłat za czynności związane z wykonywaniem umowy oraz przesłanki i tryb ich zmiany przez bank,
- 7) formy i zakres rozliczeń pieniężnych dokonywanych na polecenie posiadacza rachunku oraz terminy ich realizacji,
- 8) przesłanki i tryb dokonywania zmian umowy,
- 9) przesłanki i tryb rozwiązania umowy rachunku bankowego,
- 10) zakres odpowiedzialności banku za terminowe i prawidłowe przeprowadzenie rozliczeń pieniężnych oraz wysokość odszkodowania za przekroczenie terminu realizacji dyspozycji posiadacza rachunku.

Ze względu na istotę opracowania, pomija się przepisy odnoszące się do rachunków wspólnych czy rachunków rodzinnych, gdyż głównym celem jest określenie charakteru dyspozycji wkładem na wypadek śmierci posiadacza rachunku, będącego osobą fizyczną.

Dyspozycja wkładem na wypadek śmierci

Temat śmierci jest w relacjach rodzinnych raczej tematem pomijanym, zapewne dlatego, że przywołuje przykre uczucia. Jednak cykl życia ludzkiego jest ograniczony, więc warto o tym pamiętać i za niewielką opłatą skorzystać z możliwości, która jest nam dana za sprawą art. 56 u.p.b. Zasadniczo umowa rachunku bankowego jest umową *inter vivos*²¹. Niewątpliwie słusznie wskazuje na ten fakt P. Nazaruk. Należy jednak pamiętać, że śmierć posiadacza wcale nie musi kończyć obowiązków banku wobec niego. Można się tu posłużyć przykładem wspomnianej wyżej dyspozycji, ale również obowiązkiem pokrycia przez bank kosztów pochówku byłego już klienta. Zgodnie z art. 55 ust. 1 pkt 1 u.p.b., bank jest zobowiązany do pokrycia kosztów pogrzebu zmarłego klienta, obciążając jego konto²². Prawo do żądania zwrotu kosztów przysługuje każdemu, kto zgłosi się do banku, dysponując potwierdzeniem poniesienia takich kosztów, przy czym koszty te muszą odzwierciedlać realia i nie przekraczać zwyczajowych norm przyjętych w danym środowisku. Zgodnie z art. 55 ust. 1 pkt 2 u.p.b., bank jest również zobowiązany do zwrotu kwot wpłaconych na rachunek zmarłego posiadacza przez organy wypłacające świadczenia z ubezpieczenia lub zabezpieczenia społecznego albo uposażenia w stanie spo-

²¹ P. Nazaruk, op. cit., art. 725.

²² W. Srokosz, *Umowa rachunku oszczędnościowego*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, wyd. pierwsze, Wrocław 2010, s. 213.

czynku, jeśli te zostały wypłacone tuż po śmierci i nie można ich uznać za należne. Zwrot taki poprzedzony musi być wnioskiem od uprawnionego organ. Bank nie jest zobowiązany do zwrotu całości, jeśli na skutek innych uprawnionych podmiotów czy osób dokonał dalszego transferu kwot uznanych za nienależne. Szerszej interpretacji zagadnienie wypłaty kwot nienależnych poddano m.in. w orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9 września 2010 r., sygn. akt III AUa 197/10, w wyrokach: Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 17 stycznia 2012 r., sygn. akt III AUa 1562/11, Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt III AUa 2265/12 czy Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt III AUa 2781/11, gdzie analizowano zakres odpowiedzialności banku wobec organów rentowych z tytułu dokonania wypłat uznanych za nienależne beneficjentom zapisu bankowego²³.

Z punktu widzenia rodziny zmarłego i kręgu spadkobierców ważne jest, że kwoty wymienione w art. 55 ust. 1 pkt 1 u.p.b., czyli związane z pogrzebem, nie wchodzą do spadku po posiadaczu rachunku (art. 55 ust. 3 u.p.b.). Niezmiernie ważna jest jednak koncepcja doktryny, która wyraźnie przeciwstawia się treści przytoczonego przepisu. Na bazie art. 996 k.c. w doktrynie prezentowane jest stanowisko, które jasno zalicza wszelkie darowizny jako element schedy spadkowej²⁴. Włącza się do tego również przysporzenia wynikające z dyspozycji wkładem na wypadek śmierci. Częściowo potwierdza to również aktualne orzecznictwo, np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 listopada 2013 r.²⁵ Widoczna jest również odrębna linia orzecznicza za sprawą wyroków Sądu Apelacyjnego w Poznaniu²⁶.

Obowiązki opisane powyżej są niezależne od woli zmarłego, tzn. że zmarły nie musi składać żadnego rodzaju oświadczenia obligującego bank do konkretnego działania. Inaczej jest w przypadku dyspozycji wkładem na wypadek śmierci (art. 56 u.p.b.), choć zarówno art. 55 ust 1 pkt 1, jak i art. 56 stanowią wyjątek od ogólnej zasady, że środki pieniężne zdeponowane na rachunku wchodzą w skład masy spadkowej po zmarłym posiadaczu rachunku²⁷. Zgodnie z jego treścią każdy posiadacz rachunku może skorzystać z możliwości złożenia dyspozycji wypłaty środków dla wskazanych uprzednio osób na wypadek swojej śmierci.

Złożona dyspozycja powinna zawierać zbiór uposażonych osób, kwoty dyspozycji dla każdego uposażonego, sposób i moment jej realizacji. Ustawodawca zastrzega, aby czynność taka nastąpiła w drodze pisemnego polecenia. Beneficjentami takiego rozwiązania, na podstawie art. 56 ust. 1, mogą być:

²³ Por. wyrok SA w Katowicach z 16 czerwca 2015 r., sygn. akt III AUa 1211/14.

²⁴ K. Leśkiewicz, *Z problematyki stosowania przepisów regulujących „dyspozycję wkładem na wypadek śmierci”*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 4, s. 5–7.

²⁵ Wyrok SA w Warszawie z 6 listopada 2013 r., sygn. akt I ACa 249/13.

²⁶ Wyrok SA w Poznaniu z 6 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 85/13.

²⁷ A. Kawulski, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 56, Lex.

- małżonek,
- wstępni (rodzice, dziadkowie, pradziadkowie),
- zstępni (dzieci, wnuki, prawnuki, również osoby przysposobione, czyli potocznie adoptowane),
- rodzeństwo.

Ratio legis rozwiązania zaproponowanego w art. 56 może być różnorakie, jednak przychylić się należy do interpretacji Jędrzeja M. Kondka, że jest to przepis, który pozwala częściowo uchronić spadkobierców przed niejednokrotnie długotrwałym postępowaniem spadkowym, choć – jak wskazał autor – pierwotne przyczyny mogły być inne: mogło chodzić o zachęcenie obywateli do przechowywania swoich oszczędności na rachunkach bankowych²⁸. Forma ta została wprowadzona ustawą o prawie bankowym z dnia 13 kwietnia 1960 r. i była wzorowana na rozwiązaniach radzieckiego kodeksu cywilnego (art. 436 Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej). Obecne brzmienie przepisu zawdzięczamy nowelizacji z dnia 1 kwietnia 2004 r.²⁹, gdzie w art. 1 pkt 34 nadano mu obecną treść. Przepisy o dyspozycji na wypadek śmierci stosuje się w wypadku rachunków oszczędnościowych, oszczędnościowo-rozliczeniowych i rachunkach lokat terminowych prowadzonych dla osób fizycznych. Dyspozycji nie można zaś zrealizować na rachunkach wspólnych osób fizycznych (*vide* art. 57 u.p.b.). Osobną kwestią godną pogłębionej analizy jest relacja dyspozycji wkładem do zwykłego dziedziczenia i odpowiedź na pytanie, czy powołanie jako beneficjenta do udziału w środkach zmarłego zgromadzonych na rachunku bankowym, przy jednoczesnym wykluczeniu tegoż beneficjenta jako niegodnego dziedziczenia spadkobiercy, skutkuje w efekcie również pozbawieniem dyspozycji wkładem. Szerzej problem ten opisuje Hanna Witczak³⁰.

Dyspozycja może być wielokrotnie zmieniana i każda kolejna dyspozycja będzie realizowana, o ile nie zostanie skutecznie odwołana przez wkladcę (art. 56 ust. 3 u.p.b.). Nie zostaną zrealizowane wszystkie dyspozycje, jeśli ich łączna suma przekracza limit określony na podstawie art. 56 ust. 2. Kwotę dyspozycji oblicza się według zasady, że łączna kwota dyspozycji, bez względu na ich ilość, nie może być wyższa niż dwudziestokrotność (20x) przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, tj. sektorze prywatnym. Wynagrodzenie, o którym mowa, wynika z danych ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny (dalej jako GUS). Wątpliwości interpretacyjne budzą sytuacje, w których wkladca posiada kilka rachunków w różnych bankach i w każdym

²⁸ Szerzej: J.M. Kondk, [w:] B. Bajor, L. Kociucki, K. Królikowska, J. M. Kondk, *Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnoprawnych*, Warszawa 2020, art. 56, Lex.

²⁹ Ustawa z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 91, poz. 870).

³⁰ H. Witczak, *Zakres podmiotowy instytucji niegodności dziedziczenia*, [w:] eadem, *Wyłączenie od dziedziczenia na mocy orzeczenia sądu*, Warszawa 2013, Lex.

z nich składał osobne dyspozycje. Wątpliwość wynika z faktu, czy dyspozycja wkładem podlega limitom dla każdego osobnego rachunku bankowego, czy limit ustawowy jest łączny dla wszystkich rachunków wkladcy. Jak wskazuje Bernard Smykla, limit ten należy traktować jako sumę wszystkich dyspozycji, niezależnie od liczby banków, w których złożono podobne dyspozycje. Rodzi to niewątpliwie problem natury praktycznej, gdyż banki nie dysponują wzajemną wiedzą o dyspozycjach składanych przez wkladców w innych bankach. Oznacza to, że jeśli łączna dyspozycja przekroczy dopuszczalny limit, pierwszeństwo w pozyskaniu środków w ramach dyspozycji przysługuje z dyspozycji najświeższej. To z kolei rodzi po stronie spadkobierców roszczenie do osób, którym przez brak dostatecznej wiedzy wypłacono kwoty w sposób nienależny³¹. Wartość ta liczona jest za miesiąc poprzedzający miesiąc śmierci posiadacza rachunku (art. 56 ust. 2 u.p.b.). Obecnie przy wynagrodzeniu w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonym przez GUS, wynoszącym ok. 6 tys. brutto, daje to limit dyspozycji na poziomie ok. 120 tys. zł. Jeśli na skutek złożenia wielu takich dyspozycji ich łączna kwota przekroczy przyjęty w danym czasie limit, wówczas pierwszeństwo w wykonaniu mają dyspozycje najnowsze (art. 56 ust. 4 u.p.b.). Ustawodawca nie określa sposobu liczenia kwot przypadających wskazanym przez wkladcę osobom. Oznacza to, że można je określić w prosty kwotowy sposób, ale również jako ułamki bądź procent całości zapisanych na rachunku środków. Śmierć wkladcy powoduje powstanie stosunku prawnego między bankiem a uprawnionymi osobami. Rodzi się bowiem wówczas stosunek zobowiązaniowy, gdzie bank staje się dłużnikiem wobec beneficjentów dyspozycji³². Kontynuując rozważania natury cywilistycznej, należy zauważyć, że beneficjent wskazany przez wkladcę musi pozostawać przy życiu w momencie powstania po stronie banku obowiązku realizacji dyspozycji. Tylko wtedy nabywa on wierzytelność wobec banku o zapłatę kwoty pieniężnej wynikającej z dyspozycji³³. Jeśli beneficjent żył w momencie śmierci wkladcy, a zmarł po tym fakcie, nie doczekawszy wypłaty dyspozycji, wówczas w prawa beneficjenta wstępują jego spadkobiercy, co wynika z ogólnych zasad dziedziczenia.

Niezmiernie ważnym z punktu widzenia beneficjentów przepisem jest art. 56 ust. 5 u.p.b., gdyż określa on wprost, że suma, będąca wynikiem dyspozycji posiadacza rachunku, nie wchodzi do masy spadkowej po posiadaczu rachunku. To oznacza, że całkowity majątek, który dzielony będzie między spadkobierców posiadacza rachunku, w pierwszej kolejności pomniejszony będzie o wartość dyspozycji zrealizowanej przez bank. Dyspozycja omawianego przepisu wydaje się jasna i konkretna. Jednak częściowo rację przyznać należy również tezie głoszonej przez Dominikę Rogoń, która stoi na stanowisku, że na skutek wyraźnej woli spadkodawcy wartość dyspozycji może zostać włączona do schedy

³¹ B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 2011, s. 258, art. 56.

³² J.M. Kondek, op. cit., art. 56, Lex.

³³ Z. Ofiarski, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 56, Lex.

spadkowej³⁴. Jeszcze inną interpretację wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 września 2017 r.³⁵, który stoi na stanowisku, że fakt zaliczenia bądź niezaliczenia kwot zapisu bankowego do schedy spadkowej uzależnić należy od źródeł pochodzenia środków zgromadzonych na rachunku. Odnosił się przy tym do treści art. 1039 § 1 k.c., który to uzależnia zaliczenie darowizny do schedy, chyba że darczyńca/spadkodawca wyraził wprost wolę zwolnienia darowizny z obowiązku zaliczenia do schedy. Tym samym Sąd Najwyższy nie zaaprobował interpretacji sądu pierwszej i drugiej instancji, które uznały, że w wypadku dyspozycji wkładem przepis art. 55 ust. 5 stanowi samoistną normę i tylko ją w takiej okoliczności należy stosować.

Jeśli na skutek zmian w dyspozycjach na wypadek śmierci beneficjentami zapisu staną się osoby nieuprawnione, są one zobowiązane do zwrotu uzyskanych kwot spadkobiercom posiadacza rachunku.

Ustawa prawo bankowe w art. 56a zobowiązuje instytucje finansowe (banki, banki spółdzielcze, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe) do uprzedzenia posiadacza rachunku o możliwości złożenia określonej dyspozycji na wypadek jego śmierci. Informacja powinna być przedstawiona w sposób jasny i zrozumiały dla posiadacza. Jednocześnie ustawodawca nie określa faktycznej formy, w jaki sposób powinno to nastąpić. Można zatem przyjąć, że informacja ta może być udzielona ustnie (osobiście lub przez telefon), jak i pisemnie. Dopelnienie obowiązku informacyjnego ciążącego na banku nie może być uzależnione od jakiegokolwiek opłaty czy prowizji – jest całkowicie nieodpłatne. Jeśli posiadacz zdecyduje się zadysponować w taki sposób środkami znajdującymi się na rachunku, bank zobowiązany jest, po uzyskaniu informacji o zgonie posiadacza rachunku, poinformować wszystkich beneficjentów dyspozycji wskazanych przez zmarłego o fakcie, że taka dyspozycja została złożona. Jakiegokolwiek niedopełnienie przez bank obowiązku może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą, zarówno wobec posiadacza rachunku, jak i po jego śmierci, potencjalnych beneficjentów, czyli uposażone osoby. Beneficjenci mogą dokonać wypłaty kwoty określonej w takiej dyspozycji. Jest to forma zabezpieczenia rodziny posiadacza rachunku przed przepadkiem środków wskutek niewiedzy nt. rachunków, których posiadaczem był zmarły. Można uznać to za zapobiegawcze działanie wkładcy i formę zabezpieczenia finansowego dla rodziny na trudny czas i umożliwienie szybkiego dostępu do zasobów finansowych niezbędnych do funkcjonowania, szczególnie jeśli uwzględni się fakt czasochłonnego i często skomplikowanego procesu dziedziczenia. Regulacja ta ma olbrzymie znaczenie w sytuacji, gdy usługi bankowe w coraz szerszym zakresie przenoszą się do sfery wirtualnej. Tradycyjna korespondencja między bankiem a klientem staje się anachronizmem. Przykładowo: coraz rzadsze jest przesyłanie wycią-

³⁴ D. Rogoń, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. 1 i 2, Kraków 2005, art. 56, Lex.

³⁵ Postanowienie SN z 27 września 2017 r., sygn. akt V CSK 50/17.

gów z salda rachunku w formie listownej, a dominująca staje się raczej forma wyciągu przesyłanego elektronicznie. Tym samym coraz trudniej rodzinie ustalić, ile i w jakich instytucjach zmarły posiadał rachunki; brak jest twardych danych, jednak szacuje się, że na „zapomnianych” rachunkach bankowych zdeponowanych jest nawet kilkanaście mld zł. W czasach zawierania wielu umów poza lokalami przedsiębiorstw, w tym również umów o usługi finansowe, mamy do czynienia z sytuacją, że w populacji Polski, liczącej ok. 38 mln obywateli, funkcjonuje ok. 34 mln aktywnych rachunków bankowych³⁶. Wyłączając przy tym starsze pokolenia, przywiązane do gotówki, oraz dzieci i wczesną młodzież, oznacza to, że na jednego Polaka przypada więcej niż jeden rachunek bankowy. Dane te obejmują wszystkie rodzaje rachunków indywidualnych. W skrajnych wypadkach może dojść do sytuacji, że jedna osoba ma kilka, a może i kilkanaście rachunków.

Poza zobowiązaniem banku do poinformowania beneficjentów zapisu bankowego, jakim jest dyspozycja wkładem, którą można uznać za pewien rodzaj gwarancji, że środki trafią do spadkobierców posiadacza rachunku, warto też zasygnalizować istnienie Centralnej informacji o rachunkach bankowych (art. 112c u.p.b.) i systemu Ognivo, które pozwalają za niewielką opłatą namierzyć zapomniane rachunki przypisane do konkretnego posiadacza rachunku. Za funkcjonowanie systemu w praktyce odpowiada Krajowa Izba Rozliczeniowa S.A.³⁷ Udogodnienie takie przysługuje jedynie tym osobom, które posiadają tytuł prawny do tych rachunków, tzn. są spadkobiercami lub po prostu posiadaczami tych rachunków, którym zdarzyło się o nich zapomnieć.

Praktyczne zastosowanie dyspozycji na wypadek śmierci jest o tyle istotne, że bank po powzięciu informacji o śmierci posiadacza rachunku, nie mając jednocześnie złożonej dyspozycji do rozporządzenia wkładem przez zmarłego, nie jest zobligowany do realizacji jakichkolwiek transakcji na rachunku zmarłego. Dzieje się tak ze względu na dyspozycję art. 59a u.p.b., która przesądza o rozwiązaniu umowy między bankiem a posiadaczem rachunku na skutek śmierci tego drugiego. Dotyczy to wszystkich rodzajów rachunków bankowych realizowanych na rzecz osób fizycznych. Odmienne uregulowano postępowanie banku po śmierci posiadacza, jeśli rachunek jest związany z prowadzoną działalnością gospodarczą.

³⁶ W. Boczoń, *Raport PRNews.pl: Rynek kont osobistych – I kw. 2021*, <https://prnews.pl/raport-prnews-pl-rynek-kont-osobistych-i-kw-2021-458978> (data dostępu: 26.06.2021).

³⁷ A. Kawulski, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz do wybranych przepisów*, 2021, art. 112(c), Lex.

Aspekt podatkowy dyspozycji wkładem na wypadek śmierci

Jeśli na skutek rozporządzenia wkładem na wypadek śmierci posiadacza rachunku zapisana kwota trafi do beneficjenta dyspozycji, należy pamiętać o konieczności zgłoszenia tego faktu organom podatkowym. Jest to przysporzenie objęte opodatkowaniem, powstałym w następstwie zdarzenia o charakterze cywilnoprawnym, podobnym w istocie do zasiedzenia, zniesienia współwłasności czy służebności³⁸. Fakt wyjęcia kwot objętych dyspozycją spod postępowania spadkowego należy zrównać z udzieleniem darowizny przez posiadacza rachunku. To zaś rodzi obowiązek podatkowy po stronie beneficjenta (art. 1 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn, dalej jako u.p.s.d.³⁹). W wypadku dyspozycji wkładem możliwe jest całkowite zwolnienie z opodatkowania, gdyż art. 4a u.p.s.d. wprowadza katalog podmiotów, które z takiego zwolnienia mogą skorzystać. Między u.p.s.d. oraz u.p.b. dochodzi jednak do pewnej niespójności. Katalog podmiotów uprawnionych do bycia beneficjentem dyspozycji wkładem, zgodnie z art. 56 ust. 1 u.p.b., jest inny niż podmiotowe zwolnienia wynikające z art. 4a ust. 1 u.p.s.d. W tym wypadku katalog zawarty w u.p.s.d. jest szerszy niż katalog potencjalnych beneficjentów zapisu bankowego. Niespójność jest o tyle niekłopotliwa, że to katalog u.p.b. jest katalogiem węższym, a to w konsekwencji sprawia, że wszyscy potencjalni beneficjenci spełnią również kryteria zwolnienia w myśl u.p.s.d., co również zauważa w swoich opracowaniach Piotr M. Głuchowski⁴⁰. W celu uniknięcia konieczności zapłaty podatku należy w terminie 6 miesięcy, licząc od daty śmierci posiadacza rachunku, zgłosić ten fakt organom podatkowym (naczelnikowi właściwego urzędu skarbowego) na formularzu SD-Z2 (zgłoszenie o nabyciu własności rzeczy lub praw majątkowych)⁴¹. Zasadą jest, że zwolnienie podatkowe i terminy przyznane ustawami podatkowymi są przywilejem podatnika i nie podlegają przywróceniu. Tymczasem w art. 4a ust. 2 u.p.s.d. ustawodawca przewidział możliwość przywrócenia terminu, o ile podatnik uprawdopodobni przez naczelnika urzędu skarbowego fakt powzięcia wiadomości w późniejszym terminie, co trafnie zauważa Zbigniew Ofiarski⁴². Wówczas 6-miesięczny okres na zwrócenie się do organu podatkowego o zwolnienie z opodatkowania płynie od daty uzyskania tejże informacji przez po-

³⁸ A. Goettel, *Podatek od spadków i darowizn w świetle małżeńskich ustrojów majątkowych*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 8, s. 49–50.

³⁹ Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1043).

⁴⁰ P.M. Głuchowski, *Opodatkowanie kwoty będącej przedmiotem dyspozycji na wypadek śmierci*, [w:] idem, *Umowa rachunku w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, Warszawa 2009, Lex.

⁴¹ Z. Ofiarski, *Opodatkowanie nabycia praw do wkładu oszczędnościowego*, Warszawa 2012, Lex.

⁴² Ibidem.

datnika, nie zaś od daty zaistnienia faktu prawnego powodującego powstanie obowiązku podatkowego. Na tym tle niezrozumiała staje się teza Stefana Babiara, że rozwiązanie zaproponowane przez ustawodawcę, w którym za moment powstania obowiązku podatkowego uznaje się moment śmierci posiadacza rachunku (wkładcy), jest rozwiązaniem błędnym, nietrafionym⁴³. Wydaje się bowiem, że ogólne rozwiązanie jest poprawne, a ustawodawca przewidział w przywołanym wcześniej przepisie art. 4a ust. 2 u.p.s.d. nadzwyczajne okoliczności, dając tym samym możliwość przywrócenia terminu temu podatnikowi, który z obiektywnych przyczyn nie wiedział o tym, że stał się beneficjentem zapisu bankowego, a co za tym idzie – że powstał wobec niego obowiązek podatkowy. Jest to rozwiązanie, które w żaden sposób nie krzywdzi podatnika.

W art. 1 u.p.s.d. określony został zamknięty katalog tytułów, nabycie których podlega opodatkowaniu⁴⁴.

Jak już wspomniano, na gruncie u.p.s.d. możliwe jest uzyskanie pełnego zwolnienia podatkowego od środków pieniężnych uzyskanych w drodze dyspozycji wkładem. Jednak ogólne zasady dziedziczenia, niezależnie od sposobu nabycia spadku, przesadzają o obowiązku zapłaty podatku od spadku i darowizny (art. 1 u.p.s.d.). Przepisy prawa przewidują w tym zakresie jednak pewne wyjątki.

W wypadku uzyskania środków z rachunku zmarłego, kiedy już znany jest podmiot i podstawa opodatkowania, powstaje zobowiązanie podatkowe. Brak złożenia deklaracji nabycia darowizny od zmarłego nie spowoduje uniknięcia płacenia podatku, może natomiast narazić beneficjenta na odpowiedzialność karnoskarbową (art. 56 par. 4 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy⁴⁵).

Podatek od darowizny, zdefiniowanej w art. 888 k.c., należy zapłacić, gdy wartość nabytych rzeczy i praw majątkowych przekracza kwotę wolną od podatku. Kwota ta będzie różna i zależna od tego, do której grupy należy obdarowany (art. 14 u.p.s.d.).

Ustawodawca wyróżnia trzy grupy podatkowe:

1) I grupa: małżonek, zstępni, wstępni, pasierb, zięć, synowa, rodzeństwo, ojczym, macocha oraz teściowie – kwota wolna od podatku wynosi 9637 zł;

2) II grupa: obejmuje zstępnych rodzeństwa (siostrzeńców, bratanków), rodzeństwo rodziców, zstępnych i małżonków pasierbów, małżonków rodzeństwa, rodzeństwo małżonków, małżonków rodzeństwa małżonków oraz małżonków innych zstępnych – w tej grupie kwota wolna od podatku wynosi 7276 zł;

⁴³ S. Babiara, *Zapis windykacyjny*, [w:] idem, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa 2019, Lex.

⁴⁴ A. Cudak, *Przedmiot opodatkowania*, [w:] S. Bogucki, A. Cudak, P. Pietrasz, W. Stachurski, K. Winiarski, A. Wrzesińska-Nowacka, *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz*, Gdańsk 2015, s. 33.

⁴⁵ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 408 z późn. zm.).

3) III grupa: należą do niej wszystkie niewymienione wyżej osoby – w tym przypadku kwota wolna od podatku to 4902 złotych.

Ograniczenia wynikające z u.p.b. sprawiają, że w wypadku złożenia przez wkladcę dyspozycji środkami na wypadek śmierci będzie *de facto* miał zastosowanie jedynie do I grupy podatkowej, gdyż przedstawiciele II i III grupy podatkowej, a nawet nie wszyscy sklasyfikowani w I grupie, mogą być beneficjentami zapisu. Logiczne jest zatem, że wobec nich nigdy takowy obowiązek podatkowy nie zaistnieje.

Wysokość podatku jest ściśle związana z grupą podatkową, do której należy obdarowany, co w tym wypadku jest ograniczone z powodów opisanych wcześniej, a także z wartością otrzymanej darowizny w postaci środków pieniężnych. Oblicza się go od nadwyżki podstawy opodatkowania ponad kwotę wolną od podatku, według następującej skali:

- 1) kwota do 10 278 zł:
 - I grupa podatkowa zapłaci 3% wartości,
 - II grupa – 7%,
 - III grupa – 12%;
- 2) kwota od 10 278 zł do 20 556 zł podatek dla:
 - grupy I wynosi 308,30 zł + 5% nadwyżki od wartości ponad 10 278 zł,
 - grupy II – 719,50 zł + 9% nadwyżki,
 - grupy III – 1233,40 zł + 16% nadwyżki;
- 3) kwota ponad 20 556 złotych podatek dla:
 - I grupy to 822,20 zł + 7% nadwyżki ponad 20,556 zł,
 - II grupy 1644,50 zł + 12% nadwyżki,
 - III grupy – 2977,90 + 20% nadwyżki (art. 15 ustawy o podatku od spadków i darowizn).

Beneficjent zapisu bankowego, należąc do I grupy podatkowej, nie będzie obciążony podatkiem, o ile złoży deklarację podatkową. Darowizna w kwocie nieprzekraczającej 9637 zł nie podlega opodatkowaniu. Jeśli jednak darowizna przekroczy wskazany przez ustawodawcę limit, wówczas należy dokonać zgłoszenia.

Podsumowanie

Podsumowując zagadnienie dyspozycji wkładem na wypadek śmierci, należy przede wszystkim zauważyć, że instytucja ta ma charakter cywilnoprawny, zarówno w aspekcie zobowiązaniowym, tj. w relacji bank – klient (posiadacz rachunku, wkladca), jak również w kwestii prawa spadkowego. Poza tym wywołuje również skutki natury administracyjno-prawnej, ponieważ rodzą się przy tej okazji konsekwencje podatkowe. Przy czym niekoniecznie muszą one przerodzić się w obowiązek zapłaty podatku. Analiza obowiązujących przepi-

sów prowadzi do wniosków, że katalog uprawnionych do bycia beneficjentem dyspozycji na wypadek śmierci posiadacza rachunku bankowego podmiotów jest stosunkowo wąski. Ogranicza się jedynie do małżonka, wstępnych, zstępnych i rodzeństwa. Jednak w kontekście dziedziczenia instytucja zapisu bankowego ma niemały wpływ na to, jak wyglądać będzie masa spadkowa majątku pozostawionego przez zmarłego posiadacza rachunku bankowego. W niejednokrotnie skomplikowanych postępowaniach spadkowych skutkuje to wobec spadkobierców niepowołanych przez zmarłego w drodze dyspozycji wkładem, zmniejszeniem wartości spadku przypadającego im w drodze zwykłego spadkobrania. Ponadto skomplikowana wydaje się natura przepisu art. 56 ust. 6 u.p.b. w świetle art. 1039 § 1 k.c. Szczęśliwie normy prawne w zakresie prawa podatkowego w kwestii darowizn pozyskanych w drodze dyspozycji wkładem na wypadek śmierci są bardziej czytelne i łatwe do interpretacji. To z kolei wyczerpuje istotę zasad postępowania podatkowego, dając prymat wykładni językowej, jako najmniej problematycznej i łatwej do zinterpretowania dla podatnika.

Wykaz literatury

- Babiarz S., *Zapis windykacyjny*, [w:] idem, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Boczoń W., *Raport PRNews.pl: Rynek kont osobistych – I kw. 2021*, <https://prnews.pl/raport-prnews-pl-rynek-kont-osobistych-i-kw-2021-458978>.
- Borysiak W., *Wkład pieniężny na rachunku bankowym lub lokacie*, [w:] idem, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Cudak A., *Przedmiot opodatkowania*, [w:] S. Bogucki, A. Cudak, P. Pietrasz, W. Stachurski, K. Winiarski, A. Wrzesińska-Nowacka, *Podatek od spadków i darowizn. Komentarz*, ODDK, Gdańsk 2015.
- Goettel A., *Podatek od spadków i darowizn w świetle małżeńskich ustrojów majątkowych*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 8.
- Głuchowski P.M., *Opodatkowanie kwoty będącej przedmiotem dyspozycji na wypadek śmierci*, [w:] idem, *Umowa rachunku w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, Oficyna, Warszawa 2009.
- Góral L., Karlikowska M., Koperkiewicz-Mordel K., *Polskie prawo bankowe*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Kawulski A., [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Kawulski A., [w:] *Prawo bankowe. Komentarz do wybranych przepisów*, 2021, Lex.
- Kondek J.M., [w:] B. Bajor, L. Kociucki, K. Królikowska, J. M. Kondęk, *Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnoprawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Krzyszkowska K., [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4: *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764(9))*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Leśkiewicz K., *Z problematyki stosowania przepisów regulujących „dyspozycję wkładem na wypadek śmierci”*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017, vol. 22, nr 4.
- Mianowana-Kubiak R., *Bankowy rachunek wspólny dla osób fizycznych*, wyd. pierwsze, CeDeWu, Warszawa 2015.

- Mikos-Sitek A., Zapadka P., *Polskie prawo bankowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Nazaruk P., [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Niezbecka E., [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część szczególna*, wyd. drugie, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Ofiarski Z., *Opodatkowanie nabycia praw do wkładu oszczędnościowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, Lex.
- Ofiarski Z., [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Rogoń D., [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. 1 i 2, Zakamycze, Kraków 2005.
- Smykla B., *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Srokosz W., *Umowa rachunku oszczędnościowego*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, wyd. pierwsze, Wyd. UWr, Wrocław 2010.
- Sychowicz S., [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5: *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. drugie, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Tupaj-Cholewa A., [w:] H. Gronkiewicz-Waltz (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Witeczak H., *Zakres podmiotowy instytucji niegodności dziedziczenia*, [w:] *Wyłączenie od dziedziczenia na mocy orzeczenia sądu*, LexisNexis, Warszawa 2013.

Summary

The disposition of funds on a bank account in the event of death, as a posthumous form of disposing of the assets of the bank account holder. Civil law and tax law aspects

Keywords: civil law, banking law, tax law, inheritance, inheritance and donation tax, tax exemptions, bank account contract.

This article aims to analyze the essence of a bank account and the features of the bank account contract. Both will be necessary for further analysis. The author describes the legal basis for defining the bank account contract, it's based mainly on the provisions of the (Polish) Civil Code and the (Polish) Banking Law Act. The article is also devoted to the specific form that an account holder may use to protect his or her family in the event of his or her death (disposition of funds in the event of death/following the death) is examined hereinafter. The next part is about the nature of that disposition and bank liabilities to carry out after obtaining information about the death of its client/account holder. The last part examines the tax aspects of such a solution in the context of inheritance regulations. Thanks to that analysis, it was possible to establish who and on what terms can become a beneficiary of the disposition of funds and also what tax obligations are imposed on him.

Piotr Krajewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-7233-899X

piotr529@wp.pl

Interpretacyjne i prawne problemy definicji i statusu migrantów środowiskowych

Środowisko jako przyczyna migracji

Dziś, chyba bardziej niż kiedykolwiek, człowiek zdaje sobie sprawę ze swej całkowitej zależności od środowiska w niemal wszystkich aspektach życia indywidualnego i zbiorowego. Zewnętrznym tego przejawem były i są, zwykle uciążliwe w skutkach, zjawiska migracyjne. Ludzie migrowali od zawsze z różnych przyczyn. Zwykle były to zmiany klimatyczne i wyczerpywanie się zasobów. Tak więc zjawisko, samo w sobie, nie jest nowe. Dla koczowników i ludów pasterskich taki tryb życia jest normalnym sposobem funkcjonowania. Zatem co się stało, że wspólnota międzynarodowa od około dwóch dekad, z wolna dostrzegając szerszą zależność pomiędzy zmianami w naturalnym otoczeniu a mobilnością ludzi, mówi o katastrofach migracji środowiskowych (lub klimatycznych)?¹

Obecnie problem ten ujmowany jest w szerszy kontekst – bezpieczeństwa, a mimo to wzajemne zależności migracji i zmian w środowisku są wciąż chyba częściej przemilczane i świadomie pomijane niż ignorowane przez ekspertów i polityków. Nawet w raporcie z 2005 roku Global Commission on International Migration² o tej dramatycznej sytuacji wspomina dość nieśmiało. U zainteresowanych zjawiskiem zarysowały się różnice stanowisk co do tego, czy migra-

¹ Dopiero w latach 90. Międzyrządowy Zespół ds. Zmian Klimatu (IPCC) zauważył, że na masowe przemieszczanie się ludzi ogromny wpływ mogą mieć właśnie zmiany klimatyczne, erozje wybrzeży, powodzie i susze. Później International Organization for Migration (IOM) opublikował raport „Migracje i środowisko”, w którym stwierdzono, że w ostatnim czasie zdecydowana większość przemieszczających się ludzi czyni to z powodu degradacji środowiska. Przewiduje się, że ich liczba będzie rosła w miarę jak kolejne obszary Ziemi będą stawały się niemożliwe do zamieszkiwania, <http://www.jsto.org/stable/2547462?seq=2>.

² Global Commission on International Migration, Migration in an interconnected world, *New directions for action, Report of the Global Commission on International Migration 2005*, https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/GCIM_Report_Complete.pdf (data dostępu: 23.09.2021).

cje powodowane zmianami w środowisku są lub nie są odrębną formą migracji zasługującą na szczególną uwagę nauki, polityki i prawa. Jedni (nazwijmy ich w uproszczeniu minimaliści) twierdzą, że środowisko jest tylko czynnikiem kontekstualnym decyzji o migrowaniu. Inni zaś (maksymaliści) stoją na stanowisku, że to właśnie środowisko, choć w różny sposób, zmusza do migrowania³, a inne, równolegle pojawiające się czynniki, mają charakter akcesoryjny. Dziś o zależnościach między środowiskiem i migracjami wiadomo dużo, lecz wciąż za mało. Brakuje wciąż świadomości i łączenia tych zagadnień na wszystkich poziomach dialogu społecznego i politycznego, poczynając od lokalnego, regionalnego i krajowego, kończąc – na ile to możliwe – na globalnym.

Oczywiście, zmiana parametrów środowiska, sama w sobie, nie przemieszcza ludzi i nie powoduje ich wysiedlania, ale wywoływane zmiany stają się na tyle uciążliwe, że dalsze życie w tym miejscu jest niezwykle trudne lub wręcz niemożliwe⁴. Według raportu międzynarodowych organizacji humanitarnych nakładanie się zmian klimatycznych i pogarszających się warunków społeczno-ekonomicznych w bliskiej przyszłości wywoła sekwencję reakcji inicjujących superkatastrofy⁵.

Dziś katastrofy naturalne są przyczyną większej liczby migrujących ludzi aniżeli wojny i wewnętrzne konflikty zbrojne razem wzięte⁶. Przykładami potwierdzającymi to są państwa Sahelu w Afryce, Ameryki Południowej i Środkowej, Dalekiego Wschodu. Regiony te nieustannie doświadczają skutków zmian w środowisku, a oprócz tego mierzą się ze złożonymi uwarunkowaniami społecznymi, ekonomicznymi i politycznymi, z eksplozją demograficzną, niesprawiedliwym dostępem i podziałem korzyści wynikających z wykorzystywania zasobów, z systemem własności (głównie ziemi), wojnami domowymi, skrajnym ubóstwem itp. W części tych przypadków element środowiskowy jest tylko czynnikiem towarzyszącym innym antropogennym zjawiskom, które brane razem kreują warunki niemożliwe do wytrzymania i wymuszają fale migracyjne. To uogólnienie zależności między degradacją środowiska a migracjami maksymalnie upraszcza złożoność zjawiska migracyjnego i często można je dostrzec w dokumentach międzynarodowych na ten temat.

Temu stanowi rzeczy nie można się dziwić. Towarzyszą mu dwa problemy z tym związane: pierwszy wynika z wciąż powierzchownej wiedzy o znaczeniu czynników środowiskowych i klimatycznych w dynamice migracyjnej⁷ w rela-

³ A. Suhrke, *Environmental degradation and population flows*, „Journal of International Affairs” 1994, s. 437–496.

⁴ <http://www.emdat.be/disaster-list> (z 2012 r.).

⁵ World Disasters Report 1999: *Report predicts decade of super-disasters*, https://gfmc.online/media/2003/news_25061999.html (data dostępu: 23.09.2021).

⁶ International Federation of The Red Cross and Red Societies, *World Disasters Report*, 1999.

⁷ P. Krajewski, *Climatic Migrations – Consequences of Upsetting Environmental Balance and a of Flaws in Human Protection by International Law*, „Problemy Ekorozwoju” 2017, vol. 12, no. 1, s. 15–20.

cji do innych czynników wymuszających decyzję o wyjeździe (wśród nich są te o charakterze społecznym i ekonomicznym); drugi ma charakter polityczny. Wpisują się weń środki do zastosowania w stosunku do osób przemieszczających się z powodów środowiskowych. To implikuje dyskusję o ewentualnej konkretnej formie ochrony, która mogłaby być im przyznana, i o odpowiedzialności państw oraz wspólnoty międzynarodowej w tej materii⁸.

Wszystko to, co wiąże się z migracjami, jest wypadkową wielu współwystępujących, jednocześnie lub sukcesywnie następujących po sobie, zdarzeń. Ważna jest ich ilość i intensywność, ale też wzajemne powiązanie, gdyż zmiany w klimacie mogą generować np. problemy zdrowotne lub utratę bezpieczeństwa żywnościowego, a to bez wątpienia sprzyja myśleniu o emigracji. Trudno wówczas wskazać główną przyczynę migracji, ponieważ przy nagromadzeniu się przyczyn pobocznych lub wtórnych, każda może okazać się tą, która przeważała. Czynniki środowiskowe, jeśli pojawiają się w sytuacji już zdominowanej przez napięcia polityczne, demograficzne, ekonomiczne bądź społeczne, mogą jedynie „dopełnić czarę goryczy”. Zmiana klimatu czy wyjałowienie gleby będzie wówczas tylko mechanizmem spustowym zwielokrotniającym efekt. I odwrotnie: w sprzyjającej sytuacji społecznoekonomicznej negatywne zjawiska środowiskowe stają się mniej dotkliwe dla ludzi..

Zależności między zmianami w środowisku a decyzjami o emigrowaniu nie zawsze są więc proste i jednoznaczne, gdyż zwykle w grę wchodzi jeszcze inne faktory. Poza tym, jakkolwiek zmiana w środowisku, sama w sobie, zwykle jest bardzo złożonym procesem przyrodniczym i nie wszyscy odbierają ją w ten sam sposób, bo czasami (ale tylko czasami) ludzie po prostu do nich się dostosowują. Wówczas skutkuje to uaktywnianiem procesów adaptacyjnych, rozbudzaniem zdolności innowacyjnych, udoskonalaniem technologii, usprawnianiem funkcjonowania instytucji, zmianami w organizacji społeczno-gospodarczej i w kulturze – chyba tak samo złożonymi jak i same zjawiska, które do tego przynagliły.

Jednostki i społeczności różnie więc reagują na brak czy ograniczony dostęp do zasobów środowiska; początkowo zwykle próbują dostosować się. Ta zdolność rezyliencji, jako efekt indywidualnej i kolektywnej wrażliwości na zmiany, jest moderowana szeregiem czynników społecznych, w które jednostki i grupy są bardziej lub mniej „uwikłane”⁹. Ewoluuje spontanicznie jako „oddolna” reakcja przystosowawcza w procesie adaptacyjnym. Poza tym zmiany w środowisku – w zależności od regionu i kategorii społecznej – mogą być

⁸ K. Groszkowska, *Migracje klimatyczne*, „Infos” 2020, nr 12(278), s. 1–4, dostępny także: [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B21188CE33077118C12585F8003DC658/\\$file/Infos_278.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B21188CE33077118C12585F8003DC658/$file/Infos_278.pdf).

⁹ Można to odnieść np. do różnic związanych z płcią, z odmienną pozycją społeczną czy odmiennym sposobem pojmowania zagrożenia. Zmienną składającą się na wrażliwość jest też status materialny i przynależność do klasy społecznej. Wszelkie zmiany wprawdzie uderzają w ubogie społeczności i wspólnoty rolnicze, ściśle związane ze swoim źródłem utrzymania. Zamożnym łatwiej zmienić miejsce i relokować kapitał.

odmiennie postrzegane. Ta wrażliwość, będąca efektem kontekstu społecznego, na który jednostki i zbiorowość potrafią pozytywnie zareagować, może skłaniać do pozostania. I odwrotnie, jeśli ci ludzie stają bezbronni i bezsilni wobec sił natury, ulegną swej niemocy i wybiorą ucieczkę. Jeżeli natomiast dysponują niezbędnymi środkami (organizacyjnymi, finansowymi, prawnymi czy intelektualnymi), mogą niwelować zagrożenia; wiele zależy od umiejętności adaptacyjnych oraz środków.

Problemy z definicją

Głównym problemem jest przeanalizowanie roli dwóch wyróżniających się czynników, określanych ogólnie jako „czynnik środowiskowy” i „względy ekonomiczne”. Nie chodzi o osoby z własnej woli wybierające życie poza granicami, szukające lepszej oferty zatrudnienia dla polepszenia swojego statusu ekonomicznego. Chodzi raczej o odpowiedź na pytanie: w jakich sytuacjach i jakie problemy ekologiczne o tym decydują? Krótko mówiąc: dla kogo przeważającym argumentem w podejmowaniu decyzji opuszczenia miejsca jest stan środowiska? Takie teoretyczne dociekanie pewnie ma znikome znaczenie dla tych, którzy znaleźli się w trudnej – z powodu stanu środowiska – sytuacji. Może jednak być istotne dla rozwiązań systemowych.

Mówiąc o migrujących, trzeba rozważyć włączenie do tej kategorii i opuszczających własny kraj, i porzucających dotychczasowe miejsca zamieszkania, którzy jednak pozostają w granicach państwa, oraz tych co przenoszą się z obszarów wiejskich w kierunku wielkich aglomeracji. W tych wypadkach często bardzo trudno – jeśli wręcz niemożliwe – jest ocenić rzeczywisty wpływ czynnika środowiskowego, gdyż z reguły współwystępuje i/lub nakłada się na czynniki polityczne, demograficzne i nade wszystko ekonomiczne; chodzi przecież o poszukiwanie lepszych warunków materialno-bytowych.

Określenie *environmental refugee* ma swe źródło w naukach i ruchach ekologicznych lat 70. ubiegłego wieku, a upowszechnione zostało przez Essama El-Hinnawiego po roku 1985¹⁰. W swoim raporcie wskazał na tą specyficzną kategorię uchodźców, definiując ich jako osoby zmuszone do czasowego lub stałego porzucenia dotychczasowego miejsca życia z powodów naturalnych i/lub wywołanych przez człowieka zakłóceń w środowisku zagrażających ich istnieniu i/lub poważnie (negatywnie) wpływających na jakość życia¹¹. Od

¹⁰ Program Środowiskowy Organizacji Narodów Zjednoczonych (ang. United Nations Environment Programme) – agenda ONZ powołana rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2997 w 1972 r. w celu prowadzenia przez ONZ działań w zakresie ochrony środowiska i stałego monitorowania jego stanu na świecie.

¹¹ Pod pojęciem *environmental disruption* należy rozumieć każdą zmianę fizyczną, chemiczną i/lub biologiczną w ekosystemie (lub w zasobach podstawowych), które czasowo lub trwale

tamtego czasu trwają dyskusje wśród polityków i naukowców nie tyle nad stworzeniem innej definicji, co nad wskazaniem cech i warunków, które wyznaczałyby próg wrażliwości czyniący z tych ludzi właśnie migrantów środowiskowych. Przywołana definicja dostarcza jasnych kryteriów wyróżniających tego rodzaju uchodźców spośród wszystkich innych. Chodzi mianowicie o osoby:

- 1) przemieszczające się na czas określony z powodu stresów środowiskowych wywołanych katastrofami naturalnymi lub przez człowieka, które jednak w późniejszym czasie pozwolą powrócić, aby odbudować to co stracili;

- 2) które na stałe zmieniły miejsce życia z powodu realizacji projektów infrastrukturalnych i/lub katastrof naturalnych;

- 3) przemieszczające się tymczasowo lub permanentnie z powodu zniszczenia środowiska i niemożności zaspokojenia podstawowych potrzeb na terenach, z których pochodzą.

W oparciu o powyższe przesłanki do kategorii tej można przypisać wiele osób. Przy okazji warto zauważyć, że zajmujący się kwestiami prawa międzynarodowego, problemami bezpieczeństwa i szerzej również migracjami, opierają się przed przypisaniem im określenia „uchodźca”. Wynika to z obawy przed konsekwencjami przyjęcia, bądź co bądź, mało precyzyjnej koncepcji „uchodźcy środowiskowego” zaproponowanej przez El-Hinnawiego.

Używanie terminu „uchodźca” (w stosunku do ofiar środowiska) jest wciąż kontestowane, gdyż – jak niektórzy utrzymują – opiera się na zbyt uproszczonych przesłankach. Sugeruje się, że termin został źle sformułowany i pozbawiony sensu prawnego, ponieważ w jakiejś mierze „odpolitycznia” przyczyny masowego przemieszczania się ludzi, co pozwala państwowi na derogowanie obowiązku udzielania im pomocy¹².

Niektóre teorie negacjonistyczne dążą do zrównywania uchodźców środowiskowych z migrantami okresowymi lub migrującymi z powodów ekonomicznych. Międzynarodowy Instytut Środowiska i Rozwoju (International Institute for Environment and Development – IIED) sugeruje traktowanie przemieszczeń powodowanych klimatem, czy szerzej środowiskiem, jako tradycyjnych migracji będących przejawem umiejętności wdrażania strategii przystosowawczych¹³. Migracja powodowana zmianami w otoczeniu nie jest zatem skutkiem indywidualnej i kolektywnej bezsilności, ale wynikiem wyboru. Tu jednak dyskusja staje się bardziej subtelna, gdyż brakuje umiejętności precyzyjnego odróżnienia migracji przymuszonych od dobrowolnych i oddzielenia czynników ekonomicznych od środowiskowych.

czynią go nienadającym się do życia człowiekowi – E. El-Hinnawi, *Environmental Refugees*, Nairobi 1985, s. 4.

¹² G. Kibreab, *Refugees and Development in Africa. The Case of Eritrea*, The Red Sea Press, 1977.

¹³ Porównanie to wydaje się przesadzone; czy innym jest opuszczenie przez rolnika pola wraz nadchodzącą porą suchą, by do niego powrócić w porze deszczowej, czym innym porzucenie przez całe wspólnoty regionów dotkniętych wieloletnią suszą.

Literatura naukowa dostarcza też bardziej „otwartych”, w stosunku do tej przedstawionej przez El-Hinnawiego, definicji uchodźcy środowiskowego. Nieco inne rozwiązanie problemu terminologicznego proponuje M.E. Olson. Uchodźcy różnią się od innych spontanicznych migrantów okolicznościami, które zmuszają ich do przemieszczania się i skutkami relokacji. To zmiany w otoczeniu uniemożliwiające dalsze życie są przyczyną porzucania domostw i przenoszenia się w inne miejsce¹⁴. Fakt ten wyraźnie podkreśla, z jednej strony, zewnętrzną powód przemieszczania się, z drugiej – przymus i konieczność reagowania (konieczności działania wbrew woli). Definicja nie uwzględnia pokonywanego dystansu ani faktu przekraczania lub nie granic między państwami. Wydaje się więc bardziej holistyczna.

***Continuum* zjawisk migracyjnych**

Poszczególne grupy migracyjne nie jest łatwo sklasyfikować jako migracje dobrowolne lub przymusowe¹⁵. Koncepcyjnie, między migrantami dobrowolnymi a uchodźcami, lokują się też i ci, którzy doznają jednocześnie niedostatku z powodu lokalnych problemów społecznych, ekonomicznych i środowiskowych¹⁶. Toteż często nawet oni sami nie są w stanie wskazać bezpośredniej przyczyny migrowania, ani nawet powiązać tego co się stało z koniecznością przeniesienia się. To sugeruje, że mobilność ludzi chyba należy odbierać jako kontinuum zjawisk, poczynając od migracji całkowicie dobrowolnych, kończąc na ewidentnie wymuszonych. W rzeczywistości chyba niewiele jest przypadków jednoznacznych poprzedzonych zewnętrznie wymuszoną lub odwrotnie, swobodnie podjętą decyzją. Grupę pośrednią stanowią ci, którzy w ograniczonym stopniu zachowali autonomię decydowania. Tu – jak wielu by tego chciało – można by przypisać migrantów środowiskowych.

Wskazanie na pewien ciąg stanów faktycznych, z brakiem wyraźnych granic w przechodzeniu od jednego do następnego, dopuszczający istnienie szerokiej gamy czynników moderujących procesy decyzyjne, a tym samym i status osoby, znacznie utrudnia dyskusje nad legalną definicją uchodźcy. Nie pomaga też w skonkretyzowaniu definicji uchodźcy środowiskowego, a tym

¹⁴ M.E. Olson, *Refugees as a Special Case of Population Redistribution*, [w:] L.A.P. Gosling, L.Y.C. Lim (eds.), *Population Redistribution: Patterns, Policies and Prospects*, New York 1979, s. 130.

¹⁵ Decyzja o migrowaniu, z reguły podejmowana przez jednostkę lub rodzinę, charakteryzuje migracje dobrowolne, wynikające z chęci poprawy własnej sytuacji ekonomicznej. Inni zmuszani są do zmiany miejsca przez siły zewnętrzne. Ci są określanii jako uchodźcy. W prawie międzynarodowym i w standardach międzynarodowych są definiowani w art. 1 A pkt 12 Konwencji Narodów Zjednoczonych, dotyczącej statusu uchodźców z 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515).

¹⁶ Z reguły każda z fal migracyjnych poprzedzana jest uchodźcami „antycypującymi”. To osoby, które z pewnym wyprzedzeniem potrafią ocenić, że ich sytuacja w danym miejscu w najbliższym czasie znacznie się pogorszy. Znajdują więc w sobie siły, odwagę i determinację, zanim warunki ulegną na tyle poważnej zmianie, że bezwzględnie wymuszają decyzję opuszczenia domu.

samym nie ułatwia sklasyfikowania konkretnej osoby jako takiego uchodźcy. Definicja nadal zatem pozostaje uogólniona, jeżeli nie bierze się pod uwagę dwóch charakterystycznych dla niej cech, a mianowicie: zaistnienia zmian w środowisku w stopniu nienadającym się do dalszej egzystencji i uznania, że to właśnie te zmiany są powodem migracji.

Uchodzący wszak nie wyruszają jako emigranci, mimo że w nowym miejscu prawie natychmiast są klasyfikowani jako imigranci. Uciekinier bywa synonimem uchodźcy, nawet jeżeli bycie uchodźcą wiąże się ze statusem prawnym, ochroną prawną i opieką ze strony instytucji i organizacji; z uciekiniera trzeba stać się uchodźcą, aby emigrować. Kombinacji jest więc wiele, a sposób klasyfikowania dość arbitralny. Kategoria migracji przymusowych jest może najbardziej kontrowersyjna, a i motywy są bardzo ważne, gdyż niemożność pozostania na dotychczasowym miejscu może również wynikać z subiektywnych przesłanek; jednak stają się one mało istotne, gdy dochodzi do zdarzeń obiektywnie ważnych, faktów, działań wynikających z przymusu (np. wysiedleń, działań wojennych, prześladowań). Konflikty są chyba najczęstszą przyczyną przymusowych migracji, nigdy jednak jedyną. Z niemożnością pozostawania mamy też do czynienia w przypadku daleko idących alternacji klimatu czy niemożnością produkcji żywności. Fenomen uchodźstwa środowiskowego lokuje się więc między wolnością a przymusem. Uciekinier jest zmuszony do przemieszczania się z powodu ograniczenia warunków, odebrania prawa do pozostawania. Musi migrować, nie może nie migrować. Z ucieczką mamy do czynienia, gdy w ocenie szans przeżycia (jeśli ona ma miejsce) w porzucanym miejscu brakuje perspektyw. Wówczas przemieszczanie się jest nieuniknione; alternatywą jest śmierć.

Najważniejszym problemem w analizie migracji środowiskowych jest, jak widać, stworzenie takiej definicji, aby była zrozumiała, powszechnie (możliwie szeroko) podzielana, umożliwiała łatwe dokumentowanie i kwalifikowanie i w końcu – aby była akceptowana przez naukowców i polityków.

Definicja uchodźcy środowiskowego powinna zatem uwzględniać fakt, że są to osoby, które w miejscu, gdzie żyją, nie mogą zapewnić sobie środków do życia z powodu czynników środowiskowych (suszy, pustynnienia, wylesiania wyjąłowania gleby, niekontrolowanego zużywania zasobów wodnych, niewydolności środowiska i infrastruktury miast, kataklizmów naturalnych). Mogą im towarzyszyć dodatkowe czynniki wzmacniające problemy środowiskowe wynikające z przyrostu demograficznego, biedy, głodu, chorób zakaźnych, albo z ułomności polityk rozwoju i systemów zarządzania gospodarką, słabości systemów socjalnych i prawa wewnętrznego marginalizującego ludzi. Czasami są to też katastrofy przemysłowe i budowlane¹⁷.

¹⁷ N. Myers, *Environmental Refugees in a Globally Warmed World: Estimating the scope of what could well become a prominent international*, „BioScience” 1993, nr 43, 1, s. 752–761, <https://doi.org/10.2307/1312319>.

Ta konstatacja nie może robić za definicję, gdyż zbyt wiele kwestii próbuje ująć. Mnogość czynników współtowarzyszących procesom degradacji środowiska wpływa na nieustanny wzrost liczby migrantów, który w roku 2050 może osiągnąć nawet 250 mln.

Tocząca się na ten temat dyskusja dotyczy właśnie podstaw, tzn. założeń i definicji. Wciąż nie ma zgody co do tego, czy należy mówić o migrantach, czy o uchodźcach, albo czy należy dyskutować tylko o uciekających z powodów klimatycznych, czy też objąć ofiary kataklizmów naturalnych¹⁸.

Z inicjatywy Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR), Programu Narodów Zjednoczonych ds. Środowiska (UNEP) i Programu Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (UNDP) wypracowano roboczą definicję, skłaniając się bardziej do określenia *displaced person* – osoby przemieszczone, aniżeli uciekinierzy lub uchodźcy klimatyczni, ponieważ byłyby one pewnym nadużyciem wobec prawnej definicji uchodźcy sugerowanej Konwencją genewską¹⁹. Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji (IOM) w raporcie na temat migracji i zmian klimatycznych określa ich jako osoby lub grupy osób, które z powodu nagłych lub stopniowych zmian w środowisku, negatywnie wpływających na ich życie lub warunki życia, są zmuszone pozostawić czasowo lub definitywnie własne terytorium, przemieszczając się w granicach własnego państwa lub poza nie²⁰. Problemem pozostaje wybór stosownego narzędzia prawa międzynarodowego, które byłoby najodpowiedniejsze w stosunku do nowej kategorii uchodźców.

Analiza całego zagadnienia generuje, jak wydaje się, jeszcze jeden problem związany z określeniem uchodźca środowiskowy. Czasami utrzymuje się, że używanie słowa „uchodźca” powinno być tożsame z definicją przyjętą przez ONZ w 1951 r. i zmodyfikowaną protokołem w 1967 r., tzn. z osobą, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem i nie może lub nie chce korzystać z ochrony tego państwa”²¹. Wynika to z przekonania, że ewentualne rozszerzenie koncepcji uchodźcy obejmującej osoby wysiedlone z powodów środowiskowych może dodatkowo nadważyć

¹⁸ P. Siwior, *Prawa człowieka a zmiany klimatu – perspektywa Organizacji Narodów Zjednoczonych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51, s. 147–159.

¹⁹ Tytuł I i II Konwencji genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV Konwencja genewska) z 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171); art. 73 Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175).

²⁰ International Organization for Migration, *Expert Seminar: Migration and the Environment*, 2008, no. 10, s. 23, http://publications.iom.int/system/files/pdf/idm_10_en.pdf (data dostępu: 7.10.2018).

²¹ Art. 1 A pkt 12 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515).

już słabnącą wrażliwość na uchodźców „tradycyjnych”. Otwarcie się na „nowych” może sprawić poważne problemy rządów i organizacjom międzynarodowym, ryzykującym zapaść z powodu niewydolności finansowej związanej z prawnym obowiązkiem niesienia nawet minimalnej pomocy.

Jest w tym chyba trochę racji, ale nie można ucinać dyskusji, gdyż za sprawą zmian środowiskowych granica praw ludzi w odniesieniu do akceptowalnego i zrównoważonego poziomu życia (a jest to bez wątpienia prawo podstawowe) faktycznie uległa przesunięciu. Nie ma żadnego powodu, aby sądzić, że ten kto ucieka z miejsca (i warunków), które pozbawiło go dosłownie wszystkiego, ma mniejsze poczucie zmarginalizowania materialnego i społecznego niż uciekający przed prześladowaniami politycznymi i religijnymi. Czyż tak samo jak inni nie szuka dla siebie bezpieczeństwa i perspektyw?

To prawda, że za wieloma krzywdami wywoływanymi problemami środowiskowymi stoją konkretne działania polityczne. Kwestia uchodźców środowiskowych jest więc (przynajmniej po części) także kwestią polityczną. Mimo to nie można twierdzić, że uchodźców środowiskowych i uchodźców politycznych należy traktować jednakowo; jest różnica między doznawaniem skutków zaniechań środowiskowych i społecznych rządu a represjami. Stąd alternatywne propozycje klasyfikowania uchodźców środowiskowych, np.: „osoby wysiedlone z powodów środowiskowych” i „emigranci przymuszeni motywami środowiskowymi”. Mimo że są one dość precyzyjne, okazują się całkiem niepraktyczne. Proponuje się też „ekomigranci”, „ekoewakuowani” czy „ekoofiary”. Pierwsze dwie nie zawierają w sobie elementu przymusu; trzecia natomiast nie nawiązuje w ogóle do migrowania. Dyskusja nad definicją trwa, a znaczenie tego zjawiska gwałtownie przybiera na sile i chyba w krótkim czasie zdeterminuje politykę międzynarodową i relacje między państwami²².

Obecną eksplozję kryzysów geopolitycznych i społecznośrodowiskowych w południowej i południowo-wschodniej Azji, w Afryce Wschodniej, w państwach Sahelu i Środkowego Wschodu oraz Ameryce Środkowej trudno uważać za efekt mający jedną tylko przyczynę. Określenie „uchodźca” zaczyna być coraz

²² Dla lepszego zrozumienia tej kwestii warto przyjrzeć się ważniejszym faktom związanym z kształtowaniem się tego pojęcia. W 1917 r. Liga Narodów utworzyła Biuro Wysokiego Komisarjatu ds. Uchodźców Rosyjskich. Z istotnymi zadaniami zetknięto się w 1951 r., wraz z wejściem Konwencji ONZ dotyczącej statusu uchodźców opracowanej w celu rozwiązania problemu uchodźców drugiej wojny światowej. Protokołem z 1967 r. zrewidowano zasadę, według której uchodźcami były jedynie ofiary konfliktów sprzed 1951 r. – tylko im gwarantowana była stosowna pomoc. W 1969 r. Organizacja Jedności Afrykańskiej przyjęła szersze pojęcie uchodźcy, włączając osoby zmuszone do migrowania z powodów środowiskowych i ekonomicznych. Chodziło o osoby, które m.in. z powodu wydarzeń poważnie zakłócających porządek publiczny, w części lub całości państwa, zostały zmuszone do opuszczenia miejsca zwyczajowego zamieszkania i szukania schronienia w innym miejscu, poza państwem swego pochodzenia lub zamieszkiwania. Cfr. art. 1 Konwencji dotyczącej specyficznych aspektów problemów uchodźstwa w Afryce, przyjęta 10 października 1969 r., weszła w życie 20 czerwca 1974 r., traktowana jest jako regionalne uzupełnienie Konwencji ONZ dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r.

bardziej powszechne i używane bez szczególnego rozróżnienia przyczyn wysiedlania, u podstaw których wcale nie konieczne leżą prześladowania o charakterze politycznym, etnicznym czy religijnym.

Niechętni szerokiemu pojęciu uchodźcy podnoszą, że to osłabi lub wręcz zdeorganizuje obecnie funkcjonujące systemy zabezpieczeń i udzielania pomocy, a modyfikowanie go w sugerowanym zakresie niesie ze sobą ryzyko całkowitego rozstroju tego, co z takim trudem zostało wypracowane²³. Tymczasem, wraz z rosnącą falą migracyjną, państwa przyjmujące zaczęły okazywać coraz większe zaniepokojenie. Mówi się o konieczności ograniczenia liczby przybywających i o limitowaniu programów pomocowych. Poszerzanie definicji stawia państwa przyjmujące w coraz trudniejszej sytuacji; rodzi napięcia i poczucie osaczenia. To prawda, że w stosowaniu określenia „uchodźca środowiskowy” nie ma jeszcze domagania się nowych praw, ale jednocześnie nie neguje się chęci ich przyznania lub nadania specjalnego statusu w zakresie prawa międzynarodowego²⁴. Póki co, celem jest zdefiniowanie problemu w sposób łatwo zrozumiały dla dyplomacji i opinii publicznej. Głównym zamyśłem zaś wskazanie, że tradycyjne pojmowanie uchodźcy już nie definiuje przymusowej migracji obserwowanej teraz pod różnymi postaciami. To z kolei oznacza, że wypracowane kiedyś rozwiązania dziś okazują się daleko nieadekwatne. Mówi się, że rozszerzenie definicji może okazać się korzystne dla włączania instytucji i struktur zajmujących się środowiskiem i rozwojem. To pozwoliłoby bezpośrednio oddziaływać na pierwotne przyczyny kryzysu, a nie tylko na ich skutki.

Ofiary środowiska jako kategoria zbiorowa

Zależność łącząca katastrofy środowiskowe z ich ofiarami jest szczególna. Z reguły w takich przypadkach nie istnieje jakaś jedna określona przyczyna, wywołująca dewastujący efekt, możliwy do zidentyfikowania fakt, ale cały łańcuch sukcesywnie po sobie następujących przyczyn pozostających w interakcji ze specyfiką i wrażliwością ekosystemu, aktywnością człowieka, presją demograficzną i czasami nadzwyczajnymi zdarzeniami. Nie ma chyba na świecie miejsca, które (przynajmniej potencjalnie) nie byłoby narażone na niszczące działania czynników naturalnych i/lub sprowokowanych przez człowieka. Dla większości nie zawsze można przewidzieć i uruchomić system zapobiegania/minimalizowania skutków i ratowania.

²³ N. Myers, *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*, Washington DC, 1995, s. 103.

²⁴ P. Krajewski, K. Groszkowska, *Environmental migration in international law and politics. Problematyka migracji klimatycznych w polityce i prawie międzynarodowym*, „Journal of Modern Science” 2018, t. 1(36), s. 145–163.

Wiadomym jest, że najbiedniejsi zamieszkują zazwyczaj niezabezpieczone infrastrukturalnie przedmieścia metropolii, z reguły zbocza wzgórz, brzegi rzek, sąsiedztwo ośrodków przemysłowych. Klasy zamożniejsze zajmują tereny mniej zanieczyszczone i z dala od źródeł potencjalnego ryzyka. Toteż w przypadku nagłych zdarzeń przyrodniczych tym z terenów bardziej narażonych pozostaje tylko ucieczka lub śmierć. Aby zatem mówić o „uchodźcach” lub o „uciekiniarach” środowiskowych, trzeba wypracować (może jakąś nową) koncepcję relacji człowieka ze środowiskiem. Modele racjonalne każde zdarzenie łączą z przyczyną i ze skutkami. Takie podejście okazuje się zbyt uproszczone, szczególnie jeśli chodzi o zależności/relacje człowieka ze środowiskiem. A to dlatego, że każde zjawisko przyrodnicze charakteryzuje się ogromną złożonością, będącą wypadkową licznych wzajemnie na siebie oddziałujących procesów. Konsekwencji jakiegoś zdarzenia naturalnego nie można zatem odnieść do jednego, takiego lub innego czynnika. Dla (poszerzonego) zdefiniowania ofiar środowiskowych trzeba więc wypracować model, pozwalający lepiej poznać relacje zachodzące między zauważonymi przyczynami tego zdarzenia.

Ofiarami z reguły są podmioty zbiorowe, które z powodu poniesionych szkód lub bezpośredniego zagrożenia dostrzegają konieczność przeniesienia się w inne, bezpieczniejsze dla siebie miejsce (displaced persons). Kiedy już dochodzi do zmiany środowiskowej, lepiej nie mówić jest o ofiarach w liczbie mnogiej, gdyż w ten sposób katastrofa niejako „pochłaniana” jednostkę. Dla katastrof charakterystyczne jest „zacieranie” się w nich jednostki (której nie uważa się za adresata szczególnych praw ani specjalnej ochrony) na rzecz wspólnoty dotkniętej tym zdarzeniem. Inaczej jest ze szkodą, która bezpośrednio dotyka i odnoszona jest właśnie do jednostki lub jednostek. Ponieważ skutki katastrof w zasadzie dotyczą każdej osoby na terenie, gdzie występują, ofiara kataklizmu ma charakter zbiorowy.

Prawo międzynarodowe zna pojęcie ofiary zbiorowej i przyznaje jej szczególne prawa. Wspomina o niej Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa²⁵. Z pojęcia tego korzysta również Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej²⁶. Ustawodawstwo międzynarodowe uznaje zatem, że podmiot zbiorowy (jako grupa osób) może być ofiarą szkód lub poważnego naruszenia swoich praw. W wielu państwach, poprzez tzw. powództwo grupowe można przejść od pozwu indywidualnego do jednego zbiorowego wyroku. W ten sposób do ludności cywilnej, jako podmiotu zbiorowego, podchodzi Konwencja genewska o ochronie osób

²⁵ Art. 2 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, Nowy Jork, 9 grudnia 1948 r. (Dz.U. z 1952 r., Nr 9, poz. 9 i Nr 31, poz. 213).

²⁶ Art. 2.1.a Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r. (Dz.U. z 1969 r., Nr 25, poz. 187).

cywilnych podczas wojny²⁷. Osobom tym zapewnia się określone prawa. Z treści poszczególnych jej przepisów wybrzmiewa właśnie kolektywny charakter podmiotu, gdyż poszczególne dyspozycje nie są zindywidualizowane lub zróżnicowane w zależności od osób – wszystkie one, właśnie jako grupa, korzystają z ochrony.

Charakterystyczną cechą ofiar uchodźstwa środowiskowego, oprócz tego, że mają charakter kolektywny, jest przede wszystkim przemieszczenie się ich, konieczność oddalenia się z miejsca wcześniejszego zamieszkania. Aby uchronić się przed niebezpieczeństwem i móc przeżyć, muszą wyjść poza obszar zniszczeń lub zagrożenia i skierować się w miejsce dające poczucie bezpieczeństwa. W obliczu niebezpieczeństwa nie dokonują wyboru, lecz podejmują decyzję, która może być tylko jedna i to wymuszona okolicznościami. Przemieszczenie to należy rozpatrywać zarówno w kategorii przestrzeni, jak i czasu; wymusza konieczność opuszczenia miejsca – to implikacje przestrzenne. Zanim nie dojdzie do zdarzenia, nie można jednak z wyprzedzeniem mieć pewności, w jakim kierunku przemieszczą się ludzie: czy pozostaną w granicach państwa, czy też zechcą chronić się poza nimi? Na kim spocznie odpowiedzialność prawna z tym związana? Na prawie międzynarodowym, jeśli przekroczą granice państwa, czy na przepisach prawa krajowego, jeśli będą miały jedynie charakter wewnętrzny? I dalej: na kim spoczywa obowiązek organizowania i udzielania pomocy? Czy ma to być realizowane według prawa krajowego, czy międzynarodowego?

Zmianom środowiskowym należy przyglądać się przez pryzmat przyczyn. Okazuje się, że skutki większości z nich mają charakter międzynarodowy. O ilu i jakich konsekwencjach lokalnych można by mówić z powodu globalnego ocieplenia, pustynnienia, kwaśnych deszczów, wylesiania lub zanieczyszczenia? Mając na względzie tylko te (transgraniczne) czynniki, zasada nienaruszalności granic mogłaby być rozluźniona, a udzielanie pomocy międzynarodowej uchodźcom środowiskowym byłoby ułatwione. Poza tym przyznanie uchodźcom statusu międzynarodowego mogłoby być w interesie państwa przyjmującego, gdyż w ten sposób łatwiej byłoby udzielać pomocy humanitarnej.

Przy analizie konsekwencji czasowych jednym z pytań jest: jak długo mogą trwać migracje? Czy mają charakter przejściowy, czy też uchodźcy zamierzają osiąść w nowym miejscu na stałe? Najlepiej, aby miały charakter czasowy, a ludzie, po ustąpieniu niebezpieczeństwa, mogliby wracać do siebie. Wydaje się to oczywiste i taka potrzeba tkwi w dyslokowanych. Można jednak odnieść to chyba wyłącznie do zjawisk gwałtownych i krótkotrwałych; wówczas perspektywa powrotu jawi się jako jedyna rozsądna, przywracająca normalność, dająca nadzieję odnowienia dawnych relacji społecznych i więzi kulturowych.

²⁷ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV Konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171, załącznik).

Warunkiem niezbędnym jest tu oczywiście możliwość powrotu, a ta czasami okazuje się niemożliwa²⁸. Zdarza się bowiem, że niektóre katastrofy powodują tak duże zniszczenia w środowisku, że zmieniają warunki życia na kilka pokoleń, albo i na zawsze²⁹.

Podsumowanie

Tytułem podsumowania należy skonstatować, że:

- politycy i przedstawiciele organizacji ekologicznych wyrażają przekonanie, iż zmiana klimatu i pogarszanie stanu środowiska w najbliższym czasie uczyni temat uchodźców środowiskowych tematem wiodącym, umieszczając go w centrum międzynarodowej debaty publicznej i instytucjonalnej;
- istnieje ścisła korelacja między zmianami klimatycznymi i środowiskowymi a koniecznością migrowania, nawet jeżeli oczywiście nie wszystkich, którzy migrują, można zakwalifikować jako uchodźców;
- obecne migrowanie z przyczyn środowiskowych jest jednak czymś jakościowo nowym, i dlatego że dotyczy znacznej liczby osób, z powodu rozmiaru, szybkości oraz nieodwracalności zmian środowiskowych;
- brak prawnomiędzynarodowej definicji uchodźcy środowiskowego utrudnia organizowanie i dotarcie z pomocą i nic nie zapowiada zmiany w najbliższym czasie, chociaż potrzeby w tym zakresie są ewidentne.

Poza tym, nawet w procesie zaawansowanej globalizacji, każda granica definiuje emigranta i imigranta, uchodźcę i migrującego, wychodźcę i azylanta. Prześladowania, niepożądane i nielegalne migracje – ze względu na swą naturę oraz z powodu zasięgu – stają się „niewygodne” nawet dla prawa międzynarodowego, które w tej kwestii nie nadąża za zmianami w sposobie i rozmiarach mobilności ludzkiej powiązanej z globalną ekspansją ekonomiczną, rozwojem środków transportu i komunikacji. Nie wiadomo zatem, czy sugestie i wnioski rozsiane w publikacjach, takich jak ta, w najbliższym czasie poskutkują zmianami w przepisach prawa.

²⁸ Po katastrofie w Czarnobylu czas przymusowego przebywania poza strefą niebezpieczną nie będzie krótszy niż sto lat. Konieczności opuszczenia tego miejsca dla mieszkańców nie można zatem nazwać czasowej, gdyż dla nich ma charakter trwały. Podobnie z zamieszkującymi okolice elektrowni Fukushima.

²⁹ Można to odnieść do budowy ogromnych tam w Chinach, katastrof przemysłowych w Bophal czy w Seveso, zalania wysp Tuvalu i innych zjawisk przyrodniczych, do których człowiek przyczynia się w różnej mierze. W tych przypadkach mamy do czynienia z totalnym brakiem ochrony ze strony prawa. Problem osiedlania docelowego całej populacji dotyczy zarówno państw przyjmujących, jak i tych, z których relokowani pochodzą.

Wykaz literatury

- EM-DAT The International Disaster Database, <http://www.emdat.be/disaster-list>.
- Global Commission on International Migration, *Migration in an Interconnected World, New directions for action, Report of the Global Commission on International Migration 2005*, https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/gcim/GCIM_Report_Complete.pdf.
- International Federation of The Red Cross and Red Societies, *World Disasters Report*, 1999.
- International Organization for Migration (IOM), *Raport „Migracje i środowisko”*, <http://www.jsto.org/stable/2547462?seq=2>.
- World Disasters Report 1999: *Report predicts decade of super-disasters*, https://gfmcoonline/media/2003/news_25061999.html.
- El-Hinnawi E., *Environmental Refugees*, UNEP, Nairobi 1985.
- Groszkowska K., *Migracje klimatyczne*, „Infos” 2020, nr 12(278), [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B21188CE33077118C12585F8003DC658/\\$file/Infos_278.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/B21188CE33077118C12585F8003DC658/$file/Infos_278.pdf).
- Kibreab G., *Refugees and Development in Africa. The Case of Eritrea*, The Red Sea Press, 1977.
- Krajewski P., K. Groszkowska, *Environmental migration in international law and politics (Problematyka migracji klimatycznych w polityce i prawie międzynarodowym)*, „Journal of Modern Science” 2018, t. 1(36).
- Krajewski P., *Climatic Migrations – Consequences of Upsetting Environmental Balance and a of Flaws in Human Protection by International*, „Problemy Ekorozwoju” 2017, vol. 12, no 1.
- Myers N., *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena*, Climate Institute, Washington DC, 1995.
- Myers N., *Environmental Refugees in a Globally Warmed World: Estimating the scope of what could well become a prominent international*, „BioScience”, 1993 nr 43, <https://doi.org/10.2307/1312319>.
- Olson M.E., *Refugees as a Special Case of Population Redistribution*, [w:] L.A.P. Gosling, L.Y.C. Lim (eds.), *Population Redistribution: Patterns, Policies and Prospects*, UN Fund for Population Activities, New York 1979.
- Siwior P., *Prawa człowieka a zmiany klimatu – perspektywa Organizacji Narodów Zjednoczonych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 51.
- Suhrke A., *Environmental degradation and population flows*, „Journal of International Affairs” 1994.

Summary

Interpretative and legal problems of definition and status of environmental migrants

Keywords: international law, environmental migrations, environmental changes, refugee status.

Climate and environmental changes create, above all, several existential nuisances. There are, among others the cause of the mass movement of people in search of safe shelter and livelihoods. However, they pose considerable problems of a legal nature, and with the political, social and organizational. The article aims to present the basic difficulties in the legal definition of environmental refugees (migrants), and thus in determining their status and the scope of possible protection. It is therefore about identifying and discussing the reasons for the “resistance” of states and the international community to active (legislative) response to the growing wave of environmental migration.

Emil Kruk

Maria Curie-Skłodowska University in Lublin

ORCID: 0000-0002-7954-0303

emil.kruk@mail.umcs.pl

The running of animal shelters by non-governmental organizations*

Introduction

Animal shelters can be run by both non-governmental organizations and private enterprises or municipal organisational units. More specifically, according to Article 11 (4) of the Act of 21 August 1997 on the protection of animals (hereinafter: APA)¹, NGOs whose statutory objective is to protect animals can provide care for homeless animals and run animal shelters for this purpose, in agreement with the competent local government bodies. When comparing this regulation with the provisions of the Act of 13 September 1996 on maintaining cleanliness and order in municipalities (hereinafter referred to as AMCOM)², setting out conditions for granting permits to provide services in this field, two issues should, first of all, be addressed: 1) whether non-governmental organizations are required to obtain a permit to run a shelter for homeless animals; 2) what is the legal nature of the ‘agreement’ mentioned in Article 11(4) APA and what provisions it should contain.

The requirement to obtain a permit

Regarding the first issue, it should be noted that the provisions of the AMCOM do not exempt NGOs from the obligation to obtain a permit to oper-

* Publication has been prepared as part of the research project entitled “The Administrative Law Model of Animal Protection”, covered by the application registered with the Funding Stream Support system administered by the National Information Processing Institute, as number 2016/23/D/HS5/01820 and accepted for financing as part of the competition SONATA 12 held by the National Science Centre, Poland, under the decision of the Director of the National Science Centre in Kraków of May 16 2017 (decision no. DEC-2016/23/D/HS5/01820, agreement no. UMO-2016/23/D/HS5/01820).

¹ Consolidated text: Journal of Laws 2020, item 638.

² Consolidated text: Journal of Laws 2021, item 888.

ate a shelter for homeless animals, as they do for municipal organisational units (Article 7 (5) AMCOM) and, at the same time, impose that obligation on private enterprises (Article 7 (1) item 4 AMCOM). Given the foregoing, it is necessary to share the view expressed by scholars in the field that³, in those circumstances, the requirement for a non-governmental organization obtaining a permit is conditional on its possibility of being considered an entrepreneur within the meaning of the Act of 6 March 2018. The Law on Entrepreneurs⁴. Thus, NGOs that pursue business activities (i.e. those which are entrepreneurs in the light of applicable law)⁵ are as a rule required to seek a permit to run an animal shelter⁶, while for NGOs which do not pursue business activities, an agreement with the competent authorities of local government will be sufficient in this respect. Although that interpretation appears to be correct in the current legal system (particularly in the light of the literal wording of Article 11 (4) APA and Article 7(1) item 4 AMCOM), this does not change the fact that it entails several doubts. These stem from questions about the advisability of the legal solutions being discussed and the consistency of the legal system, as well as the postulates of effective protection for stray animals.

³ W. Radecki, *Komentarz do art. 7 u.c.p.g.*, [in:] idem, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, 5 edition, 2016, Lex; idem, *Ustawy o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2015, p. 108; P. Chmielnicki, *Komentarz do art. 7 u.c.p.g.*, [in:] P. Chmielnicki (ed.), *Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz*, 2007, Lex; M. Suska, *Gmina a schronisko dla bezdomnych zwierząt*, [in:] T. Pietrzykowski, A. Bielska-Brodziak, K. Gil, M. Suska (eds.), *Urzędnik jako strażnik realizacji ustawowych obowiązków wobec zwierząt*, Katowice 2016, p. 62.

⁴ Consolidated text: Journal of Laws 2021, item 162.

⁵ The fact that a non-governmental organization is established and pursues business activity is a factor which determines whether it can be regarded as an entrepreneur. The registration of an organization in the register of entrepreneurs is an expression of the legalisation of its business activity. Such an entry in the register is also based on the legal presumption that a business register-recorded entity that has not requested to be deleted from the register is considered an entrepreneur. The fact that the gainful activity is not the main objective of the organization and the fact that the income from such activity is used to achieve its statutory objectives are irrelevant for the acquisition of the organization's status as an entrepreneur. See: G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 4 ustawy – Prawo przedsiębiorców*, [in:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, 1st edition, Warszawa 2019, Legalis and the case-law referred to therein; J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Warszawa 2017, p. 40 et seq. However, it would be difficult to agree with the view expressed in the justification of the judgment of the Regional Administrative Court in Łódź that the foundation's status as an entrepreneur would be prejudged by the provisions of its statutes, which provide for both the possibility for the foundation to pursue an economic activity and the use of the revenues generated from that activity. See the substantiation of the Judgment of the Regional Administrative Court in Łódź of 6 May 2010, II SA/Łd 235/10, Legalis.

⁶ Permit is a form of regulation of economic activities carried out in connection with the obligation imposed on a municipality to provide care for and catch stray animals. On the other hand, the "area of activity covered by the permit" is an area contained within the municipality in which this task is to be carried out. For more information see: Judgment of the Supreme Administrative Court of 17 March 2015, II OSK 2136/13, CBOSA.

These doubts are even greater when we juxtapose Article 7(1) item 4 AM-COM with the provisions of the Act of 24 April 2003 on public benefit activities and volunteering (hereinafter referred to as APBAV)⁷. According to Article 6 of that act, public benefit activities, which include, *inter alia*, activities carried out in the fields of ecology and protection of animals and protection of the natural heritage (Article 3(1) and Article 4(1) item 18 APBAV) is not an economic activity within the meaning of the provisions of the Law on Entrepreneurs and can be carried out as a free-of-charge or paid activity. The exception is the situation referred to in Article 9(1) APBAV. According to this provision, the paid public-benefit activity of non-governmental organizations constitutes an economic activity within the meaning of the provisions of the Law on Entrepreneurs if the consideration for the performance of this activity is higher than its costs, or if the average monthly remuneration of natural person underemployment to perform a statutory paid public benefit activity for the period of the last financial year, and in the case of employment of less than a financial year – for the period of this employment, exceeds 3 times the average monthly remuneration in the enterprise sector as announced by the President of the Central Statistical Office for the previous year.

In the context of these findings, apart from more specific issues, objections may be raised regarding the above-mentioned diversification of the legal situation of NGOs depending on whether or not they have the entrepreneur status and to the link between the requirement to be granted a permit to operate a shelter and the fact that the non-governmental organization carries out an economic activity, irrespective of the subject of that activity. It seems that the most appropriate solution, given the need to ensure adequate protection for homeless animals, is the requirement that any social organisation wishing to operate a shelter for homeless animals, or those wishing to make that form of protection an object of its economic activity, must obtain the permit.

The legal character of the agreement

It seems to be necessary to make modifications in this respect, all the more as the provisions of the APA do not specify the legal character or the content of the ‘agreement’ provided for in Article 11 (4) APA. This gives rise to certain interpretation difficulties, which may be illustrated by the fact that W. Radecki when comparing the administrative decision on granting a permit to operate a homeless animal shelter with the agreement described herein, defines it enigmatically as “a kind of slightly looser form of cooperation”⁸. The

⁷ Consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 1057, as amended.

⁸ W. Radecki, *Ustawy o ochronie...*, p. 107.

author rightly pointed out that such an agreement must contain consent to run the shelter. It should also be stated that regardless of the legal basis on which a non-governmental organization intends to run a shelter for homeless animals, the organization must meet veterinary requirements for the undertaking and carrying out this type of activity, specified in the Regulation of the Minister of Agriculture and Rural Development of 23 June 2004 on detailed veterinary requirements for running animal shelters⁹, as well as requirements set out in a resolution adopted by the Municipal Council of the municipality concerned¹⁰. It should also be noted that under Article 5 (1) item 2 of the Act of 11 March 2004 on animal health protection and combating infectious animal diseases¹¹, the running of animal shelters is a supervised activity. It is permitted to undertake this type of activity after prior written notification of the intention to pursue such activity, submitted to the district (*powiat*) veterinary officer having jurisdiction over the place where it is planned to be conducted. The district veterinary officer will issue such a decision upon a request of the entity intending to carry out a supervised activity, submitted at least 30 days before the planned commencement of operation¹².

The only finding of these agreements that can be reduced with certainty from the APA is that the “local government bodies having the powers [to conclude them – note by E.K.]” (Article 11(4) of the Act) are the executive bodies of municipalities and inter-municipal associations. According to the provisions of Article 11(1) APA, preventing animal homelessness and providing care for homeless animals and catching them is the municipality’s responsibility. On the other hand, under Article 64(1) of the Act of 8 March 1990 on municipal government¹³, municipalities may establish inter-municipal associations to jointly perform public tasks.

To supplement the above argument, it is also worth quoting the apt M. Suska’s view that the agreement provided for under Article 11 APA cannot be considered a “self-contained institution”¹⁴. In his opinion, this type of agreement should be adequately governed by the provisions of the APBAV and the

⁹ Journal of Laws No. 158, item 1657.

¹⁰ In accordance with Article 7(3) AMCOM. See e.g. Resolution IV/30/19 of the Municipal Council in Ostrów Lubelski of 27 March 2019 on defining the requirements to be met by an entrepreneur applying for a permit regarding protection against homeless animals, running shelters for homeless animals, as well as burial sites and incineration plants for animal carcasses and parts thereof, Official Journal of the Lublin Voivodeship 2019, item 2424. Where such a resolution is not adopted, the powers of the municipality’s executive body boil down to verifying whether the entrepreneur applying for a permit to operate a shelter for homeless animals complies with the conditions laid down in the generally applicable law. See the substantiation of the Judgment of the Regional Administrative Court in Łódź of 6 May 2010, II SA/Łd 235/10, Legalis.

¹¹ Consolidated text: Journal of Laws 2020, item 1421.

¹² K. Kuszlewicz, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2021, p. 175 et seq.

¹³ Consolidated text: Journal of Laws 2021, item 1372.

¹⁴ M. Suska, *op. cit.*, p. 63.

Act of 27 August 2009 on public finance (hereinafter referred to as APF)¹⁵. In the opinion of M. Suska, the current wording of Article 5 APBAV, which states that public administration bodies operate in the sphere of public tasks referred to in Article 4 APBAV (and therefore also in the field of animal protection) including in cooperation with non-governmental organizations that conduct public benefit activities, accordingly to the territorial scope of activities of public administration bodies, to the extent corresponding to the tasks of these bodies. This cooperation can be carried out in various forms, including by entrusting non-governmental organizations with the implementation of public tasks based on the principles of subsidiarity, the sovereignty of the parties, partnership, efficiency, fair competition and transparency. Outsourcing public tasks as the commissioned tasks within the meaning of Article 127 (1) item 1 point (e), Article 151 (1) and Article 221 APF may take the form of 1) entrusting the performance of public tasks, along with subsidizing their implementation, or 2) supporting the performance of public tasks, along with granting a subsidy to co-finance their implementation. As a rule, both the aforementioned entrusting and support take place as a result of an open tender competition conducted according to the provisions of the APBAV (Article 11 (2) APBAV)¹⁶. Importantly, non-governmental organizations may, on their initiative, submit a request for the performance of a public task, also one that has been implemented so far in a different way, including by public administration bodies (Article 12 (1) APBAV). Having announced the results of the open call for proposals, the public administration body, without undue delay, concludes contracts for supporting the implementation of a public task or for entrusting the implementation of a public task with selected entities (Article 15 (4) APBAV). By accepting the contract awarded, these entities undertake to perform a public task to the extent and on the terms specified in the contract, and the public administration body undertakes to transfer a subsidy for the implementation of the task (Article 16 (1) APBAV). The contract should be drawn up taking into account the requirements set out in Article 151 (2) and Article 221 (3) APF, and it should specify: 1) a detailed description of the task and the purpose for which the subsidy has been granted, and the time limit

¹⁵ Consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 305, as amended.

¹⁶ See e.g. Order no. 57/2019 of the Mayor of the Town of Malbork of 8 March 2019 on the adoption of detailed requirements of a competition for the performance of a public tasks of the Municipality of Malbork by NGOs and other entities as part of the 2019 Programme of Cooperation between Malbork and NGOs and other public benefit entities, published at: <http://bip.malbork.pl/Article/get/id,23059.html> (accessed: 8.08.2021); Order no. 158/136/19 of the Mayor of the Commune of Dzierżoniów of 28 November 2019 on the announcement of the open call for proposals to support the implementation of public tasks of the municipality with regard to „Ecology and protection of animals and protection of the natural heritage”, published at: <https://ugdzierzoniow.bip.gov.pl/wspolpraca-2020/zarzadzenie-nr-158-136-19-wojta-gminy-dzierzoniow-z-dnia-28-listopada-2019-r.html> (accessed: 8.08.2021).

for its implementation; 2) the amount of the subsidy granted and the mode of payment; 3) the time limit for the use of the subsidy; 4) the procedure of auditing the performance of the task; 5) date and method of settlement of the granted subsidy; 6) the date of return of the unused part of the subsidy. Such an agreement may be concluded for the duration of the task or a specific period, however not longer than 5 years, and requires a written form, otherwise will be null and void (Article 16 (2) and (3) APBAV). Of course, the public administration body outsourcing a public task retains the right to audit and evaluate the implementation of the task, including in particular: 1) the degree of implementation of the task; 2) effectiveness, reliability and quality of task implementation; 3) correctness of the use of public funds granted for the implementation of the task; 4) keeping the records related to the task being performed (Article 17 APBAV). Moreover, as mentioned above, the contract for supporting the performance of a public task or entrusting the performance of a public task should specify the procedure for auditing the performance of the task. In the opinion of M. Suska, this solution allows municipalities to increase their influence on how the contracting entity will take care of homeless animals. This may be done by controlling the correctness of the fulfilment of contractual obligations that are stricter than statutory requirements for running animal shelters¹⁷.

Planned directions of change

As a complement to the considerations presented above, it is worth mentioning the latest proposal of changes regarding entities authorised to run shelters for homeless animals. It is specifically about the solutions provided for in the Act of 18 September 2020 amending the act on animal protection and some other acts¹⁸, which, after several corrections were submitted by the Senate, was referred to the Parliamentary Committee on Agriculture and Rural Development. The Act provides for a subjective limitation, narrowing the circle of entities authorised to run shelters for homeless animals only to municipal organisational units and NGOs whose statutory goal is animal protection, and acting not for profit and having the status of a public benefit organization within the meaning of Article 20 APBAV. In other words, if the Act became effective, entrepreneurs would not be admitted to operating animal shelters. Moreover, to prevent possible irregularities, the amendment in ques-

¹⁷ M. Suska, *op. cit.*, p. 64.

¹⁸ <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=597> (accessed: 8.08.2021). On 14 October 2020, the Polish Senate adopted a resolution (Sejm paper no. 677) in which it proposed a number of modifications to this Act. On 15 October 2020, the bill was submitted to the Sejm's Committee of Agriculture and Rural Development. The work on it are still under way.

tion provides for additional subjective requirements for managers of municipal organisational units, members of governing bodies of NGOs and employees working in organisational units and NGOs that operate shelters for homeless animals. Such persons must be of full legal age, be of good reputation and not have been convicted of an intentional crime involving an animal or a violent intentional crime. According to the originators, the introduction of the changes in question is necessary, since the currently applicable APA “(...) by imposing on local governments the obligation to provide care for homeless animals and defining it as their task, does not sufficiently specify the duties of municipalities in this respect. The lack of specification of these obligations results in most municipalities failing to perform this task properly. As a result, one in four dogs dies in Polish shelters, and 80% of the funds allocated for the care of homeless animals are received by catching companies without providing any care. The whole care procedure is inefficient and is not subject to any supervision by the payers of the services, namely the local government. Apart from the measurable financial losses and inefficient allocation of resources (1/3 of the money is spent without sufficient control), the humanitarian aspect also deserves attention. Thousands of animals disappear after being caught. As many as 50% of municipalities do not supervise in any way the history of the animals and the reasonableness of spendings”¹⁹.

Since parliamentary work on the Act in question was abandoned and the current government coalition intends to prepare a new draft amendment of the APA, it would be pointless to perform a detailed analysis of the solutions presented above²⁰. The direction of the proposed changes, namely the exclusion of the possibility of running animal shelters as commercial enterprises and the introduction of specific subjective requirements for persons involved in the operation of animal shelters, should be assessed as correct. This is all the more obvious given that the NGOs that would retain this right are currently the only guarantor of effective implementation of the idea of humane animal protection in Poland. It must only be ensured that they (as is currently the case) do not run shelters for stray animals in a business model²¹. Another issue is the doubts concerning the fact that in this amending Act, the legislature failed to provide for the right to compensation from the state budget for the planned expiry of the validity of the permits previously issued to entrepreneurs to operate a shelter for homeless animals. The Act also lacks solutions to ensure

¹⁹ See the explanatory note for the MP-proposed draft Act of 11 September 2020 amending the Act on the protection of animals and certain their acts, Sejm Papers no. 597 [in Polish], <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=597> (accessed: 8.08.2021).

²⁰ M. Kolanko, *Widmo nowej „piątki dla zwierząt”*. *Projekt to kwestia czasu*, „Rzeczpospolita” of 30 November 2020, <https://www.rp.pl/Polityka/311309904-Widmo-nowej-piatki-dla-zwierzat-Projekt-to-kwestia-czasu.html> (accessed: 8.08.2021).

²¹ Fundacja dla zwierząt „Argos”, *Raport o problemie bezdomnych zwierząt*, Warszawa 2016, p. 34, <http://www.boz.org.pl/raport/2016/> (accessed: 8.08.2021).

the safety of animals in shelters run by private operators, i.e. those intended to be closed²². However, these are issues that go far beyond the scope of this study.

Conclusion

Despite the efforts of municipalities and NGOs to prevent animal homelessness, the number of homeless animals in Poland remains very high²³. Undoubtedly, one of the reasons for this situation is the lack of adequate regulation of the issues related to running animal shelters. It is not only about the above-mentioned legislative shortcomings and the related interpretative doubts. It is also problematic that the Polish legislature allows the possibility of running shelters in a business model, without clearly regulating the way of managing caught animals, which very often leads to various abuses. This is confirmed, among others, by reports of the Supreme Audit Office, which has already shown several times that the current legislative solutions negatively affect the welfare of animals placed in shelters and the state of public finances of Polish municipalities²⁴. Hence, the above-described amendment proposal should be assessed positively. Of course, this is acceptable on the condition that it is understood as a prohibition of running animal shelters as a commercial enterprise, and not granting NGOs an actual monopoly on activities in this area. Also, NGOs cannot carry out this activity for-profit and they should be subject to permanent supervision of competent authorities, especially the Veterinary Inspectorate, whose scope of powers (as regards the checking of compliance with animal protection regulations) should be considerably extended²⁵. However, these issues need to be discussed separately elsewhere.

²² M. Rudy, O. Suszek, *Nowelizacja ustawy o ochronie zwierząt. Co ostatecznie uchwalił Sejm?*, https://www.swps.pl/strefa-prawa/artykuly/22484-nowelizacja-ustawy-o-ochronie-zwierzat-co-ostatecznie-uchwalil-sejm?fbclid=IwAR2E4aXDWvA8g8WKIT95gQQYkn98sIfSy3d_j-7WdZzHh-GFo8kUrYt4dsCA (accessed: 8.08.2021).

²³ See annual reports of the Chief Veterinary Officer on animal shelter inspections, published at the website of the General Veterinary Inspectorate: <https://www.wetgiw.gov.pl/nadzor-weterynaryjny/schroniska-dla-bezdomnych-zwierzat> (accessed: 8.08.2021). See also: T. Wypych (ed.), *Raport o problemie bezdomnych zwierząt*, Warszawa 2016, passim, www.boz.org.pl/raport/2016 (accessed: 8.08.2021).

²⁴ See e.g. the information of the Supreme Audit Office on audit results: „Zapobieganie bezdomności zwierząt”, LBI.430.004.00.2016, nr ewid. 9/2016/P/16/058/LBI, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,11233,vp,13582.pdf> (accessed: 8.08.2021).

²⁵ According to Article 34a. (1) the supervision of the compliance with animal protection regulations is exercised by the Veterinary Inspectorate, while pursuant to Article 2021 of the Act of 29 January 2004 on the Veterinary Inspectorate (consolidated text Journal of Laws of 2021, item 306), the Veterinary Inspectorate has the responsibility of protecting animal health and the safety of products of animal origin in order to ensure the protection of public health. The essential objective of the Veterinary Inspection is therefore to protect human health by protecting animal

References

- Chmielnicki P., *Komentarz do art. 7 u.c.p.g.*, [in:] P. Chmielnicki (ed.), *Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz*, 2007, Lex.
- Dominowska J., *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Kolanko M., *Widmo nowej „piątki dla zwierząt”. Projekt to kwestia czasu*, „Rzeczpospolita” of 30 listopada 2020 r., <https://www.rp.pl/Polityka/311309904-Widmo-nowej-piatki-dla-zwierzat-Projekt-to-kwestia-czasu.html>.
- Kuszelewicz K., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Lubeńczuk G., *Komentarz do art. 4 ustawy – Prawo przedsiębiorców*, [in:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, 1st edition, Warszawa 2019, Legalis.
- Radecki W., *Komentarz do art. 7 u.c.p.g.*, [in:] W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, 5 edition, 2016, Lex.
- Radecki W., *Ustawy o ochronie zwierząt. Komentarz*, Difin, Warszawa 2015.
- Rudy M., Suszek O., *Nowelizacja ustawy o ochronie zwierząt. Co ostatecznie uchwalili Sejm?*, https://www.swps.pl/strefa-prawa/artykuly/22484-nowelizacja-ustawy-o-ochronie-zwierzat-co-ostatecznie-uchwalil-sejm?fbclid=IwAR2E4aXDWvA8g8WKIT95gQQYkn98sIfSy3dj_7WdZzHhGFo8kUrYt4dsCA.
- Smaga Ł., *Ochrona humanitarna zwierząt*, EkoPress, Białystok 2010.
- Suska M., *Gmina a schronisko dla bezdomnych zwierząt*, [in:] T. Pietrzykowski, A. Bielska-Brodziak, K. Gil, M. Suska (eds.), *Urzędnik jako strażnik realizacji ustawowych obowiązków wobec zwierząt*, University of Silesia Publishing, Katowice 2016.

Summary

The running of animal shelters by non-governmental organizations

Keywords: law, homeless animal, animal shelter, non-governmental organization, local government, entrepreneur, permit, agreement, business activity, gainful activity.

The article is of a scientific research nature, and its main aim is to discuss selected problems regarding the operation of animal shelters by NGOs. It is worth noting at this point that the study is focused on the presentation of practical aspects of the issue. The research has been aimed primarily at resolving doubts about whether or not NGOs are required to obtain a permit to

health; it is not motivated by ethical reasons of protecting animals. It is therefore important to agree with the view that there is no public authority in Poland designed for the supervision of the humane protection of animals, and the Veterinary Inspectorate performs these tasks only on an accessory basis. See: W. Radecki, *Ustawy o ochronie...*, pp. 204–211; Ł. Smaga, *Ochrona humanitarna zwierząt*, Białystok 2010, pp. 283–289.

run a shelter for homeless animals and doubts regarding the legal nature of 'agreements' on the operation of animal shelters, concluded by NGOs with competent local government bodies. The findings made in this respect are complemented by comments on the recently proposed amendments to the Act of 21 August 1997 on the protection of animals, which provided for subjective restrictions involving the narrowing of the circle of entities authorized to run shelters for homeless animals and introduced requirements to be met by natural persons involved in running the shelters.

Streszczenie

Prowadzenie schronisk dla zwierząt przez organizacje społeczne

Słowa kluczowe: prawo, zwierzę bezdomne, schronisko dla zwierząt, organizacja społeczna, samorząd terytorialny, przedsiębiorca, zezwolenie, porozumienie, działalność gospodarcza, działalność zarobkowa.

Artykuł ma charakter naukowo-badawczy, a jego zasadniczym celem jest omówienie wybranych problemów związanych z prowadzeniem schronisk dla zwierząt przez organizacje społeczne. Warto przy tym podkreślić, że praca ma na celu także wskazanie aspektów praktycznych tytułowego zagadnienia. Przeprowadzona analiza ukierunkowana została przede wszystkim na rozstrzygnięciu wątpliwości, czy od organizacji społecznych wymaga się uzyskania zezwolenia na prowadzenie schroniska dla bezdomnych zwierząt oraz aspektów dotyczących charakteru prawnego „porozumień” zawieranych przez organizacje społeczne z właściwymi organami samorządu terytorialnego, których przedmiotem jest właśnie prowadzenie schronisk dla zwierząt. Uzupełnieniem poczynionych w tym zakresie ustaleń są uwagi dotyczące postulowanych w ostatnim czasie zmian w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, przewidujące ograniczenia podmiotowe, polegające na zawężeniu kręgu podmiotów uprawnionych do prowadzenia schronisk dla bezdomnych zwierząt oraz wprowadzeniu wymagań jakie muszą spełniać osoby fizyczne trudniące się prowadzeniem schronisk.

Maciej Kruś

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ORCID: 0000-0001-8500-6927

mkrus@amu.edu.pl

Kamil Tychmanowicz

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ORCID: 0000-0001-7390-4025

kamtyc@st.amu.edu.pl

Ramy prawne utraty statusu odpadów w Polsce

Wstęp

Utrata statusu odpadów to instytucja prawna, której efektywne stosowanie ma istotne znaczenie dla realizacji celu, jakim jest funkcjonowanie gospodarki o obiegu zamkniętym¹. Ma to znaczenie dla ochrony zasobów naturalnych, redukcji odpadów oraz osiągnięcia celu strategicznego jakim jest ochrona klimatu oraz realizacji zrównoważonego rozwoju Europy co jest jednym z celów Unii Europejskiej². W Polsce problematykę utraty statusu odpadów reguluje art. 14 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach³ (dalej jako ustawa o padowa). Z norm zawartych w tym przepisie wynika, że w pierwszej kolejności musi dojść do odzysku. Materiał poddany odzyskowi (przepisy określają, że może to być przedmiot lub substancja) musi z kolei łącznie spełniać następujące warunki: 1) musi być stosowany powszechnie do określonych celów, 2) musi istnieć rynek takich materiałów lub pobyt na nie, 3) dany materiał

¹ Zob. Komisja Europejska, Komunikat: Nowy plan działania UE dotyczący gospodarki o obiegu zamkniętym na rzecz czystszej i bardziej konkurencyjnej Europy, Bruksela 11 marca 2020 r., COM(2020) 98 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN> (data dostępu: 13.10.2021); A. Ragossnig, D. Schneider, *Circular economy, recycling and end-of-waste*, „Waste Management & Research” 2019, nr 37(2) s. 109–111, <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0734242X19826776> (data dostępu: 13.10.2021).

² Z. Bukowski, *Koncepcja zrównoważonego rozwoju w prawie, ze szczególnym uwzględnieniem prawa gospodarczego*, „Handel Wewnętrzny” 2012, nr specjalny, t. 3 (lipiec–sierpień): *Trendy i wyzwania zrównoważonego rozwoju w XXI wieku*, s. 287–296, <https://bazekon.uek.krakow.pl/en/gospodarka/171336693> (data dostępu: 13.10.2021).

³ Dz.U. z 2021 r., poz. 779 ze zm.

musi spełniać wymagania techniczne dla zastosowania do konkretnych celów oraz wymagania określone w przepisach i w normach mających zastosowanie do produktu, 4) zastosowanie materiału nie może prowadzić do negatywnych skutków dla życia, zdrowia ludzi lub środowiska. Ponadto ustawa w art. 14 ust. 1 pkt 2 stanowi, że należy zachować wymagania określone przez przepisy Unii Europejskiej. Przepis ten stanowił podstawę do formułowania poglądów, że w myśl prawa polskiego utrata statusu odpadów możliwa jest wyłącznie w przypadku obowiązywania odpowiednich szczegółowych regulacji prawa europejskiego. Delegację do ustanawiania szczegółowych kryteriów utraty statusu odpadów przez Komisję Europejską zawiera art. 6 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy⁴ (dalej jako dyrektywa odpadowa). Natomiast art. 14 ust. 1a ustawy odpadowej zawiera kompetencję do ustanawiania szczegółowych kryteriów utraty statusu odpadów dla niektórych odpadów przez ministra właściwego do spraw klimatu, jeżeli nie ustanowiono tych kryteriów na poziomie unijnym. Ponadto art. 6 ust. 4 dyrektywy odpadowej przewiduje kompetencję dla państw członkowskich do indywidualnego rozstrzygania przypadków, gdy nie ustanowiono kryteriów na poziomie unijnym oraz krajowym, co jednak nie zostało zaimplementowane do ustawy odpadowej. W Ustawie odpadowej nie zostało również wskazane w jakim trybie następuje utrata statusu odpadu. Powyższe prowadzi do sporów dotyczących stosowania instytucji utraty statusu odpadów.

W nauce prawa, orzecnictwie sądów administracyjnych oraz rozstrzygnięciach organów prezentowane są cztery różne poglądy dotyczące utraty statusu odpadu. Pierwszy pogląd uznaje, że do utraty statusu odpadów może dojść wyłącznie w odniesieniu do odpadów, dla których ustalone regulacje na poziomie unijnym zgodnie z art. 6 ust. 2 dyrektywy odpadowej oraz art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy odpadowej. Pogląd ten jest reprezentowany w jednym z wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie⁵. Wiązał się on prawdopodobnie z brakiem w ustawie odpadowej odpowiedniej delegacji do wydania rozporządzenia. Drugi pogląd, który reprezentuje Marek Górski, to taki, że utrata statusu odpadu jest możliwa wyłącznie w odniesieniu do odpadów, dla których ustanowiono szczegółowe kryteria na poziomie unijnym lub aktem generalnym na poziomie krajowym⁶. Trzeci, najczęściej spotykany w literaturze naukowej, to taki, że do utraty statusu odpadu może dojść w stosunku do odpadów, dla których ustanowiono szczegółowe kryteria na poziomie unijnym lub krajowym, ale również do pozostałych odpadów, jeżeli zostały ustalone wa-

⁴ Dz.U. L 312 z 22 listopada 2008 r., s. 3 ze zm.

⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 9 grudnia 2014 r., sygn. akt IV SA/Wa1949/14.

⁶ M. Górski, *Utrata statusu odpadu – regulacje a ich interpretacja*, „Przegląd Komunalny” 2016, nr 5, za: J. Bujny, T. Mądry, *Utrata statusu odpadu*, „Logistyka Odzysku” 2016, nr 4(21), s. 32–36.

runki w decyzji administracyjnej, np. zezwoleniu na przetwarzanie odpadów⁷. Pogląd ten też występuje w jednym z wyroków, również znajduje potwierdzenie w odpowiedzi Ministra Środowiska na interpelację poselską⁸. Ostatni, najbardziej liberalny i najrzadziej spotykany, pogląd uznaje, że do utraty statusu odpadów dochodzi z mocy prawa z chwilą spełnienia się przesłanek z art. 14 ust. 1 ustawy odpadowej. Pogląd ten aktualnie reprezentuje Bartosz Rakoczy oraz przywołuje się go w niektórych wyrokach sądów administracyjnych⁹.

Wobec wskazanych rozbieżności celowe jest podjęcie próby usystematyzowania dopuszczalnych przypadków zastosowania instytucji utraty statusu odpadów. Ze względu na fakt, że polskie przepisy są wynikiem transpozycji dyrektywy odpadowej, w publikacji zawarto także odwołania do orzecznictwa sądów europejskich oraz sądów krajowych innych państw członkowskich. Lektura tych orzeczeń stanowi bowiem istotny wkład w procesie dekodowania znaczenia norm zawartych w dyrektywie, co z kolei ma kluczowe znaczenie w kontekście prounijnej wykładni prawa polskiego. Podobnie jak obowiązywanie norm prawa unijnego, obowiązek wykładni prawa polskiego zgodnej z prawem unijnym istnieje z mocy samego prawa unijnego i jest niezależny od prawa krajowego¹⁰. Jako podstawę dla obowiązku prounijnej wykładni, Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie TSUE) przywoływał art. 10 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej¹¹, a w przypadku wykładni w zgodzie z dyrektywami – także art. 249 ww. Traktatu (obecnie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu)¹².

⁷ J. Jerzmański, *Ustawa z 14 grudnia 2012 r. – nowe zasady gospodarowania odpadami*, „Zeszyty Komunalne” 2013, nr 1(104), s. 51; E. den Boer, A. Gawłowski, K. Godlewska, M. Górski, R. Szpadt, B. Środa, H. Marliere, M. Kruś, A. Piotrowska, J. Bujny, T. Mądry, *Utrata statusu odpadu – rzeczywiste ułatwienie czy recyklingowa fikcja?*, „Logistyka Odzysku” 2017, nr 2(23), s. 23–33; M. Kruś, A. Piotrowska, *Procedura utraty statusu odpadu*, „Przegląd Komunalny” 2014, nr 4, s. 24–27.

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 5 marca 2021 r., sygn. akt IV SA/Wa 2308/20; odpowiedź Ministra Środowiska z 20 kwietnia 2016 r., DGO-I.070.10.2016.IA, <https://www.oigd.com.pl/assets/oigd/media/files/e640f155-3f0c-4505-89c2-486e2e4cd300/oigd-8-zalacznik-4-pismo-min-srodowiska.pdf> (data dostępu: 13.10.2021).

⁹ K. Karpus, B. Rakoczy, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 14; wyrok WSA w Warszawie z 18 marca 2021 r., sygn. akt VIII SA/Wa 815/20; wyrok WSA w Gliwicach z 17 czerwca 2021 r., sygn. akt II SA/Gl 141/21.

¹⁰ Por. C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 125.

¹¹ T.j. Dz.U. z dnia 10 listopada 1997 r. C 340, s. 173–306.

¹² Wyrok ETS z 10 kwietnia 1984 r., nr 14/83, wyrok ETS z 13 listopada 1990 r., nr C-106/89, wyrok ETS z 5 października 1994 r., nr C-165/91.

Utrata statusu odpadu przez odpady objęte europejskimi kryteriami utraty statusu odpadu

Należy uznać za powszechnie aprobowane stanowisko dopuszczające utratę statusu odpadu przez odpady objęte regulacjami przyjętymi na poziomie unijnym zgodnie z art. 6 ust. 2 dyrektywy odpadowej. Do tej pory na poziomie unijnym przyjęto:

1) rozporządzenie Rady (UE) nr 333/2011 z 31 marca 2011 r., ustanawiające kryteria określające kiedy pewne rodzaje złomu przestają być odpadami na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE¹³;

2) rozporządzenie Komisji (UE) nr 1179/2012 z 10 grudnia 2012 r., ustanawiające kryteria określające kiedy stłuczka szklana przestaje być odpadem na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/98/WE¹⁴;

3) rozporządzenie Komisji (UE) nr 715/2013 z 25 lipca 2013 r., ustanawiające kryteria określające kiedy złom miedzi przestaje być odpadem na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE¹⁵.

Ponadto kryteria utraty statusu odpadu określa również rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1009 z 5 czerwca 2019 r., ustanawiające przepisy dotyczące udostępniania na rynku produktów nawozowych UE, zmieniające rozporządzenia (WE) nr 1069/2009 i (WE) nr 1107/2009 oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 2003/2003 w stosunku do opadów, jeżeli będą one zawarte w produkcie nawozowym UE¹⁶.

Warto również zauważyć, że wraz z nowelizacją dyrektywy odpadowej przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z 30 maja 2018 r., zmieniającą dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów¹⁷ (dalej jako dyrektywa zmieniająca), zaszły dwie znaczące zmiany w art. 6 ust. 2 dyrektywy odpadowej. Po pierwsze: zmienił się rodzaj aktów prawnych, przy pomocy których Komisja Europejska może przyjąć kryteria utraty statusu odpadu; po drugie: usunięto zobowiązanie do przyjęcia kryteriów w odniesieniu do kruszyw, papieru, szkła, metalu, opon i tekstyliów. Od 4 lipca 2018 r., czyli od dnia wejście w życie dyrektywy zmieniającej, Komisja może przyjmować kryteria w formie aktów wykonawczych, a nie aktów delegowanych. Celem przyjmowania aktów wykonawczych, jak wynika z art. 291 ust. 1 TfUE, jest zapewnienie jednolitego wykonywania prawa europejskiego. Akty wykonawcze mogą być aktami stosowania prawa jako typowe akty jurysdykcji administracyjnej. Nie dotyczy to jednak aktów wykonawczych określających kryteria

¹³ Dz.U. L 94 z 8 kwietnia 2011 r., s. 2–11.

¹⁴ Dz.U. L 337 z 11 grudnia 2012 r., s. 31–36.

¹⁵ Dz.U. L 201 z 26 lipca 2013 r., s. 14–20.

¹⁶ Dz.U. L 170 z 25 czerwca 2019 r., s. 1–114.

¹⁷ Dz.U. L 150 z 14 czerwca 2018 r., s. 109.

utraty statusu odpadu¹⁸. Ponadto główną rolę w przyjmowaniu kryteriów utraty statusu odpadów przeniesiono z prawodawcy unijnego na kraje członkowskie. Ograniczona liczba kryteriów przyjętych na poziomie unijnym i przeniesienie ciężaru przyjmowania kryteriów na państwa członkowskie wynika z braku porozumienia między państwami. Państwa bogate w surowce opowiadały się za ustanowieniem bardziej rygorystycznych kryteriów, natomiast państwa polegające w większej mierze na materiałach z odzysku przywiązywały większą uwagę do wykorzystania odpadów¹⁹.

Utrata statusu przez odpady objęte krajowymi kryteriami utraty statusu odpadu

W aktualnym stanie prawnym kwestia dopuszczalności wydawania przez państwa członkowskie aktów generalnych, określających kryteria utraty statusu odpadu, dla odpadów dla których nie określono kryteriów na poziomie unijnym, nie budzi kontrowersji. Jednakże do dnia 4 lipca 2018 r. dla dyrektywy odpadowej i do dnia 6 września 2019 r. dla ustawy odpadowej przepisy nie przewidywały wprost kompetencji do ustanawiania kryteriów utraty statusu odpadu przez państwa członkowskie. W konsekwencji można było spotkać z poglądem, że niedopuszczalnym jest ustanawianie kryteriów utraty statusu odpadów w drodze ustawy lub rozporządzenia, a dopuszczalne było ustalanie kryteriów jedynie na podstawie indywidualnej decyzji administracyjnej w związku z art. 6 ust. 4 dyrektywy odpadowej²⁰.

Minister, wydając rozporządzenie na podstawie art. 14 ust. 1a ustawy odpadowej, oprócz wskazania w rozporządzeniu kwestii wymienionych w pkt 1–5 ust. 1a, ma również obowiązek uwzględnić możliwy negatywny wpływ przedmiotów lub substancji, które utraciły status odpadów, na zdrowie lub życie ludzi oraz środowisko²¹. W Polsce do dnia 12 października 2021 r. nie wydano na podstawie art. 14 ust. 1a ustawy odpadowej ani jednego rozporządzenia określającego kryteria utraty statusu odpadów dla określonego rodzaju odpadów, jednakże sytuacja ta może się zmienić. Aktualnie trwa procedura notyfikacji projektu rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie określenia szczegółowych kryteriów utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego. Mimo że istnieje aktualnie możliwość utraty statusu

¹⁸ Szerzej na ten temat: M. Kruś, *Akty transnarodowe w systemie europejskich aktów administracyjnych*, Poznań 2021, s. 104 i nast.

¹⁹ N. Johansson, C. Forsgren, *Is this the end of end-of-waste? Uncovering the space between waste and products*, „Resources, Conservation and Recycling” 2020, nr 155, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921344919305622> (data dostępu: 13.10.2021).

²⁰ J. Jerzmański, op. cit., s. 51.

²¹ D. Danecka, W. Radecki, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, wyd. piąte, Warszawa 2020, art. 14.

odpadu dla destruktu asfaltowego jako odpadu o kodzie 17 03 02, np. na podstawie kryteriów z art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy odpadowej i kryteriów ustalonych w zezwoleniu na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 43 ust. 2 ustawy odpadowej, to należy uznać inicjatywę dotyczącą ustalenia kryteriów ogólnych za wartą realizacji. W ocenie skutków regulacji dla Projektu rozporządzenia wskazano: „Oczekiwanym efektem rozporządzenia będzie zmniejszenie obciążeń regulacyjnych dla przedsiębiorców i ułatwienie procedur związanych z procesami uzyskiwania zezwoleń administracyjnych w stosunku do materiałów wytwarzanych i ponownie wykorzystywanych na budowie w związku z ich klasyfikacją jako odpad, pod warunkiem spełnienia określonych kryteriów. Osiągnięcie celu projektu za pomocą innych środków jest niemożliwe”²². Ponadto, jak wskazano w uzasadnieniu oraz ocenie skutków regulacji, destruktu asfaltowy składa się w 95% z kruszywa, a użycie destruktu pozwoli na ograniczenie ilości potrzebnego kruszywa dla dróg realizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad o 1/3, ograniczy również wydobycie kruszyw, ilość odpadów, emisję CO₂ związaną z transportem oraz pozwoli zaoszczędzić ok. 440 mln zł²³.

Polskie rozporządzenie dotyczące destruktu asfaltowego nie będzie pierwsze, jak wynika z serwisu Komisji Europejskiej TRIS dotyczącego notyfikacji przepisów technicznych, do których odnosi się dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r., ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego – podobne przepisy wprowadzili już Włochy i Czechy²⁴. Jak można przeczytać na stronie francuskiego Ministerstwa Transformacji Ekologicznej i Solidarnej i na podstawie danych udostępnionych w serwisie TRIS, większość państw UE notyfikowała lub ustanowiła kryteria utraty statusu odpadów dla poszczególnych rodzajów odpadów. Do tej pory nie notyfikowały żadnych projektów kryteriów unijne: państwa skandynawskie, państwa bałkańskie, Cypr, Litwa, Luksemburg, Malta oraz Węgry²⁵. Niska popularność stanowienia kryteriów statusu odpadów dla określonych rodzajów odpadów mogła wynikać z braku bezpośredniej delegacji do ustanawiania kryteriów przez państwa członkowskie oraz z tego,

²² Ocena skutków regulacji do projektu rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie określenia szczegółowych kryteriów utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12338851/katalog/12725738#12725738> (data dostępu: 13.10.2021).

²³ Ibidem; uzasadnienie do projektu rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie określenia szczegółowych kryteriów utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (data dostępu: 13.10.2021).

²⁴ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/pl/search/?trisaction=search.detail&year=2017&num=531>; <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/pl/search/?trisaction=search.detail&year=2019&num=53> (data dostępu: 13.10.2021).

²⁵ <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/pl/search/?trisaction=search.results>; <https://www.ecologie.gouv.fr/differentes-categories-dechets> (data dostępu: 13.10.2021).

że ciężar ustalania kryteriów utraty statutu odpadów spoczywał na Komisji Europejskiej, o czym wspomniano we wcześniejszej części publikacji. Ponadto w państwa skandynawskich brak notyfikacji projektów kryteriów utraty statusu opadu wynikał, w odniesieniu do kruszyw, z problemów z określeniem kryteriów chroniących przed przenikaniem do gruntu zanieczyszczeń²⁶.

Utrata statusu przez odpady nie objęte unijnymi lub krajowymi kryteriami utraty statusu opadu na podstawie decyzji administracyjnej

Jak we wstępie wskazano, zarówno w doktrynie i w orzecznictwie, jak i w stanowisku ministerstwa wskazuje się, że możliwa jest utrata statusu opadu przez odpady nie objęte kryteriami ustanowionymi na poziomie unijnym lub krajowym na podstawie kryteriów ustalonych w np. zezwoleniu na przetwarzanie odpadów. Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw²⁷. W uzasadnieniu wskazano, że „jednocześnie w art. 14 w ust. 1 pkt 2 otrzymał nowe brzmienie, wskazujące na fakt, że postępowanie w celu utraty statusu odpadów w ramach spełniania warunków może odbywać się na trzy sposoby – zgodnie z przepisami UE, przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie ustawy o odpadach oraz decyzją na przetwarzanie odpadów. Powyższa zmiana ma na celu uporządkowanie przepisów dotyczących instytucji utraty statusu opadu. Trzy potencjalne źródła stosowania szczegółowych warunków utraty statusu odpadów funkcjonują obecnie w systemie gospodarki odpadami oraz wynikają z dyrektywy ramowej w sprawie odpadów”²⁸. Zmiana ta ma polegać na nadaniu art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach następującego brzmienia: „2) szczegółowe warunki utraty statusu odpadów, które są określone w przepisach Unii Europejskiej albo w przepisach wydanych na podstawie ust. 1a, a jeżeli nie zostały określone w tych przepisach – w zezwoleniu na przetwarzanie odpadów”²⁹.

Występujące dotychczas wątpliwości prawdopodobnie wynikały z poprzedniego brzmienia dyrektywy o odpadach. Od tego czasu dyrektywa o odpadach

²⁶ H. Ole, H. Jette Bjerre, W. Margareta, W. Olalis, *EoW for aggregates in the Nordic countries: Status and policy*, [w:] *End-of-Waste Criteria for Construction & Demolition Waste*, Nordic Council of Ministers, 2016, s. 44–51, <http://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1044870/FULLTEXT03.pdf> (data dostępu: 13.10.2021).

²⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw, druk 1588, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1588> (data dostępu: 13.10.2021).

²⁸ Ibidem.

²⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw, druk 1588, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1588> (data dostępu: 13.10.2021).

w zakresie utraty statusu odpadu nie posługuje się już pojęciem „niektórych określonych rodzajów odpadów”. Aktualnie art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej stanowi o utracie statusu odpadów przez odpady, które zostały poddane recyklingowi lub innemu procesowi odzysku, nakładając na państwa członkowskie obowiązek w tym zakresie: „Państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki w celu zapewnienia, by odpady, które zostały poddane recyklingowi lub innemu procesowi odzysku, przestawały być uznawane za odpady, jeżeli spełniają następujące warunki: a) dana substancja lub przedmiot mają być wykorzystywane do konkretnych celów (...)”.

Pozostałe warunki określone w tym przepisie nie uległy zmianie. Nacisk został więc położony na to, by zamiast tylko niektórych (określonych np. w przepisach wykonawczych) odpadów, utrata statusu odpadu dotyczyła wszelkich odpadów poddanych odzyskowi i spełniających wskazane tam warunki (art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej), chyba że szczególne względy przemawiają za uszczegółowieniem tych warunków w odniesieniu do „pewnych rodzajów odpadów” (art. 6 ust. 2 dyrektywy odpadowej). Zasadą wynikającą z dyrektywy odpadowej jest więc, że każdy odpad może utracić status odpadów, jeśli spełnione są warunki z art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej, a wyjątkowo w odniesieniu do pewnych rodzajów odpadów mogą zostać przewidziane dodatkowe kryteria wymagające działań prawodawcy. W art. 2 ust. 1 dyrektywy zmieniającej dotyczącej transpozycji dyrektywy zmieniającej określono, że „państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 5 lipca 2020 r. Niezwłocznie powiadamiają one o tym Komisję. (...)”³⁰.

Taka transpozycja przepisów dyrektywy zmieniającej do przepisów krajowych nie została dokonana przez Polskę we wskazanym terminie. Ustawa odpadowa nadal stanowi w art. 14 ust. 1 *ab initio* o określonych rodzajach odpadów. Takie brzmienie staje się podstawą do wykładni że w obecnym stanie prawnym wykluczona jest w prawie polskim możliwość orzekania o utracie statusu odpadu w konkretnym przypadku. Kwestia ta przestanie budzić wątpliwości po dokonaniu transpozycji dyrektywy poprzez uchwalenie ww. projektu ustawy. Do tego czasu posiłkować się można poprzez regułę bezpośredniego zastosowania przepisów dyrektywy zmieniającej, nadających nowe brzmienie art. 6 dyrektywy odpadowej, które nie zostały zaimplementowane do krajowego porządku prawnego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako Trybunał) uznał, że dyrektywa ma bezpośredni skutek, jeśli jej przepisy są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne oraz gdy kraj Unii Europejskiej nie transponował dyrektywy w wyznaczonym terminie (tak np. wyrok z 4 grudnia 1974 r., Van Duyn, C-41/74)³¹. Tak jest w niniejszym

³⁰ Dz.U. L 150 z 14 czerwca 2018 r., s. 109–140.

³¹ Wyrok z 4 grudnia 1974 r., Van Duyn, C-41/74.

przypadku. Ponadto przyjmowane w doktrynie i orzecznictwie zasady związane z bezpośrednim i pośrednim stosowaniem dyrektyw unijnych prowadzą do wniosku, że dotychczasowe przepisy art. 14 Ustawy, które nie pozostają w sprzeczności ze zmianami dyrektywy, powinny być wykładane przez organy krajowe z uwzględnieniem prounijnej wykładni, uwzględniającej cel dyrektywy zmieniającej i brzmienie zmienionych nią przepisów³².

Utrata statusu odpadu przez odpady z mocy prawa w sytuacji braku decyzji administracyjnej, określającej kryteria utraty statusu odpadu

Głównymi argumentami przeciwko dopuszczalności utraty statusu odpadu w przypadku braku decyzji administracyjnej była treść art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej przed nowelizacją z dnia 4 lipca 2018 r., o czym już wspomniano, oraz obowiązek uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy odpadowej definiuje przetwarzanie jako „(...) procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie”. W art. 41 ust. 1 ustawy odpadowej przewidziano obowiązek uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Jednak należy zauważyć, że odzysk jest procesem faktycznym, a art. 14 ustawy odpadowej oraz art. 6 dyrektywy odpadowej nie uzależniają utraty statusu odpadu od uzyskania zezwolenia na przetwarzanie/odzysk odpadów tylko od poddania odpadów odzyskowi, w wyniku którego spełniają wymogi określone w art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy odpadowej i w art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej. Ponadto w doktrynie prezentowane jest stanowisko, że do utraty statusu odpadu dochodzi z mocy prawa:

- „jeżeli badania potwierdzą spełnienie wymagań technicznych oraz wymagań określonych w przepisach i w normach mających zastosowanie do produktu danego rodzaju i zostały spełnione pozostałe przesłanki wskazane w art. 14 ust. 1 u.o., utrata statusu odpadów następuje z mocy prawa, bez konieczności uzyskiwania innych decyzji (w tym kolejnej decyzji o zezwoleniu na przetwarzanie odpadów)”³³;

- „utrata statusu odpadów następuje z mocy ustawy z chwilą spełnienia przesłanek, od których ta utrata jest uzależniona. Ustawodawca nie przewiduje tutaj żadnego postępowania, w którym te okoliczności byłyby ustalane. Przedmioty lub substancje, które przestały spełniać warunki (choćby tylko jeden), stają się na powrót odpadami”³⁴.

³² M. Kamiński, *Bezpośrednie i pośrednie stosowanie dyrektyw unijnych przez polskie sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 24–37.

³³ A. Kościuk, *Utrata statusu odpadów – problemy w praktyce branży budowlanej*, 2020, Lex.

³⁴ B. Rakoczy, [w:] K. Karpus, B. Rakoczy, op. cit., art. 14.

Ocena, czy doszło do utraty statusu odpadu powinna być dokonywana w indywidualnej sprawie. Wskazuje na to aktualne, obowiązujące od 5 lipca 2018 r. brzmienie dyrektywy odpadowej. Art. 6 ust. 4 dyrektywy odpadowej stanowi, że „(...) państwa członkowskie mogą indywidualnie rozpatrywać poszczególne przypadki lub podejmować odpowiednie środki w celu sprawdzenia, czy pewne odpady przestały być odpadami w oparciu o warunki określone w ust. 1 (...)”. Cytowany przepis dyrektywy potwierdza, że do utraty statusu odpadu dochodzi z mocy prawa. Sprawdzenie, czy odpady przestały być odpadami, jest możliwe tylko *post factum*.

Na to, w jaki sposób należy rozumieć indywidualne rozpatrywanie poszczególnych przypadków i podejmowanie odpowiednich środków sprawdzających, wskazuje wyrok TSUE z 14 października 2020 r.³⁵ Wyrok ten został wydany w wyniku wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w postępowaniu Sappi Austria Produktions-GmbH & Co. KG, Wasserverband „Region Gratkorn-Gratwein” przeciwko Landeshauptmann von Steiermark (dalej jako sprawa Sappi). Sprawa Sappi dotyczyła sporu w przedmiocie decyzji wydanej przez austriacki organ administracji regionalnej i stwierdzającej, że modyfikacje dotyczące zakładów przemysłowych spółki Sappi i Wasserverband, położonych w tej samej miejscowości, podlegały obowiązkowi uzyskania uprzedniego pozwolenia. Te modyfikacje dotyczyły wprowadzenia przez spółkę Sappi zamkniętego obiegu pozwalającego na wykorzystanie w ramach produkcji papieru i celulozy przez spółkę Sappi osadów ściekowych pochodzących z oczyszczania przez spółkę Sappi i Wasserverband ścieków poprodukcyjnych i ścieków komunalnych wytwarzanych przez zakład przemysłowy spółki Sappi. Zakład produkcyjny dysponuje oczyszczalnią ścieków, która oczyszcza ścieki pochodzące z produkcji papieru i celulozy oraz ścieki komunalne. W procesie oczyszczania tych ścieków wytwarzane są osady ściekowe, których dotyczyło postępowanie krajowe. Te osady ściekowe są następnie spalane w kotle spółki Sappi oraz w spalarni odpadów resztkowych eksploatowanej przez Wasserverband, a para wodna uzyskana do celów odzysku energii zasila produkcję papieru i celulozy.

W tym stanie faktycznym Trybunał stwierdził: „67. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy warunki określone w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2008/98 zostały już spełnione przed spalaniem osadów ściekowych (...). 68. W ramach tej oceny istotna jest w szczególności okoliczność, że ciepło wytworzone w trakcie spalania osadów ściekowych jest ponownie wykorzystywane w procesie produkcji papieru i celulozy, jak również okoliczność, że proces taki przynosi znaczną korzyść dla środowiska naturalnego ze względu na stosowanie materiałów pochodzących z odzysku w celu ochrony zasobów naturalnych, jak

³⁵ Sprawa C-629/19: wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Landesverwaltungsgericht Steiermark (Austria) w dniu 23 sierpnia 2019 r. – Sappi Austria Produktions-GmbH & Co KG und Wasserverband „Region Gratkorn-Gratwein”.

również na stworzenie gospodarki o obiegu zamkniętym. 69. Jeżeli na podstawie takiej analizy sąd odsyłający uznałby, że warunki określone w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2008/98 są spełnione przed spalaniem osadów ściekowych, których dotyczy postępowanie główne, to należałoby stwierdzić, że nie stanowią one odpadów”. Ponieważ sprawa Sappi była już na etapie sądowym, Trybunał wskazał, że ustalenie spełnienia warunków określonych w art. 6 ust. 1 dyrektywy odpadowej należy do sądu odsyłającego, jednakże należy przyjąć, że również organ może rozstrzygnąć co do statusu odpadu jeżeli odpowiednia kwalifikacja przedmiotu lub substancji ma wpływ na rozstrzygnięcie.

Podobnie orzekł Bawarski Trybunał Administracyjny, który pełni rolę sądu drugiej instancji, stwierdzając, że utrata statusu odpadu następuje z mocy prawa bez wydania aktu administracyjnego, jeżeli spełniono przesłanki z § 5 ust. 1 KrWG³⁶, czyli niemieckiej ustawy o gospodarce o obiegu zamkniętym, która to w § 5 ust. 1 przewiduje tożsame kryteria do tych ustalonych w art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy odpadowej³⁷. Trybunał odwołał się także do literatury niemieckiej w tym zakresie³⁸.

W tym kontekście ponownie trzeba zwrócić uwagę, że aby mogło dojść do utraty statusu odpadu, konieczny jest jego odzysk. Z kolei w myśl prawa polskiego jest to możliwe w ramach przetwarzania, na które konieczne jest uzyskanie zezwolenia. Zatem mimo że odpady tracą status odpadu bez zezwolenia na przetwarzanie, może to nie zwolnić przetwarzającego z odpowiedzialności za przetwarzanie odpadów bez zezwolenia. Jest to rozwiązanie zbyt restrykcyjne. Znacznie obniża ono efektywność wdrażania przepisów dotyczących utraty statusu odpadów. Warto zauważyć, że w literaturze niemieckiej trafnie zwraca się uwagę, że odzysk nie musi oznaczać ingerencji w substancję materiału stanowiącego odpad³⁹. Proces odzysku może polegać na np. sprawdzeniu przydatności lub oczyszczeniu. W pkt 22 preambuły do pierwotnej wersji dyrektyw odpadowej wskazano, że „w celu ustalenia końca statusu odpadu, wystarczy przeprowadzenie nawet tak prostej czynności odzysku jak skontrolowanie odpadów w zakresie potwierdzenia, że spełniają kryteria zniesienia statusu odpadu”.

³⁶ Kreislaufwirtschaftsgesetz z 24 lutego 2012 r. BGBl. I S. 212 ze zm.

³⁷ Uchwała Bawarskiego Trybunału Administracyjnego w Monachium z 17 lutego 2020 – 12 CS 19.2505, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-1739?hl=true> (data dostępu: 13.10.2021).

³⁸ Jacoby, [w:] L.-A.Versteil, T. Mann, T. Schomerus, *Kreislaufwirtschaftsgesetz. Kommentar*, wyd. czwarte, 2019, § 5 numer brzegowy 13, s. 100; F. Petersen, [w:] H.D. Jarass, F. Petersen, *Kreislaufwirtschaftsgesetz: KrWG. Kommentar*, Monachium 2014, § 5 nr brzegowy 20.

³⁹ Jacoby, [w:] L.-A.Versteil, T. Mann, T. Schomerus, op. cit., § 5 numer brzegowy 16, s. 101.

Wnioski

Do utraty statusu odpadu może dojść, gdy są spełnione wymagania wskazane w art. 14 ust. 1 ustawy odpadowej oraz szczegółowe kryteria ogólnounijne lub krajowe, jeżeli zostały ustanowione. Brak ustanowienia tych kryteriów nie powoduje niemożności utraty statusu odpadów przez odpad nieobjęty kryteriami. W obecnym stanie prawnym w Polsce konieczne jest jednak uzyskanie zezwolenie na przetwarzanie. Dlatego autorzy proponują *de lege ferenda*, aby w celu realizacji założeń gospodarki o obiegu zamkniętym do art. 45 ustawy odpadowej dodać wyłączenie obowiązku uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów obojętnych, co pozwoliłoby w znacznym stopniu ograniczyć ilość odpadów, które z definicji nie generują ryzyka dla zdrowia ludzkiego i środowiska. Wydaje się, że w tym przypadkach wystarczające ze względów kontrolnych byłoby ustanowienie obowiązku informowania o podejmowanej działalności. Przedsiębiorca powinien także wykazać na żądanie właściwych służb spełnienie ogólnych warunków zastosowania instytucji utraty statusu odpadu.

Wykaz literatury

- den Boer E., Gawłowski A., Godlewska K., Górski M., Szpadt R., Środa B., Marliere H., Kruś M., Piotrowska A., Bujny J., Mądry T., *Utrata statusu odpadu – rzeczywiste ułatwienie czy recyklingowa fikcja?*, „Logistyka Odzysku” 2017, nr 2(23).
- Bujny J., Mądry T., *Utrata statusu odpadu*, „Logistyka Odzysku” 2016, nr 4(21).
- Bukowski Z., *Koncepcja zrównoważonego rozwoju w prawie, ze szczególnym uwzględnieniem prawa gospodarczego*, „Handel Wewnętrzny” 2012, nr specjalny, t. 3 (lipiec–sierpień): *Trendy i wyzwania zrównoważonego rozwoju w XXI wieku*, <https://bazekon.uek.krakow.pl/en/gospodarka/171336693>.
- Danecka D., Radecki W., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Górski M., *Utrata statusu odpadu – regulacje a ich interpretacja*, „Przegląd Komunalny” 2016, nr 5/2016.
- Jerzmański J., *Ustawa z 14 grudnia 2012 r. – nowe zasady gospodarowania odpadami*, „Zeszyty Komunalne” 2013, nr 1(104).
- Johanssona N., Forsgren C., *Is this the end of end-of-waste? Uncovering the space between waste and products*, „Resources, Conservation and Recycling” 2020, nr 155, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921344919305622>.
- Kamiński M., *Bezpośrednie i pośrednie stosowanie dyrektyw unijnych przez polskie sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1.
- Kościuk A., *Utrata statusu odpadów – problemy w praktyce branży budowlanej*, 2020, Lex.
- Kruś M., Piotrowska A., *Procedura utraty statusu odpadu.*, „Przegląd Komunalny” 2014, nr 4.
- Kruś M., *Akty transnarodowe w systemie europejskich aktów administracyjnych*, Wyd. Nauk. UAM, Poznań 2021.

- Mik C., *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Ole H., Jette Bjerre H., Margareta W., Olalis W., *EoW for aggregates in the Nordic countries: Status and policy*, [w:] *End-of-Waste Criteria for Construction & Demolition Waste*, Nordic Council of Ministers, 2016.
- Jarass H.D., Petersen F., *Kreislaufwirtschaftsgesetz: KrWG. Kommentar*, C.H. Beck, Monachium 2014.
- Ragossnig A., Schneider D., *Circular economy, recycling and end-of-waste*, „Waste Management & Research” 2019, nr 37(2), <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0734242X19826776>.
- Rakoczy B., Karpus K. *Ustawa o odpadach. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Versteyl L.-A., Mann T., Schomerus T., *Kreislaufwirtschaftsgesetz. Kommentar*, wyd. czwarte, C.H. Beck, 2019.

Summary

The legal framework of the end of waste status in Poland

Keywords: law, end of waste status, circular economy, waste policy, waste framework directive.

The paper aims to indicate possible methods of applying the end-of-waste status, which is permitted under Polish law, which is important for the implementation of the circular economy. Scientific research was dogmatic. Such a goal results from doubts existing in Polish doctrine and jurisprudence. It is worth emphasizing that the application of this institution is the result of the implementation of the European law directive. Interestingly, also in the other Member States, there are difficulties with the practical application of this institution. The analysis is carried out taking into account European law. The views are supported by reference to the jurisprudence of European and Polish courts as well as the judgments of national courts of other Member States. Four cases of using this institution are presented. The first is when the criteria are defined at the Union level through general rules. The second case concerns the setting of criteria by the authorities of the Member States. Such a possibility was provided for in Polish law relatively recently. To date, not a single act has been issued on this matter. The third case involves national authorities deciding on a case-by-case basis. This possibility does not arise directly from the Polish act. The article indicates that in this case the directive can be applied directly. The article also considers a fourth possibility. It consists of the loss of waste status without a prior decision of the authorities. However, the obligation to obtain consent for recovery on an industrial scale is problematic in Polish law. Therefore, it was proposed to introduce only the obligation to inform about their processing for some types of waste.

Anna Kryniecka-Piotrak

Uniwersytet Warszawski

ORCID: 0000-0001-6599-5473

akryniecka@wpia.uw.edu.pl

Prawo naturalne jako prawo kultury w ujęciu Gustawa Radbrucha

Uwagi wstępne

Twórczość Gustawa Radbrucha, wybitnego prawnika, naukowca, myśliciela i wielkiego humanisty, jest przedmiotem nieustającej dyskusji w środowisku przedstawicieli różnych nauk społecznych i humanistycznych. Znamienne, że jest ona inspiracją nie tylko dla osób zawodowo związanych z uprawianymi przez niego dziedzinami, ale również dla ludzi pasjonujących się prawem, historią, polityką czy tych, którzy po prostu są zainteresowani otaczającym światem. W dużej mierze wynika to z charakteru dzieła tego uczonego, na które składa się szereg publikacji o wielowątkowej strukturze, napisanych przystępnym i jasnym językiem. Jest jednak również rezultatem oryginalności jego koncepcji i oddziaływania społecznego, zwłaszcza koncepcji ustawowego bezprawia stanowiącej swoistą ocenę stanowienia i stosowania prawa w III Rzeszy, która odegrała istotną rolę w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze i późniejszych wyrokach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Niemczech¹.

Przedmiotem analizy będzie jedno z zagadnień mieszczących się w ramach sformułowanego przez G. Radbrucha systemu filozoficznoprawnego, jakim jest prawo naturalne. Przedstawienie zawierającej się w jego ramach teorii wymaga zrekonstruowania jej z rozważań tego uczonego poświęconych innym elementom jego dzieła, w szczególności koncepcji czterech światów czy koncepcji idei prawa. Zostaną one zarysowane jedynie w zakresie niezbędnym, ograniczonym tematyką podjętych rozważań, choć same w sobie również stanowią niezwykle inspirującą i oryginalną część jego twórczości. Zamiar skoncentrowania rozważań na ściśle określonym problemie wymaga jednak okrojenia wywodów w pozostałym zakresie.

¹ Por. J. Zajadło, *Politykom ku opamiętaniu*, „Gazeta Wyborcza” z 1 grudnia 2015 r., s. 11.

Założonym celem jest przedstawienie i dokonanie analizy stanowiska G. Radbrucha w perspektywie różnych odmian teorii prawnonaturalnych funkcjonujących w ramach filozofii prawa, co w konsekwencji pozwoli na wskazanie jego zasadniczego sensu, ze szczególnym uwzględnieniem podjęcia próby odpowiedzi na pytanie, czy wykazuje ono związek z obiektywnie istniejącą rzeczywistością czy też tworzoną przez człowieka, nacechowaną subiektywizmem i będącą rezultatem jego działalności. Analiza podejmowana jest zgodnie z cechującym rozważania filozoficznoprawne podejściem, które wyraża się w dążeniu do uchwycenia istoty rzeczy, a więc elementów konstytutywnych teorii, zachowujących swoją ważność bez względu na zmieniające się okoliczności zewnętrzne, wynikające z dynamiki uwarunkowań czasoprzestrzennych.

Pojęcie prawa naturalnego

Prawo naturalne jest jednym z podstawowych zagadnień będących przedmiotem dociekań podejmowanych w ramach filozofii prawa. Od czasów najdawniejszych jest ono pojmowane jako najbardziej doskonały sposób uregulowania stosunków międzyludzkich, co jest cechą wspólną wszystkich jego ujęć. Doniosła rola prawa naturalnego wiąże się z dążeniem człowieka do urzeczywistnienia w życiu społecznym sprawiedliwości, rozumianej jako wartość niezależna od rozwiązań przyjmowanych na gruncie prawa stanowionego. To właśnie z tego względu jest ono wyrazem stanowiska przeciwstawiającego się sprowadzaniu istoty prawa do ujęcia przyjmowanego na gruncie pozytywizmu prawniczego. W teoriach tradycyjnych prawo naturalne utożsamiane jest z porządkiem normatywnym jako prawem wyższego rzędu, funkcjonującym niezależnie od prawa stanowionego obowiązującego w państwie. Jego źródło pozostaje niezależne od woli i świadomości człowieka, albowiem jest nim Bóg lub natura człowieka (istota człowieka). Inne ujęcie zostało przyjęte w teoriach prawa naturalnego o zmiennej treści, sformułowanych po raz pierwszy na przełomie XIX i XX wieku². W myśl tych koncepcji twórcą prawa natury jest człowiek, który jako istota rozumna kształtuje świat odwołując się do ideałów.

Wyrazistym przykładem poszukiwania uzasadnienia prawa w sferze wartości uwzględnianych niezależnie od procesów ustawodawczych jest stanowisko

² Pierwsze teorie prawa naturalnego o zmiennej treści zostały sformułowane równolegle przez dwóch myślicieli: R. Stammlera i L. Petrażyckiego w ramach całkowicie różnych systemów filozoficznych. Książka R. Stammlera *Wirtschaft und Recht*, głosząca hasło odrodzenia prawa natury jako prawa wiecznego w swej formie i ulegającego zmianom w treści, została wydana w 1896 r., a więc o rok później niż dzieło L. Petrażyckiego *Die Lehre vom Einkommen*. Należy jednak zauważyć, że podstawowy sens tej idei w postaci załączkowej został zarysowany przez R. Stammlera jeszcze przed rokiem 1896. Z powyższych względów należy przyjąć, że zasadne jest przyjęcie, iż obaj filozofowie niezależnie od siebie dokonali tego samego odkrycia w ramach całkowicie odmiennych stanowisk filozoficznych.

Gustawa Radbrucha, przedstawione po raz pierwszy jednoznacznie w pogadance radiowej *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (Pięć minut filozofii prawa), opublikowanej 12 września 1945 r. na łamach „Rhein-Neckar-Zeitung”, a zatem po doświadczeniach drugiej wojny światowej³. Znanie pod nazwą tzw. formuły Radbrucha zostało rozwinięte przez autora w artykule o znamienym tytule *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* (Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo), który ukazał się na łamach „Süddeutsche Juristen-Zeitung” w 1946 r.⁴ Rozważania G. Radbrucha, dotyczące przede wszystkim działań funkcjonariuszy III Rzeszy, prowadzą do wniosku, że niektóre przepisy obowiązują wprawdzie formalnie jako ustanowione zgodnie z obowiązującą procedurą ustawodawczą, lecz ze względu na wprowadzane przez nie regulacje nie powinny być określane mianem prawa. W sposób rażąco naruszają bowiem sprawiedliwość, której źródła należy poszukiwać w innym porządku niż prawo stanowione. Jak wskazuje G. Radbruch, „musi głęboko utknąć w świadomości narodu i prawników: mogą istnieć ustawy o takim stopniu niesprawiedliwości i szkodliwości, iż należy odmówić im charakteru prawa”⁵. Doprowadzają one bowiem do naruszenia zasad prawa, „które są silniejsze od każdego przepisu prawnego” określanym mianem prawa naturalnego czy też prawa rozumu⁶. Myśliciel zauważa, że niektóre z nich opierają się na wypracowanym przez wieki, powszechnym porozumieniu, które doprowadziło do ich skodyfikowania w Deklaracji praw człowieka i obywatela⁷. Przykładowo: od czasów najdawniejszych towarzyszy ludzkości dążenie do uregulowania od strony etyczno-prawnej kwestii związanych z opieką nad życiem i zdrowiem człowieka, o czym świadczą – jak wskazuje się w literaturze – najstarsze dokumenty przewidujące surowe kary za ich naruszenie, by wskazać chociażby Kodeks Hammurabiego czy inne zbiory praw starożytnego Bliskiego Wschodu⁸. Formułując swoją koncepcję, G. Radbruch wskazuje zatem na nadrzędną rolę prawa naturalnego, określanego przez niego mianem prawa ponadustawowego. Jego zdaniem powinno ono stanowić podstawę oceniania aktów normatywnych, albowiem gwarantuje urzeczywistnianie sprawiedliwości.

³ Por. G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, „Rhein-Neckar-Zeitung” z 12 września 1945 r.

⁴ Por. idem, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, nr 5.

⁵ Idem, *Pięć minut filozofii prawa*, tłum. J. Zajadło, „Gazeta Wyborcza” 1.12.2015, s. 11.

⁶ Por. ibidem, s. 11.

⁷ Por. ibidem.

⁸ Por. D.A. Katolo, *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w kodeksach starożytnego Bliskiego Wschodu*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 42, <https://doi.org/10.31648/sp.5023>, s. 93–97.

Koncepcja czterech światów

Prawo ponadustawowe na gruncie stanowiska G. Radbrucha pozostaje w ścisłym związku ze stworzoną przez niego koncepcją czterech światów odpowiadających poszczególnym sferom życia człowieka. W myśl jego poglądów na rzeczywistość składają się: świat natury, świat idei, świat kultury i świat religii. Człowiek żyje w świecie natury, podlegając oddziaływaniu praw przyrody, ale zarazem dąży do realizacji idei, czyli wyższych wartości. Dzięki ich wskazaniom ukierunkowuje swoje działania i powodowany niepokojem wywołanym dążeniem do ich realizacji, kreuje nową rzeczywistość, na którą składają się tworzone przez niego dzieła. W ten sposób powstaje świat kultury będący swoistym łącznikiem między światem natury i światem idei. Należy do niego to „co ze sfery ideału przyjęliśmy do sfery naszej woli, wiedzy i uczucia, a mianowicie obyczaj, prawo, moralność praktyczna, a dalej nauka, sztuka”⁹. Są to elementy tworzonego przez człowieka świata kultury określanego przez G. Radbrucha sferą pośrednią między pyłem ziemskim a światem podgwiezdnym. Świat kultury pojmowany jest jako umiejscowiony między niewinnym spokojem natury a wzniosłym spokojem ideału. Jako rezultat ludzkich dążeń jest on pełen grzechu, niepokoju, ale też nadziei i wiary, wynikającej z podejmowanych przez człowieka działań i walki o realizację wyższych wartości¹⁰. Tym, co pozwala człowiekowi przezwyciężyć to nieustanne rozdarcie między naturą a nieosiągalnym ideałem, między bytem a ideałem jest świat religii, w którym dochodzi do głosu afirmacja stanu istniejącego i życia samego w sobie. G. Radbruch nazywa go „przydrożną kaplicą, w której pielgrzym odkłada na chwilę laskę, by pogrążyć się w kontemplacji”¹¹.

Prawo – jako należące do świata kultury – powstaje w wyniku dążenia przez człowieka do realizacji idei prawa. „Idea prawa jest wartością, prawo zaś rzeczywistością odniesioną do wartości, jest więc zjawiskiem kultury”¹². W systemie Radbrucha ideały, które ludzie wciąż próbują urzeczywistnić, jak podkreśla Maria Szyszkowska, nie konstytuują jakieś nadrzędnej wobec człowieka, nieznaney i odległej rzeczywistości. Stanowią formę obiektywizacji jego pragnień, dążeń, konstrukcji myślowych¹³. Nadają sens ludzkiemu istnieniu, w czym znajduje wyraz stanowisko Immanuela Kanta w szczególności sposób wyrażone w rozprawie *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*. Człowiek jest istotą stworzoną tak, by wykraczać poza wiedzę dostępną dzięki empirycznemu doświadczeniu, nie zaś jedynie ograniczać się do realizacji doraźnych celów. Ma on się przybliżać do urzeczywistnie-

⁹ G. Radbruch, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1924, s. 5.

¹⁰ Por. *ibidem*.

¹¹ Idem, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 10.

¹² *Ibidem*, s. 118.

¹³ Por. M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 215.

nia bliskich mu, choć nieosiągalnych ideałów¹⁴. G. Radbruch jako neokantysta niejednokrotnie nawiązuje do tej myśli w swoich pracach i ją twórczo rozwija.

Komponenty idei prawa

Na gruncie poglądów G. Radbrucha prawo jest dziełem kulturowym powstającym w wyniku twórczej działalności człowieka, dla której punktem odniesienia jest dążenie do urzeczywistnienia idei prawa. Dzięki tej idei pojęcie prawa nabiera pełnego wyrazu wobec podkreślenia jego trzech aspektów: sprawiedliwości, celowości i bezpieczeństwa prawnego. Stanowią one – pozostając ze sobą w wzajemnych relacjach i popadając w antynomie – komponenty sformułowanej przez G. Radbrucha trójelementowej koncepcji idei prawa. Sprawiedliwość wyznacza jednie formę prawa, celowość jego treść, natomiast bezpieczeństwo prawne wymaga, by było stanowione¹⁵. G. Radbruch przypisuje im określone funkcje. „Sprawiedliwość byłaby miernikiem, czy jakieś urządzenie ma w ogóle postać prawa. Celowość byłaby miernikiem tego, czy urządzenie to jest słuszne co do swej treści. Wreszcie, wedle stopnia bezpieczeństwa prawnego, osiągniętego przez to urządzenie, należałoby decydować o tym, czy mu można przyznać moc obowiązującą”¹⁶.

Sens prawa wyraża się w tym, że służy ono zatem wartości, jaką jest sprawiedliwość, która należy do nieosiągalnego dla człowieka świata, ale ukierunkowującego podejmowane przez niego wysiłki. Istota sprawiedliwości zostaje sprowadzona przez G. Radbrucha do sprawiedliwości rozdzielczej, którą wiąże z równością i wskazuje, że jej wyrazem jest równe traktowanie osób równych i – odpowiednio – różne traktowanie osób i stosunków nierównych. „Sprawiedliwość nakazuje bowiem tylko tyle, że do tego, co równe, przykładać należy równą miarę, a do tego co różne – miarę nierówną”¹⁷. Ze sprawiedliwości nie da się zatem, jak wskazuje G. Radbruch, logicznie wywieść żadnej treści prawa. Wskazuje ona jedynie na pewne proporcje traktowania ludzi, natomiast na pytanie o to, w jaki sposób wywiązać się z tego zadania, można odpowiedzieć dopiero z perspektywy celu prawa, drugiego z komponentów idei prawa. Inaczej ujmując, sprawiedliwość nie pozwala na znalezienie odpowiedzi na pytanie o to, kto ma być traktowany jednakowo, a kto odmiennie z uwagi na występujące różnice. Znaczy to, że otwarty pozostaje problem, jak należy indywidualizować regulacje prawne¹⁸.

¹⁴ Por. I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce. Do wiecznego pokoju. Projekt filozoficzny*, Toruń 1995, s. 5-7.

¹⁵ Por. M. Szyszkowska, *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Warszawa 1989, s. 172.

¹⁶ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, tłum. C. Znamierowski, Warszawa 1938, s. 105.

¹⁷ Idem, *Filozofia prawa...*, s. 79.

¹⁸ Por. ibidem, s. 58

Drugim, wskazanym powyżej komponentem idei prawa jest celowość, która decyduje o treści prawa. G. Radbruch podkreśla, że ma ona charakter relatywny i jest ściśle uwarunkowana aktualnymi oczekiwaniami społecznymi i głoszonymi poglądami politycznymi. Jak twierdzi autor, celowość pozostaje zależna od kierunku i stopnia rozwoju rozmaitych koncepcji prawa i państwa w ramach działalności różnych partii politycznych oraz tego, która w danym społeczeństwie pełni aktualnie rolę wiodącą¹⁹. Poddaje się oddziaływaniu aktualnie dominującego światopoglądu, a zwłaszcza podstawowej wartości, która w określonych warunkach czasu i miejsca, zostaje uznana za nadrzędną. Wartość ta jest przyjmowana na podobieństwo aksjomatu, którego prawdziwości się nie udowadnia. Jej wybór decyduje o treści systemu prawnego, albowiem z niej zostają wywiedzione inne powinności.

W myśl poglądów G. Radbrucha można wyróżnić trzy rodzaje przedmiotów o wartości absolutnej: indywidualne osobowości ludzkie, zbiorowe osobowości ludzkie, dzieła człowieka, które odpowiadają trzem rodzajom wartości: wartości indywidualne, wartości zbiorowe oraz wartości kulturowe²⁰. W zależności od tego, którym z nich ma służyć prawo, można wyróżnić trzy stanowiska: indywidualistyczne, supraindywidualistyczne oraz transpersonalistyczne, przy czym tylko na gruncie pierwszego z nich za wartość najwyższą uznawany jest człowiek pojmowany jako jednostka. Te trzy stanowiska wskazują zarazem na podstawowe cele prawa: wolność będącą odpowiednikiem indywidualizmu, naród – supraindywidualizmu oraz kulturę – transpersonalizmu.

Stanowisko indywidualistyczne opiera się na założeniu, że człowiek jest wartością najwyższą i absolutną, zaś wszystkie dzieła społeczno-kulturowe, do których między innymi należą zdobycze nauki, dzieła literackie, dzieła sztuki oraz organizacje społeczne powinny służyć spełnianiu oczekiwań człowieka i przyczyniać się do jego rozwoju. Nie mają więc wartości bezwzględnej, lecz względnej, uwarunkowaną tym, w jaki sposób oddziałują na człowieka, zostają lub mogą zostać przez niego przyswojone i wykorzystane. Trafnie zauważa Antoni Peretiatkowicz, że w świetle tego stanowiska hasło „sztuka dla sztuki” zostaje zastąpione hasłem „sztuka dla społeczeństwa”, a zamiast „nauka dla wiedzy” obowiązuje wskazanie „nauka dla użytku praktycznego”²¹. Jak wskazuje G. Radbruch, wartości kulturowe i te wiążące się ze zbiorowością traktowaną jako całość, zgodnie z takim ujęciem, mają służyć wartościom indywidualnym. Kultura jest sferą kształtowania się ludzkich osobowości, natomiast państwo i prawo mają chronić i wspierać poszczególne jednostki²².

¹⁹ Por. ibidem, s. 80

²⁰ Por. ibidem, s. 59

²¹ A. Peretiatkowicz, *Wojna a idea prawa. Odczyt wygłoszony w Towarzystwie Prawniczym Warszawskim we wrześniu 1917 r.*, Kraków 1918, s.12.

²² G. Radbruch, *Filozofia prawa...*, s. 62.

Z punktu widzenia filozofii prawa szczególne znaczenie ma uznanie, że wartości samoistnej nie mają organizacje społeczne. Nurty nadające państwu, narodowi czy kościołowi wartość nadrzędną pozostają w sprzeczności ze światopoglądem indywidualistycznym. W ten sposób przekreślona zostaje zasadność prowadzenia wojen religijnych, działalności inkwizycji czy ruchów nacjonalistycznych, a także narodowowyzwoleńczych. Prawo i państwo – podobnie jak inne dzieła ludzkie czy też zjawiska świata przyrody – traktowane są jako środki mające mniejszą lub większą wartość odpowiednio do tego, czy należyćcie zaspokajają potrzeby człowieka i przyczyniają się do wzbogacania jego osobowości. Ustrój prawno-polityczny jest prawidłowy wówczas, gdy należycie spełnia rolę narzędzia służącego celom indywidualnym realizowanym przez poszczególnych ludzi żyjących w ramach organizacji, jaką jest państwo.

Inny stosunek do człowieka przyjmowany jest na gruncie stanowiska supra-indywidualistycznego oraz transpersonalistycznego. W myśl tych poglądów cele zbiorowe czy dzieła kulturowe zostają usytuowane wyżej w hierarchii wartości niż człowiek pojmowany jako jednostka. Zgodnie ze stanowiskiem supra-indywidualistycznym ujmowany w ten sposób człowiek, jak również jego dzieła, mają służyć zbiorowości jako całości, a moralność i kultura zostają podporządkowane państwu i prawu. W ujęciu transindywidualistycznym wartości indywidualne i zbiorowe pełnią rolę służebną wobec wartości kulturowych, a więc w konsekwencji moralność, prawo i państwo powinny mieć na względzie, jak twierdzi G. Radbruch, dobro kultury²³.

W każdym ze wskazanych powyżej ujęć dzieła społeczne lub dzieła kulturowe – bez względu na to, czy i jak wiele osób z nich korzysta, a więc abstrahując od potrzeb i korzyści indywidualnych – stanowią cele same w sobie. Nauka, sztuka, literatura czy organizacje społeczne nie są traktowane użytylnie jako środki służące do realizacji określonych celów, lecz nabierają wartości samoistnej. Na gruncie stanowiska supra-indywidualistycznego społeczeństwo i państwo zostają uznane za wartościowe niezależnie od tego, jakie miejsce zostanie w nich wyznaczone człowiekowi. Przekonanie to znajduje wyraz przykładowo w filozofii Hegla, który twierdzi, że nie państwo powinno służyć jednostkom, lecz jednostki państwu. Stanowisko to bliskie jest idei państwa totalnego, które pochłania społeczeństwo wraz z wolnością osobistą poszczególnych jednostek w imię jego rozwoju, siły i wielkości²⁴. W syntonii z podejściem cechującym transpersonalizm pozostają, jak wskazuje nawiązujący do poglądów G. Radbrucha A. Peretiatkowicz, między innymi hasła „sztuka dla sztuki” czy „nauka dla wiedzy”, nie zaś „sztuka dla społeczeństwa” czy „nauka dla użytku praktycznego”²⁵.

²³ Ibidem, s. 63.

²⁴ Por. A. Peretiatkowicz, op. cit., s. 14.

²⁵ Por. ibidem, s. 13.

Trzeci z elementów idei prawa, zgodnie z koncepcją G. Radbrucha, to bezpieczeństwo prawne, które wymaga, by prawo było stanowione, albowiem jeśli nawet nie da się ustalić, co jest bezwzględnie sprawiedliwe, to należy przynajmniej ustanowić to, co ma być prawem. Prawo gwarantuje zaprowadzenie i utrzymanie ładu w społeczeństwie, w czym wyraża się jego podstawowe znaczenie. Ze względu na tę istotną rolę nie powinno być zatem uzależnione od poglądów poszczególnych jednostek, lecz wprowadzać porządek jednorodny i obejmujący wszystkich.

Kulturowe uwarunkowanie idei prawa

Powyższe wywody prowadzą do wniosku, że porządek obowiązujący w państwie powinien opierać się prawie, które nie tylko będzie stanowione, ale również sprawiedliwe w swej treści. Problem hierarchii elementów idei prawa, a zwłaszcza wzajemnej relacji między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym, był wielokrotnie podejmowany na gruncie rozważań poświęconych filozofii G. Radbrucha i jest przedmiotem wielu opracowań²⁶. Myśliciel wielokrotnie przyznawał, że trudno jednoznacznie przesądzić o hierarchii poszczególnych elementów idei prawa i wskazać ten, który jest nadrzędny. Zgodnie z zasadami głoszonego przez niego relatywizmu wszystkie traktowane są jako równowartościowe²⁷. Niemniej jednak w pracach powojennych myśliciel ten wyraźnie odmawia mocy obowiązującej normom rażąco niesprawiedliwym, uznaje zatem prymat sprawiedliwości nad bezpieczeństwem prawnym.

W literaturze nie został również jednoznacznie rozstrzygnięty spór o to, czy po II wojnie światowej nastąpiła radykalna przemiana poglądów G. Radbrucha, czy też doszło jedynie do ich wykrystalizowania w wyniku stopniowego rozwoju stanowiska, skutkującego odejściem od pozytywistycznego ujęcia prawa na rzecz prawnonaturalnego. Należy jednak zauważyć, że G. Radbruch w swoich przedwojennych pracach (przykładowo w książce z 1932 r. *Filozofia prawa*) stwierdza, że „zadaniem pierwszorzędnym, którego priorytet jest oczywisty dla wszystkich jest bezpieczeństwo prawne, czyli pokój, ład i praworządność”, a w publikacji z 1938 r. *Zarys filozofii prawa* zauważa, że „ważniejszą rzeczą jest, że istnieje porządek prawny niż to, że ten porządek jest sprawiedliwy i celowy”²⁸. Niemniej jednak za początki późniejszej ewolucji jego stanowiska można uznać poglądy przedstawione już w 1937 roku, pod wpływem

²⁶ Szerzej: J. Zajadło, *Przedmowa do wydania polskiego*, [w:] G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. X–XI; H. Leawoods, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, „Washington University Journal of Law & Policy” 2000, vol. 2 (489), https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol2/iss1/16.

²⁷ Por. G. Radbruch, *Zarys filozofii...*, s. 103.

²⁸ Ibidem, s. 102.

ówczesnej polityki Niemiec, w tzw. wykładzie rzymskim, podczas którego negatywnie odnosi się do porządku opierającego się wyłącznie na wartości określonej dobrem powszechnym (nazywanym w późniejszych pracach także dobrem narodu), niwelującej wartości poszczególnych członków społeczeństwa. Znamienne jest twierdzenie autora, że w ten sposób ukształtowany porządek, pochłaniając cele jednostkowe oraz pomijając wskazania sprawiedliwości i bezpieczeństwa prawnego, nie zasługuje na określenie go mianem prawnego²⁹. Natomiast po II wojnie światowej, w 1946 r., G. Radbruch opublikował artykuł *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, w którym wprost wyraził przekonanie, że normom pozostającym w rażącej sprzeczności ze sprawiedliwością należy odmówić mocy obowiązującej jako tym, które nie powinny być określane mianem prawa. Nie pozostaje jednak bez znaczenia, że od samego początku jego koncepcja jednoznacznie wskazywała zarówno na rolę sprawiedliwości, jak i bezpieczeństwa prawnego stopniowo ewoluując w kierunku uznania, iż funkcjonowanie prawa godzącego w sprawiedliwość kwestionuje jego istotę. Cała koncepcja opiera się na odniesieniu obowiązujących regulacji do wyższych wartości, konstytuujących nieosiągalny dla człowieka, lecz jakże ważny, bo ukierunkowujący jego dążenia, świat.

Niezależnie od rozstrzygnięcia sporu dotyczącego sposobu i czynników oddziałujących na ukształtowanie się poglądów prawnonaturalnych Radbrucha, trójelementowa koncepcja idei prawa jest stanowiskiem interesującym i istotnym dla rozwoju nurtu prawnonaturalnego. Zaznaczyć należy, że tylko celowość w ramach idei prawa jest relatywna, zależna od poglądów. Sprawiedliwość i bezpieczeństwo są elementami całkowicie niezależnymi od występujących różnic w ludzkich oczekiwaniach, również tych, które dotyczą koncepcji prawa i państwa. Elementy te mają charakter ponadświatopoglądowy, ponadpartyjny, zachowują zatem „ważność powszechną”. Niemniej jednak G. Radbruch wyraźnie wskazuje, iż bezpieczeństwo prawne nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla obowiązywania każdego prawa pozytywnego. Niezbędne jest odwołanie się również do sprawiedliwości i celowości.

Celowość na gruncie poglądów Radbrucha jest relatywna, zmienia się w zależności od całokształtu warunków życia konkretnego społeczeństwa. Słuszności żadnego z poglądów aksjologicznych i wyboru podstawowej wartości mającej wyznaczać treść prawa obowiązującego w państwie nie można naukowo udowodnić. Znaczy to, że treść ideału prawa kształtowana jest w wyniku ścierania się rozmaitych poglądów i preferencji aksjologicznych oraz posiada cechę zmienności. Ten właśnie element przesądza o jego kulturowym uwarunkowaniu.

²⁹ Por. G. Radbruch, *O celu prawa*, tłum. C. Znamierowski, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1937, z. 3–4, s. 326.

Stanowisko G. Radbrucha na tle odmian teorii prawnonaturalnych

Koncepcja G. Radbrucha wpisuje się w nurt myślenia prawnonaturalnego, który ukształtował się pod koniec XIX w. wraz z powstaniem pierwszych koncepcji prawa naturalnego o zmiennej treści. Doszło wówczas do przełomu w dotychczasowym sposobie myślenia o prawie pozytywnym oraz o prawie naturalnym jako jego idealnym wzorze. Prawo naturalne od najdawniejszych czasów było pojmowane jako niezmiennie, niezależne od woli i świadomości człowieka, płynące ze źródła, jakim jest natura człowieka (istota człowieka) lub Bóg jako jej twórca na gruncie koncepcji religijnych. W tego typu teoriach treść prawa naturalnego wywodzi się z jakiegoś bytu, istniejącego niezależnie od człowieka oraz pozostaje wieczna i niezmienna stosownie do swoistych cech swego źródła. Ma zatem charakter nie tylko obiektywny, ale również absolutny. Obowiązuje wszystkich ludzi z racji wspólnej każdemu natury i odpowiada jej niezależnie od zmieniających się warunków dziejowych. Na gruncie tych tradycyjnych stanowisk, zwanych również teoriami prawa natury o niezmienniej treści, przyjmuje się założenie, że prawo to istnieje niezależnie od woli i świadomości człowieka, tak jak wiele innych elementów należących do otaczającej go rzeczywistości i tak jak ona jest poznawane przy pomocy rozumu. Człowiek nie ma więc wpływu na kształtowanie jego treści. Jest ona jedynie przez niego biernie odczytywana ze struktury bytu, nie zaś tworzona.

Idea prawa naturalnego nabiera innego znaczenia w teoriach, na gruncie których prawo to jest ujmowane jako dzieło ludzkie. Przybiera wówczas postać swoistego porządku tworzonego przez człowieka „jako bytu, który może kreować swoje jestestwo”, a pojęcie natury ludzkiej zostaje utożsamione z możliwością samokreacji, a więc z możliwością tworzenia samego siebie³⁰. Na gruncie koncepcji prawa naturalnego o zmiennej treści rola poznania nie ogranicza się do biernego odczytania treści prawa naturalnego wynikającego z obiektywnie istniejącej rzeczywistości, lecz ma charakter twórczy. W takim ujęciu jego źródłem jest ludzki rozum. Powstaje ono w wyniku podjęcia przez człowieka twórczej refleksji nad prawem pozytywnym i krytycznym ustosunkowaniem się do jego treści. Zmiany kulturowe dokonujące się w poszczególnych społeczeństwach prowadzą do stawiania nowych pytań o obowiązujące regulacje, zwłaszcza gdy dotyczą one kwestii budzących kontrowersje. Wyrazistym przykładem jest odmowa zgody na organizację w Polsce wystawy plastynatów, podczas gdy takie ekspozycje miały miejsce w wielu miastach Europy, Azji, Afryce czy w USA³¹. Władze polskie uzasadniły swoje stanowisko uwarunko-

³⁰ Por. A.L. Zachariasz, *Prawo natury jako prawo kultury*, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Powrót do prawa ponadustawowego*, Warszawa 1999, s. 72.

³¹ Por. E. Guzik-Makaruk, *Plastynacja – sztuka, piękno, prowokacja, patologia?*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43, s. 114, <https://doi.org/10.31648/sp.4603>.

waniami kulturowymi dotyczącymi stosunku do zmarłych, a więc źródłem problemu okazały się różnice dotyczące poglądów aksjologicznych. Ekspozowanie plastynatów przez jednych uznawane jest za niedopuszczalne z racji godzenia w określone wartości, przez innych jest traktowane jako nowy etap w nauce anatomii czy prowokację skłaniającą do refleksji nad życiem i dyskusji naruszających „odwieczne tabu, jakim jest śmierć człowieka i jego seksualność”³². Ewolucjonowanie podejścia do pewnych społecznie kontrowersyjnych problemów jest uwzględniane w procesie kształtowania ideału prawa zgodnie z założeniami teorii prawa naturalnego o zmiennej treści. Na ich gruncie prawo naturalne staje się rezultatem poszukiwania wartości, jakie – zgodnie z oczekiwaniami społecznymi – powinny znaleźć urzeczywistnienie w prawie obowiązującym w państwie. Dokonanie oceny prawa obowiązującego w określonym czasie i miejscu prowadzi do sformułowania postulatów mających na celu jego doskonalenie. Jest też wyrazem dążenia człowieka do urzeczywistnienia w sferze prawnej wartości, jaką jest sprawiedliwość. Dlatego też to właśnie na gruncie tych teorii prawo naturalne pojmowane jest jako dzieło kulturowe, tworzone przez człowieka, który ma możliwość samokreacji³³.

Zgodnie z takim ujęciem prawo naturalne nie jest więc porządkiem obiektywnym, wywodzonym ze struktury bytu, lecz ideałem prawa, w którym znajdują wyraz oczekiwania ludzi wynikające nie tyle z niezmiennej i wspólnej im natury, co z potrzeb człowieka żyjącego w konkretnych uwarunkowaniach w danym momencie dziejowym. Prawo naturalne jako dzieło ludzkie jest uwarunkowane kulturowo. Jego treść zmienia się w zależności od epoki, narodu, stosunków ekonomicznych, politycznych, społecznych, ponieważ pozostaje zależna od woli i świadomości człowieka nieustannie podlegającego oddziaływaniu zmieniających się okoliczności i warunków życia. Jest ona wynikiem dążenia do zrozumienia, czym jest sprawiedliwość i podejmowania wysiłku, by doprowadzić do jej urzeczywistnienia. Jako ideał pozostaje ona bowiem wciąż wartością niezrealizowaną w życiu społecznym, nieosiągalną ze swej istoty, lecz oddziałującą na jednostki i prowadzącą do walki o zmianę otaczającej rzeczywistości. Jak trafnie zauważa Andrzej Zachariasz, prawa człowieka, prawa kobiet, prawa zwierząt są rezultatem działalności kulturotwórczej człowieka³⁴. Nie wynikają zatem ze struktury wszechświata, lecz są próbą nadania mu bardziej pożądanego kształtu z punktu widzenia człowieczego istnienia.

³² Ibidem, s. 117.

³³ Por. A.L. Zachariasz, *Kulturozofia*, Rzeszów 2000, s. 111.

³⁴ Por. ibidem, s. 125.

Wnioski końcowe

Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, że stanowisko G. Radbrucha zawiera bardzo wyraźne wątki charakterystyczne dla prawnonaturalnego nurtu myślenia w filozofii prawa. Ich analiza dokonana na tle dwóch podstawowych odmian teorii prawnonaturalnych zdecydowanie uzasadnia zaliczenie tego autora do przedstawicieli teorii prawa natury o zmiennej treści, wskazujących na człowieka jako twórcę ideału prawa. Koncepcja wyłaniająca się z prac G. Radbrucha prowadzi do stwierdzenia, że prawo natury, podobnie jak prawo pozytywne, ujmowane jest jako element kultury. Wyraża się w nim uprzedmiotowiony stosunek człowieka do wartości idealnych. Pogląd ten ściśle wiąże się ze sformułowaną przez tego wybitnego prawnika i myśliciela koncepcją czterech światów, na gruncie której przyjmuje się, że tym, co odróżnia kulturę od świata przyrody jest ścisły związek ze sferą idei, wyższych wartości. Przeciwnością kultury jest natura rozumiana jako to, co tworzy się i rozwija niezależnie od człowieka, powodowanego dążeniem do realizacji wyższych wartości. W teoriach tradycyjnych przyjmuje się, że ludzka natura mająca charakter pozakulturowy jest źródłem owej wyższej sprawiedliwości określanej mianem prawa naturalnego. Odmienne ujęcie zarysowuje G. Radbruch wskazując, że jest ono ideałem tworzonym przez człowieka, zdeteminowanego warunkami określonego czasu i miejsca, który świadomie dokonuje wyboru podstawowej wartości wyznaczającej cel prawa, najbardziej odpowiedni dla uwarunkowań określonej epoki. Prawo naturalne nabiera innego znaczenia. Jest ujmowane jako dzieło ludzkie, porządek tworzony przez człowieka jako istotę zdolną do samokreacji.

Wykaz literatury

- Chauvin T., *Sprawiedliwość: między celowością a bezpieczeństwem prawnym. Ewolucja poglądów Gustawa Radbrucha*, „Studia Iuridica” 1999, vol. XXXVII.
- Guzik-Makaruk E., *Plastynacja – sztuka, piękno, prowokacja, patologia?*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43.
- Kant I., *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce. Do wiecznego pokoju. Projekt filozoficzny*, Wyd. Comer, Toruń 1995.
- Katolo D.A., *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w kodeksach starożytnego Bliskiego Wschodu*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 42.
- Leawoods H., *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, „Washington University Journal of Law & Policy” 2000, vol. 2(489), https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol2/iss1/16.
- Peretiatkowicz A., *Wojna a idea prawa. Odczyt wygłoszony w Towarzystwie Prawniczym Warszawskim we wrześniu 1917 r.*, Kraków 1918.
- Radbruch G., *Filozofia prawa*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2009.
- Radbruch G., *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, nr 5.

- Radbruch G., *O celu prawa*, tłum. C. Znamierowski, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1937, z. 3–4.
- Radbruch G., *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, „Rhein-Neckar-Zeitung” z 12 września 1945 r.
- Radbruch G., *Pięć minut filozofii prawa*, tłum. J. Zajadło, „Gazeta Wyborcza” z 1 grudnia 2015 r.
- Radbruch G., *Wstęp do prawoznawstwa*, Nakładem Trzaski, Everta i Michalskiego, Warszawa 1924. Radbruch G., *Zarys filozofii prawa*, tłum. C. Znamierowski, Księgarnia Powszechna, Warszawa 1938.
- Szyszkowska M., *Filozofia prawa i filozofia człowieka*, Inst. Wydawniczy PAX, Warszawa 1989.
- Szyszkowska M., *Zarys filozofii prawa*, Temida 2, Białystok 2000.
- Zachariasz A.L., *Prawo natury jako prawo kultury* [w:] M. Szyszkowska (red.), *Powrót do prawa ponadustawowego*, Wyd. Interlibro, Warszawa 1999.
- Zachariasz A.L., *Kulturozofia*, Wyd. WSP, Rzeszów 2000.
- Zajadło J., *Politykom ku opamiętaniu*, „Gazeta Wyborcza” z 1 grudnia 2015 r.
- Zajadło J., *Przedmowa do wydania polskiego*, [w:] G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2009.

Summary

Natural law as a law of culture in terms of Gustaw Radbruch works

Keywords: philosophy of law, natural law, culture, value.

The important role of natural law is connected with the human pursuance of justice fulfilment. From the earliest times, it has been understood as the most perfect way to regulate human relations. The thesis of Gustaw Radbruch occupies a special place in the discussion on the essence of natural law.

According to the concept of the four worlds he formulated, natural law is a work of art that arises as a result of the creative activity of a man living in the natural world but striving to achieve ideals (higher values). It is part of the world of culture that arises in this way as a result of human actions. Natural law is therefore a cultural creation, the result of human creative activity, for which justice is the point of reference. This outstanding lawyer and thinker, therefore, depart from traditional approaches, which recognize the essence of man or God as the source of this law.

The concept of G. Radbruch evolves as a part of the current natural law thinking, which was developed at the end of the 19th century together with the first theories of natural law with variable content created at that time. They have rebuilt the hitherto way of thinking, presenting an approach in which it is understood as a human work, an order created by man as a being capable of self-creation.

Tomasz Kuczyński

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0002-9936-1951

t.kuczynski@umk.pl

Charakter prawny i podstawy prawne funkcjonowania gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych

Wprowadzenie

26 października 1982 r. została uchwalona ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (dalej jako u.w.t.p.a.)¹, która zastąpiła ustawę z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu (dalej jako u.z.a.)². Już tekst pierwotny u.w.t.p.a. wskazywał na szersze ujęcie problematyki przeciwdziałania alkoholizmowi w stosunku do obowiązującej wcześniej u.z.a. O ile u.z.a. głównie odnosiła się do kwestii zakazu sprzedaży alkoholu w konkretnych miejscach oraz postępowania w zakresie przymusowego leczenia osób dotkniętych chorobą alkoholową, u.w.t.p.a. już w swojej pierwotnej wersji zawierała, oprócz wyżej wskazanych kategorii regulacji, m.in. konkretne sposoby realizacji zadań w zakresie przeciwdziałania alkoholizmowi poprzez odpowiednie kreowanie polityki społecznej. Ponadto mocą niniejszej ustawy została powołana Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych jako organ doradczy i opiniodawczy działający przy Radzie Ministrów (obecnie podlega ona ministrowi właściwemu do spraw zdrowia). Dodatkowo, na podstawie art. 4 pierwotnej u.w.t.p.a., wprowadzono Wojewódzki program profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Jego głównym założeniem było powołanie przez terenowe organy administracji państwowej gminnych komisji do spraw przeciwdziałania alkoholizmowi, które działały przy tych organach.

Powyższe nie było jednakże pierwszym przejawem wprowadzenia czynnika społecznego w zakresie szeroko pojętej problematyki przeciwdziałania al-

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1119.

² Dz.U. z 1959 r., Nr 69, poz. 434.

koholizmowi. Na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 czerwca 1959 r. w sprawie uznania Społecznego Komitetu Przeciwalkoholowego za stowarzyszenie wyższej użyteczności³ powołany w 1948 r. Społeczny Komitet Przeciwalkoholowy został uznany za stowarzyszenie wyżej użyteczności, a w konsekwencji, na podstawie zarządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 12 września 1959 r. w sprawie ustalenia i ogłoszenia statutu stowarzyszenia wyższej użyteczności Społeczny Komitet Przeciwalkoholowy⁴, stowarzyszeniu temu została nadana osobowość prawna, a także wskazany został m.in. jego cel, zakres i środki działania oraz wewnętrzna struktura organizacyjna.

Wspomniana wcześniej u.w.t.p.a. podlegała wielokrotnym nowelizacjom. Jedną z najistotniejszych była zmiana wprowadzona ustawą z dnia 12 września 1996 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁵. Na mocy art. 1 pkt 4 ustawy zmieniającej do u.w.t.p.a. wprowadzony został art. 4¹, regulujący problematykę zadań własnych gminy w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Przepis ten ulegał kilkukrotnej nowelizacji. Jego obecne brzmienie zakłada, zgodnie z ust. 1, że zadaniami własnymi gminy jest prowadzenie działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz integracji społecznej osób uzależnionych od alkoholu. Zadania te polegają w szczególności m.in. na: zwiększaniu dostępności pomocy terapeutycznej i rehabilitacyjnej dla osób uzależnionych od alkoholu, prowadzeniu profilaktycznej działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych i przeciwdziałania narkomanii, w szczególności dla dzieci i młodzieży, w tym prowadzeniu pozalekcyjnych zajęć sportowych, a także działań na rzecz dożywiania dzieci uczestniczących w pozalekcyjnych programach opiekuńczo-wychowawczych i socjoterapeutycznych, jak i wspomaganiu działalności instytucji, stowarzyszeń i osób fizycznych, służącej rozwiązywaniu problemów alkoholowych. Stosownie do art. 4¹ ust. 2 u.w.t.p.a. realizacja tych zadań jest prowadzona w postaci gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych, który stanowi część strategii rozwiązywania problemów społecznych. Program ten uchwalany jest każdego roku przez radę gminy.

Dla niniejszego opracowania największe znaczenie posiadają regulacje zawarte w art. 4¹ ust. 3–5. Przepisy te przede wszystkim nakładają na organ wykonawczy gminy (wójta, burmistrza, prezydenta miasta) obowiązek powołania gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych (dalej jako GKRPA), których podstawowym zadaniem jest m.in. inicjowanie działań określonych w art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. oraz podejmowanie czynności zmierzających do orzeczenia o zastosowaniu wobec osoby uzależnionej od alkoholu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie leczenia odwykowego. GKRPA bierze

³ Dz.U. z 1959 r., Nr 42, poz. 263.

⁴ M.P. z 1959 r., Nr 82, poz. 432.

⁵ Dz.U. z 1996 r., Nr 127, poz. 593.

również czynny udział w postępowaniu w przedmiocie wydania zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych, stosownie do regulacji zawartej w art. 18 ust. 3a. u.w.t.p.a. W skład GKRPA wchodzi osoby przeszkolone w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Ustawodawca przewidział dla członków GKRPA obligatoryjne wynagrodzenie, które jest określane w ramach gminnego programu rozwiązywania problemów alkoholowych.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że celem ustawodawcy na przestrzeni lat było zapewnienie funkcjonowania, obok organów administracji publicznej, podmiotów o charakterze społecznym, których celem jest pomoc przy realizacji polityki państwa w zakresie przeciwdziałania alkoholizmowi. Cechą szczególną społecznych podmiotów działających przy organach władzy publicznej jest ich w głównej mierze opiniotwórcza działalność. Charakter taki ma np. młodzieżowa rada gminy, której sposób powoływania uregulowany został w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (dalej: u.s.g.)⁶, a także powiatowe i wojewódzkie społeczne rady do spraw osób niepełnosprawnych, funkcjonujące na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej⁷ oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁸. Również działalność GKRPA, co zostało już wskazane wcześniej, w znacznej części opiera się na opiniowaniu oraz udzielaniu pomocy osobom cierpiącym na chorobę alkoholową. Czy oznacza to, że każdorazowo powinniśmy postrzegać GKRPA jako społeczny organ o charakterze doradczym? Niniejszy artykuł ma na celu scharakteryzowanie charakteru prawnego GKRPA oraz podstaw prawnych ich funkcjonowania przy wykorzystaniu dogmatyczno-prawnej metody badawczej.

Podstawy prawne funkcjonowania gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych

Jak zostało wspomniane, ustawową regulacją odnoszącą się do statusu GKRPA jest art. 4¹ u.w.t.p.a. Analiza przepisu wskazuje, że zarówno rada gminy, jak i wójt biorą udział w procesie kreowania struktury i podstaw prawnych funkcjonowania GKRPA.

Zgodnie z art. 4¹ ust. 3 u.w.t.p.a. *in principio*, organ wykonawczy gminy powołuje GKRPA. W związku z powyższym przyjąć należy, że prawidłową formą powołania GKRPA jest zarządzenie wójta. Przepisy u.w.t.p.a. nie zawie-

⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1372.

⁷ Problematykę komisji, zespołów oraz rad jako form partycypacji obywateli w samorządzie terytorialnym poruszają A. Ziółkowska, A. Gronkiewicz, *Rady zespoły, komisje – wybrane przykłady i charakterystyka*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2014, Lex.

⁸ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 573.

rają zbyt wielu postanowień, które mogłyby wywrzeć bezpośredni wpływ na kształt niniejszego aktu powołującego. Jedynie art. 4¹ ust. 4 u.w.t.p.a. stanowi, że w skład GKRPA wchodzi osoby przeszkolone w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Ustawodawca nie wspomina natomiast nic o samej procedurze powoływania członków GKRPA, tj. nie wskazuje, czy każdy z nich powinien zostać powołany odrębnym zarządzeniem⁹ bądź czy wszyscy członkowie powinni zostać powołani jednym zarządzeniem¹⁰. Wydaje się, że należy opowiedzieć się za drugim rozwiązaniem, gdyż ustawodawca wskazał, że wójtowie powołują GKRPA, i jednocześnie nie wskazał, że powołują odrębnie poszczególnych członków GKRPA. Jeżeli ustawodawca wyraźnie tworzy obowiązek powołania komisji jako całości, oznacza to, że wszyscy jej członkowie powinni zostać powołani jednym zarządzeniem. Takie ujęcie rodzi jednakże wątpliwość co do kształtu zarządzeń, których wydanie może stać się konieczne wskutek np. odwołania z funkcji członka GKRPA tylko jednej osoby i powołania na jej miejsce nowego członka. Powstaje pytanie, czy dopuszczalne jest wydanie zarządzenia zmieniającego, które dokona modyfikacji poprzedniego zarządzenia o powołaniu GKRPA jedynie w potrzebnym zakresie, czy konieczne jest wydanie nowego zarządzenia o powołaniu całości GKRPA, uwzględniające zmianę stanowiskową i jednocześnie uchylające poprzednie zarządzenie powołujące GKRPA. Praktyka organów wykonawczych zdaje się chylić ku pierwszemu rozwiązaniu¹¹. Przy powyższych rozważaniach należy jednakże mieć na uwadze, że każde z tych potencjalnych zarządzeń stanowi akt prawa wewnętrznego, który z definicji nie powinien wywoływać żadnych skutków prawnych wobec podmiotów zewnętrznych, tj. pozostających poza strukturą administracji publicznej¹², w związku z czym niezależnie od przyjętego w danej jednostce samorządu terytorialnego rozwiązania, nie powinno ono mieć zbyt dużego znaczenia dla mieszkańców.

Pozostając przy rozważaniach dotyczących aktu powołującego GKRPA, uwagę należy poświęcić stosunkowo często spotykanej praktyce polegającej na tworzeniu regulaminu działalności GKRPA, który stanowi załącznik do zarządzenia powołującego GKRPA. Praktykę tę należy uznać za dopuszczalną,

⁹ Zob. np. zarządzenie nr 4/2011 Wójta Gminy Karnice z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawie powołania członka Gminnej Komisji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, <http://bip.karnice.pl/strony/2171.dhtml> (data dostępu: 15.07.2021).

¹⁰ Zob. np. zarządzenie nr 44 Prezydenta Miasta Torunia z dnia 13 lutego 2019 r. w sprawie powołania Gminnej Komisji Rozwiązywania problemów Alkoholowych, https://bip.torun.pl/files/doc/z_44_2019_01.pdf (data dostępu: 15.07.2021).

¹¹ Tak np. w zarządzeniu nr 192/2015 Burmistrza Miasta Puck z dnia 1 września 2015 r. w sprawie zmiany zarządzenia nr 29/2011 Burmistrza Miasta Puck z dnia 1 marca 2011 r. w sprawie powołania Miejskiej Komisji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych w Pucku, <http://bip.miestopuck.pl/pobierz/1890> (data dostępu: 15.07.2021).

¹² A. Bień-Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Toruń, 2013, s. 208.

gdyż jeżeli wójt jest organem powołującym GKRPA, konstruuje to pewien stosunek zależności między tym organem a GKRPA, tym samym dysponuje on możliwością stworzenia odpowiednich regulacji o charakterze wewnętrznym, które będą obowiązywać członków GKRPA, choć należy w tym miejscu zaznaczyć, że pojawiają się w tym zakresie w doktrynie głosy krytyczne¹³. Negatywnie należy jednakże ocenić przypadki, w których organ wykonawczy w ramach niniejszych regulacji wewnętrznych wkracza w sferę kompetencji rady gminy. W szczególności należy tu wskazać regulaminowe postanowienia dotyczące zasad wynagradzania członków GKRPA, gdyż określenie tych zasad pozostaje w zakresie obowiązków rady gminy, czego dokonuje ona w ramach gminnego programu rozwiązywania problemów alkoholowych. Pomijając oczywiście niedopuszczalność przypadku, w którym to wójt w ramach zarządzenia powołującego GKRPA określa zasady wynagradzania jej członków, negatywnie należy ocenić również przypadki, w których organ wykonawczy co prawda odwołuje się do zasad wynagradzania przyjętych przez radę gminy, jednakże uzależnia w ramach zarządzenia wypłatę wynagrodzenia od obecności na posiedzeniach komisji¹⁴. Takie postanowienie można byłoby uznać za dopuszczalne, o ile znajdowałoby się w stosownej uchwale rady gminy, gdyż ustawodawca wyraźnie wskazał właśnie organ stanowiący jako właściwy do określenia zasad wynagradzania członków GKRPA.

Ustawodawca nie wskazuje również w art. 4¹ u.w.t.p.a. minimalnej bądź maksymalnej liczby członków GKRPA. W piśmiennictwie słusznie zauważa się, że liczba członków danej GKRPA w praktyce zależna jest od wielkości gminy¹⁵. Pewną propozycją *de lege ferenda* mogłoby być wprowadzenie do u.w.t.p.a. rozwiązania na kształt przyjętego w art. 17 u.s.g., który reguluje skład rady gminy w zależności od liczby jej mieszkańców. Mogłoby to zapobiec potencjalnym przypadkom tworzenia dużych pod względem liczebności członków GKRPA, w sytuacji gdy nie jest to w praktyce konieczne. Nie ulega

¹³ Tak np. I. Niżnik-Dobosz, *Art. 4¹ Zadania własne gmin w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych; gminny program profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych; gminne komisje rozwiązywania problemów alkoholowych*, [w:] M. Koszowski, I. Niżnik-Dobosz, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Warszawa 2020, LEX. Autorka wskazuje, że powoływanie GKRPA przez organy wykonawcze gminy nie jest rozwiązaniem prawidłowym, gdyż z regulacji zawartej w art. 4¹ ust. 3 u.w.t.p.a. wynika ustrojowo-organizacyjna zależność pomiędzy organem powołującym a GKRPA. Autorka krytycznie odnosi się również do braku wprowadzenia przez ustawodawcę zasady kadencyjności GKRPA oraz do faktu, że GKRPA opiniują zezwolenia wydawane na podstawie u.w.t.p.a. przez organ je powołujący; proponuje powrót do rozwiązania przyjętego we wcześniejszej wersji u.w.t.p.a., gdzie to rada gminy była organem odpowiedzialnym za powołanie GKRPA.

¹⁴ Zob. np. regulamin działania Gminnej Komisji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych oraz Przeciwdziałania Narkomanii stanowiący załącznik nr 1 do zarządzenia nr OP.0050.94.2020 Wójta Gminy Jabłonna z dnia 29 grudnia 2020 r., <https://bip.malopolska.pl/api/files/2534835> (data dostępu: 15.07.2021).

¹⁵ A. Ziółkowska, A. Gronkiewicz, *Gminne (miejskie) komisje rozwiązywania problemów alkoholowych*, [w:] B. Dolnicki (red.), op. cit.

natomiast wątpliwości, że wśród członków GKRPA, niezależnie od ich liczebności, nie może znajdować się wójt, gdyż doprowadziłoby to do sytuacji, w której ta sama osoba pozostaje jednocześnie organem wydającym decyzje administracyjne w sprawie zezwolenia na sprzedaż alkoholu, a także członkiem organu obligatoryjnie wydającego opinię w przedmiocie udzielenia tego zezwolenia¹⁶. Kwestionować można również charakter takiego powołania, gdyż w praktyce wójt swoim zarządzeniem powoływałby samego siebie jako członka GKRPA.

Pewnym ograniczeniem i jednocześnie wiążącą wytyczną w zakresie powoływania członków GKRPA wprowadzoną przez ustawodawcę jest art. 4¹ ust. 4 u.w.t.p.a., zgodnie z którym w skład gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych wchodzi osoby przeszkolone w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Ustawodawca nie wprowadza żadnych dodatkowych wytycznych co do kwalifikacji potencjalnych członków GKRPA, w szczególności w zakresie wykształcenia, czy odbytych kursów lub szkoleń. Nie ulega jednak wątpliwości, że posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „przeszkolone” oznacza, że członkami GKRPA powinny być osoby, które na dzień powołania legitymują się stosowną wiedzą w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych, a w konsekwencji nie mogą to być osoby, które dopiero rozpoczęły zdobywanie doświadczenia i niezbędnej wiedzy w tym zakresie¹⁷.

Drugim organem kreującym podstawy funkcjonowania GKRPA jest rada gminy. Zgodnie z art. 4¹ ust. 2 u.w.t.p.a. rada gminy obligatoryjnie uchwała corocznie gminny program profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych (dalej jako program). W ramach niniejszego programu rada gminy określa zasady wynagradzania członków GKRPA, stosownie do art. 4¹ ust. 5 u.w.t.p.a.

Program ten mieści się w kategorii tzw. aktów planowania, tj. aktów, których istotą jest określanie zachowań organów administracji publicznej ukierunkowanych na przyszłość¹⁸. W orzecznictwie spotkać się można z ugrunto-

¹⁶ Wyrok NSA z 21 lipca 2010 r., sygn. akt II GSK 705/09, Lex nr 694422.

¹⁷ Problematykę niniejszą porusza W. Maciejko, *Kwalifikacje członka GKRPA*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011, LEX. Autor wskazuje, że rodzajem duże problemy praktyczne jest brak stosownego aktu wykonawczego do u.w.t.p.a., który ustandaryzowałby procedurę przeprowadzania szkoleń kandydatów na członka GKRPA w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Jednocześnie autor podkreśla wartość ramowego programu szkolenia dla gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, opublikowanego przez Państwową Agencję Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, który obecnie stanowi jedyne oficjalne i usystematyzowane źródło wiedzy na temat sposobu przeprowadzania odpowiednich szkoleń. Aktualna wersja ramowego programu szkoleń dostępna jest pod adresem https://www.parpa.pl/images/file/szkolenia_srodek_20.09.pdf (data dostępu: 19.07.2021).

¹⁸ J. Zimmerman, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 152.

wanym stanowiskiem, zgodnie z którym akt ten nie posiada przymiotu aktu prawa miejscowego i stanowi jedynie akt prawa wewnętrznego¹⁹.

Mimo braku posiadania przez program waloru prawa miejscowego, a w konsekwencji uznania go przez ustawodawcę za tzw. uchwałę zwykłą²⁰, w dalszym ciągu musi on spełniać kryterium zgodności z prawem. Należy stwierdzić, że ustawodawca pozostawił radzie gminy znaczną swobodę w zakresie kształtowania programu, co każdorazowo w takich przypadkach wiąże się z ryzykiem podejmowania przez organy stanowiące uchwał niespełniających przywołanego wyżej kryterium²¹.

Organy stanowiące przyjmują jednakże również i trafne rozwiązania, wykazując się przy tym inicjatywą, poprzez wyjście w ramach postanowień programu poza określony w art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. katalog działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych. W szczególności w orzecznictwie za dopuszczalne uznaje się wprowadzenie do programu zadania polegającego na szkoleniu sprzedawców napojów alkoholowych²². Powyższe wskazuje, że rada gminy posiada możliwość istotnego wpływania na zakres działań, do podejmowania których będzie zobowiązana GKRPA, gdyż katalog działań wskazany w wyżej wymienionym przepisie ma charakter katalogu otwartego. Tym samym rada gminy posiada kompetencję do tworzenia w ramach programu zadań niewymienionych w przedmiotowym katalogu, o ile mieszczą się one w zakresie prowadzenia działań związanych z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych. W konsekwencji, stosownie do regulacji zawartej w art. 4¹ ust. 3 u.w.t.p.a., GKRPA będzie obowiązana do inicjowania działań w zakresie określonym w programie.

Uwagi wymaga również wyodrębniony w ramach art. 4¹ ust. 5 u.w.t.p.a. element programu, tj. zasady wynagradzania członków GKRPA. Przede wszystkim należy podkreślić, że określenie tych zasad w programie ma charakter obligatoryjny, gdyż ustawodawca posługuje się zwrotem „rada gminy określa”. Obligatoryjność niniejszego elementu podkreślają również organy nadzoru²³. W orzecznictwie wskazuje się również, że odróżnienia wymaga pojęcie „wynagrodzenia” od pojęcia „zasad wynagradzania”. Jeżeli ustawodawca zdecydował

¹⁹ Zob. np. wyrok NSA z 4 grudnia 1997 r., sygn. akt II SA/Wr 535/97, Lex nr 577936; wyrok WSA w Gdańsku z 9 lipca 2020 r., sygn. akt III SA/Gd 328/20, Lex nr 3038863; Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Świętokrzyskiego z 9 kwietnia 2009 r., NK.I-0911/50/2009, Lex nr 585549.

²⁰ J. Czerw, *Procedury podejmowania uchwał przez radę gminy i powiatu. Poradnik dla praktyków*, Warszawa 2010, s.17.

²¹ Analizy w tym zakresie dokonali R. Hauser i M. Szustkiewicz, weryfikując losowo wybrane uchwały rad gmin w sprawie przyjęcia programu: R. Hauser, M. Szustkiewicz, *Racjonalność i skuteczność planowania na przykładzie gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 3, Legalis.

²² Zob. wyrok NSA z 21 grudnia 2010 r., sygn. akt II GSK 1070/09, Lex nr 746058; wyrok WSA w Lublinie z 12 maja 2011 r., sygn. akt III SA/Lu 52/11, Lex nr 933551.

²³ Zob. np. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Opolskiego z 30 marca 2012 r., NK.III.4131.1.26.2012.IM, Lex nr 1215327.

się na posłużenie tym drugim pojęciem, to nie istnieją podstawy do odwoływania się do pojęcia wynagrodzenia w myśl regulacji zawartych w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy²⁴, zatem nie ma przeszkód, by w ramach owych zasad wynagradzania określić np. zwrot kosztów odbycia podróży służbowej dla członka GKRPA²⁵.

Należy więc stwierdzić, że zarówno stanowiący, jak i wykonawczy organ gminy posiada rozbudowane kompetencje dotyczące kształtowania wewnętrznej organizacji GKRPA, a także trybu oraz zakresu jej działania. W kontekście wynagrodzenia członków GKRPA wydaje się, że należy się zgodzić z wyrażonym w doktrynie stanowiskiem, iż brak uregulowania niniejszej kwestii w ramach aktu nieposiadającego waloru prawa miejscowego może budzić pewne wątpliwości co do stabilności statusu członka GKRPA²⁶. Akt prawa miejscowego podlega rygorystycznej procedurze kontrolnej, co w konsekwencji umocniłoby pozycję osoby sprawującej niniejszą funkcję.

Charakter prawny gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych

Jak zostało wspomniane wcześniej, GKRPA jest przejawem wprowadzenia tzw. czynnika społecznego w zakresie problematyki przeciwdziałania alkoholizmowi. Odpowiedź na pytanie, jaki charakter prawny posiada GKRPA, nie jest zadaniem łatwym. W doktrynie funkcjonują różne stanowiska co do jej charakteru prawnego.

Już sama nazwa wskazuje, że GKRPA jest komisją wykonującą ciążące na niej zadania z zakresu przeciwdziałania alkoholizmowi na obszarze danej gminy. Nie jest to wszakże jedyna komisja funkcjonująca w ramach niniejszej jednostki samorządu terytorialnego, gdyż w ramach każdej gminy, stosownie do art. 18a u.s.g., obowiązkowo powoływana jest komisja rewizyjna, opiniująca wykonanie budżetu gminy i występująca z wnioskiem do rady gminy w sprawie udzielenia bądź nieudzielenia absolutorium wójtowi. Należy jednakże zauważyć, że niniejsza komisja, podobnie jak obligatoryjnie powoływana na podstawie art. 18b u.s.g. komisja skarg, wniosków i petycji, jest wewnętrznym organem rady gminy, w którego skład wchodzi radni. W doktrynie został wyrażony pogląd, że co do zasady orzecznictwo stoi na stanowisku, iż nie jest dopuszczalne powoływanie innych organów wewnętrznych niż te wskazane w u.s.g. (tj. przewodniczącego rady gminy oraz komisji), choć można spotkać się również z orzeczeniami, w ramach których sądy administracyjne

²⁴ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.

²⁵ Wyrok NSA z 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2108/15, Lex nr 2299067.

²⁶ W. Maciejko, *Wynagrodzenie członka GKRPA*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, op. cit.

dopuszczają możliwość tworzenia tzw. pomocniczych organów wewnętrznych rady gminy²⁷. Odnosząc się do statusu GKRPA w kontekście powyższych rozważań, w orzecznictwie odrzucony został pogląd o traktowaniu jej jako organu gminy²⁸. Wydaje się, że tym bardziej nie należy również traktować jej jako pomocniczego organu wewnętrznego rady gminy. Pogląd ten nie jest możliwy do obrony w momencie skonfrontowania go z aktualną procedurą powoływania członków GKRPA, co czyni wójt. Należy przyjąć, że nie byłoby również możliwe traktowanie GKRPA jako wewnętrznego pomocniczego organu rady gminy w świetle postanowień u.w.t.p.a. przed nowelizacjami, tj. gdy była ona powoływana przez radę gminy. Mając na uwadze domniemanie racjonalności ustawodawcy, warto zwrócić uwagę, że nie bez powodu wyodrębnił GKRPA w ramach odrębnej ustawy odnoszącej się ściśle do problematyki przeciwdziałania alkoholizmowi (a nie np. w u.s.g.) i sam fakt powoływania jej w ramach obowiązujących wcześniej regulacji przez radę gminy nie stanowi należytego usprawiedliwienia poglądu, że pozostaje ona jej pomocniczym organem wewnętrznym.

Problem z określeniem charakteru prawnego GKRPA jest możliwy do zauważenia również w ramach poszczególnych GKRPA. Na stronach Biuletynu Informacji Publicznej poszczególnych urzędów gmin/miast można dostrzec, że osoby odpowiedzialne za treść informacji zamieszczonych na stronach internetowych unikają posługiwaniem się pojęciem „organ”. Wyjątkiem w tym zakresie pozostaje Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych w Gdyni, która została określona jako organ podejmujący czynności zmierzające do orzeczenia o zastosowaniu wobec osoby uzależnionej od alkoholu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie leczenia odwykowego²⁹. W kontekście powyższego powstaje pytanie: czy można uznać GKRPA za organ administracji publicznej?

Trudno jednoznacznie zdefiniować pojęcie „organ administracji publicznej”. W doktrynie wskazuje się raczej na pewne elementy składowe (cechy), które występujące wspólnie pozwalają stwierdzić, czy dany podmiot należy uznać za organ administracji publicznej. Wymienia się w ramach niniejszego wyodrębnienie organizacyjne oraz możliwość władczego działania w zakresie przysługujących danemu organowi kompetencji³⁰. W kontekście powyższego ujęcia łatwo wyróżnić organy administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym (np. ministr lub organy jednostek samorządu terytorialnego), do których odnosi

²⁷ Z. Bukowski, *Organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Z. Bukowski, T. Jędrzejewski, P. Rączka, *Ustrój samorządu terytorialnego*, Toruń 2013, s. 191–192.

²⁸ Zob. postanowienie WSA w Białymstoku z 14 maja 2009 r., sygn. akt II SAB/Bk 2/09, Lex nr 626012.

²⁹ Zob. Biuletyn Informacji Publicznej Urzędu Miasta Gdyni, <https://bip.um.gdynia.pl/komisje,312/gminna-komisja-rozwiazywania-problemow-alkoholowych,406074> (data dostępu: 20.07.2021).

³⁰ J. Zimmermann, op. cit., s. 183; E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Toruń, 2018, s. 246–247.

się Kodeks postępowania administracyjnego³¹ (dalej jako k.p.a.) w art. 1 pkt 1. Należy jednakże również pamiętać o organach administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym, o których mowa w art. 1 pkt 2 k.p.a., tj. podmiotach niepozostających w istocie organami administracji publicznej, ale posiadającymi należyte podstawy prawne do prowadzenia postępowania administracyjnego i załatwiania spraw w formie decyzji administracyjnej, gdy są do tego powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień³².

W kontekście powyższych rozważań w doktrynie zostało wyrażone stanowisko, w ramach którego przyjęto, że GKRPA należy do szeroko rozumianych organów władzy publicznej, a także że wykonuje zadania z zakresu administracji publicznej, przy czym czynności podejmowane przez GKRPA w ramach wykonywania tych zadań w postaci skierowania osoby na badanie przez biegłego w przedmiocie stwierdzenia uzależnienia od alkoholu nie zostały uznane za akty lub czynności z zakresu administracji publicznej, które dotyczą uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa³³. Należy zgodzić się, że powyższe czynności nie mają w istocie niniejszego charakteru, przy czym wydaje się, iż ten konkretny zakres czynności, jakim jest skierowanie osoby na badanie przez biegłego, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy GKRPA jest organem władzy publicznej. Należy zwrócić uwagę, że trudno dostrzec we wskazanym zakresie władczy charakter niniejszych działań. Osoba, która nie stawia się na badanie przez biegłego, może zostać przymusowo doprowadzona na badanie przez biegłego i skierowana na przymusowe leczenie, jednakże obowiązek taki może orzec jedynie właściwy sąd. Uprawnienia GKRPA w zakresie przymusowego leczenia odwykowego ograniczają się jedynie do złożenia stosownego wniosku o przymusowe leczenie, czemu również nie sposób przypisać władczego charakteru.

Dotychczasowe rozważania wskazują, że GKRPA powinna raczej być traktowana wyłącznie jako podmiot o charakterze społecznym, spełniającym funkcje pomocnicze i doradcze, co wynika z braku władczego charakteru podejmowanych przez nią działań. Wydaje się jednak, że w przypadku konkretnego działania podejmowanego przez GKRPA jest możliwe stwierdzenie, iż działa ona jako organ władzy publicznej. Chodzi w tym wypadku o regulację zawartą w art. 18 ust. 3a. u.w.t.p.a.

Organ odpowiedzialny za wydawanie zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych może wydać takie zezwolenie jedynie po uzyskaniu pozytywnej opinii GKRPA o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1–3 u.w.t.p.a. W konsekwencji przyjęcia

³¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 735 ze zm.

³² A. Majewska, *Zakres obowiązywania zasad ogólnych postępowania administracyjnego*, „Studia Iuridica Lubliniensia” 2016, vol. XXV, nr 4, s. 149.

³³ D. Lebowa, *Postępowanie w przedmiocie skierowania na badanie przez biegłego*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, op. cit.

takiego kształtu niniejszej regulacji w tym wypadku nie ujawnia się co zasady niewiążący charakter opinii. Okazuje się, że opinia ta stanowi ustawową przesłankę warunkującą wydanie zezwolenia, gdyż organ zezwalający nie może wydać pozytywnej decyzji o zezwoleniu na sprzedaż napojów alkoholowych, jeżeli w przedmiotowej sprawie opinia wydana przez GKRPA ma charakter negatywny³⁴. Warto pokreślić również, że postępowanie w przedmiocie wydania zezwolenia toczy się w oparciu o art. 106 k.p.a., dotyczący współdziałania organów przy wydawaniu decyzji administracyjnej. Zgodnie z niniejszą regulacją jeżeli przepis prawa uzależnia wydanie decyzji od zajęcia stanowiska przez inny organ (wyrażenia opinii lub zgody albo wyrażenia stanowiska w innej formie), decyzję wydaje się po zajęciu stanowiska przez ten organ. Zgodnie z art. 106 § 5 k.p.a. zajęcie stanowiska przez ten organ następuje w drodze postanowienia, na które służy stronie zażalenie. Oznacza to, że opinia wydawana przez GKRPA przyjmuje formę postanowienia. Wydaje się, że w procedurze wydawania owego postanowienia należy upatrywać władczy charakter, a w konsekwencji, w ramach podejmowania niniejszych działań, można uznać GKRPA za organ administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym. Niewątpliwie jest to podmiot wyodrębniony organizacyjnie, który realizuje zadania z zakresu administracji publicznej w ramach przyznanych mu kompetencji. Nie zawsze jednak można przypisać działaniom podejmowanym przez GKRPA w ramach realizacji tych zadań władczy charakter, w związku z czym przyjąć należy, że tylko w konkretnych sytuacjach działa jako organ administracji publicznej, zaś w pozostałym zakresie podejmuje pomocniczo-doradcze działania jako instytucja o charakterze społecznym, powoływana przez wykonawczy organ gminy. W konsekwencji, GKRPA należy uznać za podmiot o niejednorodnym charakterze, który jest zmienny w zależności od rodzaju podejmowanych działań.

Podsumowanie

Na podstawie przeprowadzonej analizy przepisów dotyczących GKRPA zawartych w ramach u.w.t.p.a., zasadne wydaje się stwierdzenie, że regulacja ta ma charakter niezbyt rozbudowanej i niepozbawionej wad, co stanowi źródło wielu wątpliwości i problemów praktycznych. Jak zostało wskazane, w doktrynie wyrażane są liczne wątpliwości co do obecnego kształtu niniejszej regulacji, w szczególności w zakresie procedury powoływania członków GKRPA i zasad ich wynagradzania. *De lege ferenda* postulować można ewentualny powrót do wcześniejszych rozwiązań, tj. do powoływania członków GKRPA przez radę gminy, pozostającą kolegialnym organem gminy, który – jak może

³⁴ Wyrok WSA w Szczecinie z 10 marca 2021 r., sygn. akt I SA/Sz 60/21, Lex nr 3157785.

się wydawać – dysponowałby większymi uprawnieniami kontrolnymi wobec GKRPA w porównaniu do wójta (ponadto wyeliminowany zostałby w ten sposób problem opiniowania przez GKRPA możliwości wydania zezwolenia przez organ powołujący jej członków). Zdecydowanie postulować należy wprowadzenie do art. 4¹ u.w.t.p.a. postanowień dotyczących określania maksymalnej liczby członków GKRPA. Wydaje się, że trafnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do u.w.t.p.a. upoważnienia ustawowego do wydania stosownego aktu wykonawczego, który wprowadziłby ustandaryzowane zasady przeprowadzania szkoleń kandydatów na członków GKRPA. Wskazane powyżej postulaty wydają się tym bardziej zasadne w obliczu analizy wybranych aktów kształtujących organizację i strukturę GKRPA, wydanych przez właściwe organy wykonawcze gminy. Brak należytego uszczegółowienia powyższych kwestii w samej u.w.t.p.a. bądź w formie wydanego na jej podstawie aktu wykonawczego skutkuje tworzeniem przez organy wykonawcze aktów cechujących się sporą dozą swobody w zakresie przyjmowanych przez dany organ regulacji, co niekiedy kończy się powstaniem aktu pozostającego w sprzeczności z regulacją ustawową. Należy zgodzić się również z negatywnymi wypowiedziami doktryny o nieprzyznaniu przez ustawodawcę gminnemu programowi profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych statusu aktu prawa miejscowego. Akt ten stanowi istotną regulację określającą zadania GKRPA, lecz dotyczy również bezpośrednio samych jej członków poprzez obligatoryjne określanie w nim zasad ich wynagradzania. Ponadto skutkowałoby to koniecznością poddania niniejszego aktu ściślejszej procedurze kontrolnej, przewidzianej dla aktów posiadających walor prawa miejscowego.

Wykaz literatury

- Bień-Kacała A., *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Wyd. Nauk. UMK, Toruń 2013.
- Bukowski Z., *Organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Z. Bukowski, T. Jędrzejewski, P. Rączka, *Ustrój samorządu terytorialnego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2013.
- Czerw J., *Procedury podejmowania uchwał przez radę gminy i powiatu. Poradnik dla praktyków*, Municipium SA, Warszawa 2010.
- Gronkiewicz A., Ziółkowska A., *Gminne (miejskie) komisje rozwiązywania problemów alkoholowych*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2014, Lex.
- Gronkiewicz A., Ziółkowska A., *Rady zespoły, komisje – wybrane przykłady i charakterystyka*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2014, LEX.
- Hauser R., Szustkiewicz M., *Racjonalność i skuteczność planowania na przykładzie gminnego programu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 3, Legalis.

- Lebowa D., *Postępowanie w przedmiocie skierowania na badanie przez biegłego*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011, Lex.
- Maciejko W., *Kwalifikacje członka GKRPA*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011, Lex.
- Maciejko W., *Wynagrodzenie członka GKRPA*, [w:] W. Maciejko, D. Lebowa, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011, Lex.
- Majewska A., *Zakres obowiązywania zasad ogólnych postępowania administracyjnego*, „*Studia Iuridica Lubliniensia*” 2016, vol. XXV, nr 4.
- Niżnik-Dobosz I., *Art. 4¹ Zadania własne gmin w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych; gminny program profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych; gminne komisje rozwiązywania problemów alkoholowych*, [w:] M. Koszowski, I. Niżnik-Dobosz, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2018.
- Zimmerman J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

Summary

Legal character and legal foundations of commune commissions for solving alcohol-related problems

Keywords: administrative law, counteracting alcoholism, municipal commission for solving alcohol-related problems, acts of local law, public administration body.

The article addresses the problematic issue of the legal nature of commune commissions for solving alcohol-related problems. The statutory regulation relating to the status of these commissions was discussed, as well as the doctrine and judicature positions expressed so far in this subject. The article aims to characterize the acts which are the basis for the functioning of the commission, as well as to define their legal nature.

As part of the article, an analysis was made of acts taken by commune heads (mayors, city presidents) and commune councils, which constitute the basis for the functioning of the commission, based on examples of acts taken by specific commune authorities. The legal nature of the commission was also analyzed, referring to the concepts of internal organs of the commune council and the concept of a public administration body. As part of the conclusion, *de lege ferenda* conclusions were formulated based on the assessment of the current regulation contained in the Act of October 26, 1982, on Upbringing in Sobriety and Counteracting Alcoholism.

There are quite large discrepancies between the individual acts of the commune authorities that affect the status and functioning of the commissions. Ultimately, the analysis of the aforementioned Act and the implementing acts issued on its basis indicates the inconsistent nature of the commission itself, as well as the actions were taken by it.

Michał Kurowski

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0003-1547-2927

MKurowski@wpia.uni.lodz.pl

Brak skargi uprawnionego oskarżyciela a konstrukcja konsumpcji skargi publicznej w zakresie postępowania przygotowawczego, którego wszczęcia odmówiono

Istota różnorodnych układów procesowych, związana z wielopłaszczyznową możliwością działania określonych podmiotów, może wywoływać różne skutki procesowe. Spośród wielu problemów teoretycznych i praktycznych, szczególnego znaczenia nabiera dopuszczalność prowadzenia postępowania na różnych etapach postępowania karnego, w sytuacji ustalenia istnienia negatywnej przesłanki procesowej lub braku przesłanki pozytywnej¹. Problematyka ta jawi się szczególnie ciekawie w sytuacji rozważania zaistnienia zbiegu przesłanki braku skargi oskarżyciela publicznego z konstrukcją konsumpcji skargi publicznej. Nie można nie zauważyć, że zagadnienia te silnie wiążą się z tożsamością czynu oraz przedmiotem procesu. Celem niniejszego opracowania nie jest jednak przedstawianie wszelkich rozwiązań związanych z wymienionymi instytucjami, ale skoncentrowanie się na wpływie decyzji o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego na możliwość wystąpienia jednej z wymienionych przesłanek procesowych. W takim ujęciu zasadniczym problemem, jaki pojawia się, jest konieczność ustalenia, czy w sytuacji wniesienia aktu oskarżenia, po uprzedniej decyzji o odmowie jego wszczęcia (bez podjęcia

¹ Przesłanki procesowe pomimo regulacji o charakterze negatywnym w Kodeksie (art. 17 k.p.k. postępowania nie wszczyna się lub umarza...) nie mogą być jednak kojarzone z punktu widzenia teoretycznego jako mające jednolity charakter. Słusznie w piśmiennictwie: S. Steinborn, [w:] P. Hofmański, M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), *Dopuszczalność procesu*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 4, Warszawa 2015, s. 86–87, wskazuje się, że nie redakcja językowa ustawy decyduje o charakterze danej przesłanki. Przyjmując, że przesłanki pozytywne wyrażają pewną regułę, prawidłowość, zaś przesłanek wyjątek, logiczną konsekwencją jest postawienie tezy, iż przesłanki pozytywne to te, które muszą zachodzić łącznie, aby proces karny był dopuszczalny, zaś negatywne, to te, w przypadku których wystąpienie choćby jednej powoduje niedopuszczalność postępowania.

postępowania na nowo – art. 327 § 1 k.p.k.), zachodzi negatywna przesłanka procesowa w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.) lub konsumpcji skargi publicznej (art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.), ich zbieg czy też postępowanie karne może być kontynuowane. Dla możliwości prawidłowego ustalenia tych zależności niezbędne jest ustalenie zakresów wymienionych przesłanek procesowych oraz rozwiązań ustawowych związanych z instytucją podjęcia postępowania na nowo. Wskazać należy, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego² pojawiło się stanowisko, zgodnie z którym prowadzenie postępowania przygotowawczego, którego wszczęcia uprzednio odmówiono, nie wymaga wydania przez prokuratora postanowienia o podjęciu na nowo tego postępowania. Przedstawiona teza zdaje się wskazywać na to, że brak następczego działania w postaci podjęcia postępowania nie wywołuje negatywnych skutków dla bytu postępowania w postaci negatywnej przesłanki procesowej braku skargi uprawnionego oskarżyciela lub konsumpcji skargi publicznej. Powołane orzeczenie *de facto* jako pierwsze odnosi się do wskazanej problematyki.

W klasycznym ujęciu dla powstania negatywnej przesłanki procesowej konsumpcji skargi publicznej³ niezbędne jest wydanie przez prokuratora postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego. Pierwsza odmiana tej instytucji została przedstawiona przez Tomasza Grzegorzczuka⁴ i koncentrowała się na niemożności wniesienia w takiej sytuacji aktu oskarżenia. W takim ujęciu, co do zasady, powstaje negatywna, ale względna przesłanka procesowa. Jednocześnie możliwe było odzyskanie prawa do oskarżania przez odpowiednie instytucje prawa karnego procesowego, a mianowicie przez zastosowanie konstrukcji podjęcia na nowo lub wznowienia postępowania (art. 327 k.p.k.) albo uchylenia przez Prokuratora Generalnego zapadłej decyzji procesowej (art. 328 k.p.k.). Druga rodzajowo konstrukcja wiąże się z zaskarżeniem postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego wyłącznie na korzyść podejrzanego. Zakaz *reformationis in peius*⁵ niewątpliwie do-

² Wyrok z 17 czerwca 2021 r., sygn. akt IV KK 633/19.

³ Z punktu widzenia określonej tematyki autor pomija rozważania odnoszące się do sytuacji cofnięcia aktu oskarżenia, które to skuteczne cofnięcie oskarżenia, w sytuacji ponownej próby zainicjowania postępowania, prowadzić będzie do pojawienia się negatywnej przesłanki procesowej w postaci konsumpcji skargi publicznej – por. M. Kurowski, *Rezygnacja z oskarżania w toku postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019, s. 94–96.

⁴ T. Grzegorzczuk, *Wygaśnięcie prawa do oskarżania*, „Problemy Praworządności” 1980, nr 2.

⁵ W znacznym uproszczeniu zakaz *reformationis in peius* występuje w dwóch postaciach: zakazu bezpośredniego związanego z orzeczeniami podejmowanymi przez organ odwoławczy *ad quem*, a uniemożliwiający zmianę orzeczenia przez orzekającego na niekorzyść, oraz pośredniego zakazu orzekania na niekorzyść przez organ orzekający ponownie w danej sprawie po uchyleniu orzeczenia – zob. Z. Doda, *Zakaz reformationis in peius w świetle nowego Kodeksu postępowania karnego*, [w:] E. Skrętowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, seria: Nowa Kodyfikacja Karna, Warszawa 1997, s. 220; S. Zabłocki, *O niektórych zmianach wprowadzonych przez nowy kodeks postępowania karnego w zakresie postępowania odwoławczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 19–20.

tyczy nie tylko postępowania sądowego, ale i postępowania przygotowawczego. We wspomnianej kwestii stanowisko zajął Sąd Najwyższy, który w uchwale z 26 września 2002 r.⁶ wyraził pogląd, że w wypadku wniesienia przez prokuratora aktu oskarżenia, mimo że ze względu na zakaz *reformationis in peius* dochodzenie powinno być umorzone, postępowanie sądowe ulega umorzeniu na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Sytuacja taka nie jest identyczna z podstawową konstrukcją konsumpcji skargi publicznej, ale stanowi zbliżone do niej rozwiązanie. Podstawową różnicę między nimi stanowi bowiem niemożność uchylenia własnym działaniem wcześniejszej decyzji.

Brak skargi uprawnionego oskarżyciela jest przeszkodą procesową etapową, która odnosi się jedynie do postępowania jurysdykcyjnego, a nie postępowania przygotowawczego. Przesłanka ta jest związana z zasadą skargowości, zgodnie z którą proces może inicjować jedynie skarga pochodząca od uprawnionego oskarżyciela⁷. W literaturze przedmiotu⁸ przyjmuje się, że przedmiotowa okoliczność zachodzi, gdy:

- 1) brak jest w ogóle skargi pozwalającej sądowi orzekać w określonym przedmiocie, choć Kodeks postępowania karnego jej wymaga;
- 2) skargę wniósł podmiot nieuprawniony do oskarżania w sprawie o przestępstwo, którego ona dotyczy;
- 3) skargę wniósł podmiot uprawniony, ale nieskutecznie;
- 4) podmiot, który wniósł skargę, utracił status uprawnionego oskarżyciela w toku procesu lub zmarł;
- 5) oskarżyciel odstąpił od oskarżenia w sposób wiążący sąd;
- 6) sąd orzeka poza granicami skargi uprawnionego oskarżyciela, a więc nie zachowując wymogu tożsamości czynu zarzucanego z czynem, co do którego orzekł.

Dokonując analizy wskazanych dwóch przesłanek – z punktu widzenia zakresu ich działania, w zestawieniu z problematyką kontynuowania postępowania, mimo istnienia decyzji o odmowie jego wszczęcia – można wstępnie stwierdzić, że powstaje wątpliwość co do ewentualnego krzyżowania się ich zakresów w sytuacji, gdy skargę wniósł podmiot uprawniony do oskarżania, ale nie w konkretnej sprawie. Słusznie T. Grzegorzczuk⁹ wskazuje, że jednocześnie w sytuacji, w której nastąpiła konsumpcja skargi, niewątpliwie dochodzi do sytuacji, w której podmiot uprawniony generalnie do oskarżania (w ramach danej kategorii spraw) wniósł skargę w sprawie, w której *in concreto* pozbawił się prawa oskarżania. Zdaniem tego autora jednak podstawą decyzji o umorzeniu winna być inna okoliczność wskazana w art. 17 § 1

⁶ I KZP 23/02, OSNKW 2002, nr 1–12, poz. 98.

⁷ M. Kurowski, [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2020, s. 159

⁸ T. Grzegorzczuk, [w:] P. Hofmański, M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), op. cit., s. 373.

⁹ Ibidem, s. 376–378.

pkt 11 k.p.k., którą jest konsumpcja skargi publicznej. Pogląd ten należy podzielić, w szczególności, wskazując że pierwotnym uchybieniem był brak decyzji o wzruszeniu orzeczenia o zaniechaniu ścigania pomimo istnienia podstawy prawnej i faktycznej do takiego działania. Następczo dopiero powstała okoliczność odnosząca się do skargi. Co więcej, jak się wydaje, aby można było oceniać prawidłowość podmiotu występującego ze skargą, musi istnieć możliwość skutecznego jej wniesienia. W niniejszym układzie procesowym, z uwagi na pierwotny brak działania, nie istnieje taka możliwość. Wydaje się zatem, że wskazane argumenty przemawiają za prawidłowością przyjęcia jako podstawy decyzji art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.¹⁰

Podniesione powyżej okoliczności powodują zasadność ograniczenia rozważań do konstrukcji konsumpcji skargi publicznej jako jedynej możliwej negatywnej przesłanki procesowej w takiej sytuacji. Nie sposób jednak nie zauważyć, że wskazana przesłanka w teorii łączona jest z decyzją o zaniechaniu ścigania, która przybiera postać postanowienia o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia, a nie odmową wszczęcia postępowania przygotowawczego. Rozważenia w tym zakresie wymaga zatem, czy skutek w postaci powstania wskazanej przesłanki nastąpi również w tym drugim układzie procesowym. Dla rozstrzygnięcia powyższego zagadnienia należy nie tylko wykazać, czy istnieją instrumenty umożliwiające odzyskanie prawa do skargi, ale również jaki jest stosunek postępowania sprawdzającego do postępowania przygotowawczego oraz charakter rodzajowy rozstrzygnięcia o zaniechaniu ścigania.

Możliwość podjęcia na nowo umorzonego śledztwa lub dochodzenia (bez znaczenie jaka była forma postępowania) przewidziana została w art. 327 § 1 k.p.k. Obecne uregulowanie znacząco zostało zawężone w zakresie możliwości podejmowania postępowania niż znane k.p.k. z 1969 r., kiedy to ustawodawca posługiwał się pojęciem „przesłuchania w charakterze podejrzanego”¹¹. W aktualnym stanie prawnym ustawodawca zdefiniował omawianą instytucję poprzez zawężenie jej działania i wyłączenie możliwości sięgania po nią w sytuacji, gdyby podjęte postępowanie miało toczyć się przeciw osobie, która w poprzednim postępowaniu występowała w charakterze podejrzanego. Oczywiście jest, że z racji zakresu czynności, które mogą być podjęte w ramach postępowania sprawdzającego, można co do zasady wyprowadzić twierdzenie, że zdanie drugie art. 327 k.p.k., nakazujące odpowiednie stosowanie tej instytucji do decyzji o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, sprawia, że

¹⁰ W przypadku zbiegu przesłanek jednorodzących – formalnych, zgodnie z regułą „maksymalnej zasadności decyzji procesowej”, podstawę umorzenia powinny stanowić wszystkie ujawnione okoliczności – M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 453; idem, *Zbieg warunków negatywnych w postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1958, nr 9, s. 31–35. W ocenie autora niniejszej publikacji w przypadku omawianym nie zachodzi jednak zbieg przesłanek, bowiem – jak wykazano – przesłanka z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w takim układzie procesowym nie zachodzi.

¹¹ A Gaberle, *Umorzenie postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 182.

zawsze spełniony jest powyższy warunek¹². Odpowiednie stosowanie oznacza konieczność zaakceptowania twierdzenia, że analogicznie jak podjęcie postępowania umorzonego omawiana decyzja nie została przez ustawę ograniczona dodatkowymi terminami, co powoduje, iż niedopuszczalność tego zabiegu wywołuje dopiero przedawnienie karalności¹³. Podobnie jak na gruncie podjęcia umorzonego postępowania nie funkcjonują stypizowane okoliczności uzasadniające podjęcie wskazanej decyzji. Skoro w piśmiennictwie przyjmuje się, że warunkiem do wydania postanowienia o podjęciu na nowo umorzonego postępowania jest istnienie podstawy faktycznej, a więc takich uwarunkowań, które umożliwią stwierdzenie znamion przestępstwa, wykrycie sprawcy¹⁴, a w konsekwencji doprowadzą do wniesienia aktu oskarżenia lub wniosku o warunkowe umorzenie postępowania¹⁵, to odpowiednie stosowanie tej normy w zakresie decyzji o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia będzie oznaczało konieczność ustalenia istnienia podstaw do podjęcia dodatkowych czynności sprawdzających lub wydania postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego. Organem uprawnionym do podjęcia postępowania na nowo jest prokurator, który wydał lub zatwierdził postanowienie o umorzeniu postępowania. Decyzja o podjęciu postępowania zapada w formie postanowienia. Jest to orzeczenie niezaskarżalne¹⁶. Zgodnie z § 256 ust 2 regulaminu prokuratorskiego o podjęciu na nowo i o wznowieniu umorzonego postępowania oraz podjęciu postępowania sprawdzającego zawiadamia się pokrzywdzonego oraz instytucję państwową, samorządową lub społeczną, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie, a o wznowieniu – również podejrzanego. Wymóg zawiadomienia o treści podjętego postanowienia, a nie przysyłania odpisu postanowienia, wynika wprost z treści art. 100 § 2 k.p.k.

Przedstawione rozważania na temat możliwości zastosowania odpowiednio instytucji podjęcia umorzonego postępowania do decyzji o odmowie jego wszczęcia wskazują, że istnieje instrument prawny pozwalający powrócić do

¹² Autor całkowicie pomija problematykę związaną z zakresem ewentualnego podjętego postępowania, a związanego z oznaczeniem osoby, przeciwko której będzie się ono następnie toczyło, gdyż nie ma znaczenia dla prowadzonych rozważań. Szerzej w tym zakresie zob. np. A. Kaftal, *Kontrola prawomocnych orzeczeń w postępowaniu przygotowawczym*, „Problemy Praworządności” 1971, nr 5, s. 13; E. Gutkowska, *Problematyka ponownego wszczęcia umorzonego postępowania przygotowawczego*, „Problemy Prawa” 1977, nr 7–8, s. 17–35.

¹³ B. Szyrowski, *Kontrola prawomocnych orzeczeń wydanych w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9, s. 16.

¹⁴ R.A. Stefański, [w:] J. Bratoszewski i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, s. 471; B. Szyrowski, op. cit., s. 16; F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 53.

¹⁵ Z. Młynarczyk, *Nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym. Akt oskarżenia*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 10, s. 106; J. Tylman, [w:] P. Hofmański, R. A. Stefański (red.), *Postępowanie przygotowawcze w procesie karnym*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 10, Warszawa 2016, s. 82.

¹⁶ R.M. Rogalski, *Podjęcie i wznowienie postępowania przygotowawczego*, [w:] P. Hofmański (red.), R. A. Stefański (red.), op. cit.

czynności sprawdzających. Nie przesądza to jednakże automatycznie o konieczności rozciągnięcia zakresu działania przesłanki konsumpcji skargi publicznej również na takie stany faktyczne.

Należy zauważyć, że odmiennie do rozumienia pojęcia „odpowiednio” podszedł Sąd Najwyższy na gruncie powołanego orzeczenia (wyrok z 17 czerwca 2021 r., IV KK 633/19). Zdaniem wskazanego odpowiednie stosowanie art. 327 § 1 k.p.k. do spraw, w których odmówiono wszczęcia postępowania przygotowawczego, sprowadza się jedynie do podjęcia czynności sprawdzających, a nie do wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, jako że nie można podjąć postępowania karnego, które się nie toczy; można jedynie ponownie przeprowadzić w sprawie czynności sprawdzające. Głównymi argumentami, które doprowadziły do wskazanej tezy, było przyjęcie, że: postępowanie sprawdzające nie rozstrzyga o przedmiocie procesu, gdyż ten istnieje dopiero od chwili wszczęcia postępowania, a zatem postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego nie rozstrzyga o przedmiocie procesu; podjęcie postępowania sprawdzającego nie może być warunkiem dopuszczalności wydania postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego, gdyż służy wyłącznie potrzebie uzupełnienia postępowania sprawdzającego w sytuacji, gdy jednocześnie brak jest podstaw do niezwłocznego wszczęcia śledztwa lub dochodzenia; decyzja o odmowie podjęcia podejmowana jest przez kierownika jednostki i przyjmuje postać pisma.

Wskazane interpretacje nie pozostają ze sobą w sprzeczności. W powołanym orzeczeniu co do zasady bowiem nie wykluczono możliwości podejmowania dalszych czynności sprawdzających. W obu interpretacjach nie zakwestionowano konieczności zachowania formy postanowienia dla podjęcia decyzji oraz faktu, że czynność tę dokonuje prokurator.

Podstawowym założeniem jest przyjęcie, że przedmiot procesu¹⁷ powstaje dopiero po wszczęciu postępowania przygotowawczego. Kluczowe dla niniejszych rozważań jest przyjęcie, że postępowanie sprawdzające nie stanowi postępowania przygotowawczego.¹⁸ Jakkolwiek jest ono niewątpliwie pierwszym chronologicznie etapem, na którym możemy stwierdzić występowanie przesłanek

¹⁷ Rozumiany jako kwestia odpowiedzialności karnej określonej osoby ściganej za zarzucone jej przestępstwo – M. Cieślak, *O pojęciu przedmiotu procesu karnego i w sprawie tzw. podstawy procesu*, „Prokuratura i Prawo” 1959, z. 8 -9, s. 339.

¹⁸ Słusznie wskazuje J. Tylman, [w:] P. Hofmański, R. A. Stefański (red.), op. cit., s. 235, że zasadnicza część doktryny nie uznaje postępowania sprawdzającego za postępowanie przygotowawcze. Jakkolwiek pojawiają się odmienne głosy np. S. Waltoś (powołany za wyżej wymienionym): „A mimo to nie jest ono postępowaniem wyodrębnionym z procesu, należy je dziś traktować jako etap postępowania przygotowawczego, które formalnie jeszcze nie zostało wszczęte”. Podobnie w piśmiennictwie lat 60. pojawiło się zdanie, że czynności postępowania sprawdzającego są w istocie rzeczy tzw. dochodzeniem wstępnym, a więc swego rodzaju fazą postępowania przygotowawczego – zobacz A. Gaberle, *Dochodzenie wstępne w polskim procesie karnym (podstawowe założenia i problemy)*, [w:] M. Cieślak, W.E. Czugunow (red.), *Postępowanie przygotowawcze*, „ZNUJ” 1973, nr 61, s. 142 i wskazana tam literatura w przypisie 8.

o charakterze pozytywnym i brak przesłanek negatywnych. Zasadniczo uznaje się, że jest to szczególnie rodzaj czynności poprzedzających postępowanie przygotowawcze, które prowadzą do jego wszczęcia lub odmowy takiego wszczęcia¹⁹. Oczywiście jest, że nie wszystkie przesłanki procesowe mogą stanowić podstawę odmowy wszczęcia postępowania. Postępowanie to prowadzone jest w celu dokonania sprawdzenia istnienia podstawy faktycznej dla wszczęcia postępowania przygotowawczego – a więc ustalenia, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa²⁰. Z tych powodów decyzje, które zapadają przed wszczęciem postępowania, nie mogą dotyczyć przedmiotu procesu. Mogą one jedynie formalnie rozstrzygać w przedmiocie dopuszczalności wszczęcia postępowania. W klasycznej zaprezentowanej konstrukcji konsumpcji skargi publicznej uprawniony organ wyzbywa się swego prawa dokonując rozstrzygnięcia w przedmiocie procesu, który został określony w postanowieniu o jego wszczęciu, a który konsekwentnie poprzez dalsze czynności zostaje rozwinięty, musi jednak pozostać niezmienny²¹. To właśnie podejmowanie decyzji o zaniechaniu ścigania w ramach danego przedmiotu procesu wywoływać może skutek w postaci wyzbycia się prawa do skargi na dalszych etapach, o ile nie zostaną zastosowane instytucje przewidziane przez prawo karne procesowe, które umożliwiają odzyskanie tej skargi. Takie ujęcie rzeczywiście, jakby się mogło wydawać, wyłącza zasadność możliwości odczytywania braku postanowienia o podjęciu postępowania, którego wszczęcia odmówiono (choć zasadniczo raczej podjęcia na nowo czynności sprawdzających), jako przesłanki procesowej konsumpcji skargi publicznej.

Pewne wątpliwości w zakresie możliwości określenia przedmiotu procesu w tej decyzji powstawać mogą jednak w ujęciu postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania, jako podstawy ukształtowania prawa do wniesienia skargi subsydiarnej²². W literaturze przedmiotu²³ wskazuje się, że ze względu na wyjątkowość skargi subsydiarnej muszą zostać jasno określone granice tak podmiotowe, jak i przedmiotowe owej skargi, o czym decydować musi tożsamość czynu. Jeżeli zatem zachowany będzie logiczny stosunek między czynem, któ-

¹⁹ W. Paszkowski, *Wszczęcie postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1972, s. 32–38; S. Stachowiak, *Wszczęcie postępowania przygotowawczego a czynności sprawdzające*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 9, s. 7 i następne; S. Łagodziński, *Przedmiot odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 21.

²⁰ W. Paszkowski, op. cit., s. 84–85.

²¹ M. Rusinek, *Niezmiennność przedmiotu postępowania karnego, a gwarancje oskarżonego*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 480–489. Autor postuluje zachowania tożsamości, w znaczeniu niezmienności przedmiotu postępowania jako gwarancji procesowej, już począwszy od pierwszych czynności postępowania przygotowawczego.

²² Na potrzeby rozważań autor przyjmuje sytuację, w której doszło do zaistnienia warunków wystąpienia ze wskazaną skargą wskazanych w art. 55 k.p.k., w sytuacji gdy mamy do czynienia z ponowną decyzją o odmowie wszczęcia postępowania.

²³ S. Steinborn, *Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12, s. 64–66.

rego dotyczyło umorzone postępowanie przygotowawcze, i czynem zarzuconym aktem oskarżenia, uznać należy, że skarga pokrzywdzonego, który wykorzystał uprawnienia wskazane w art. 306 § 1 i 2 k.p.k., pochodzi od uprawnionego podmiotu. Odpowiednio wskazana tożsamość musi być zachowana pomiędzy czynem określonym w postanowieniu o odmowie wszczęcia postępowania a akcie oskarżenia składanym przez oskarżyciela subsydiarnego. Co więcej, nie budzi wątpliwości fakt, że zaniechanie ścigania na etapie postępowania przygotowawczego, które otworzyło drogę do wniesienia aktu oskarżenia przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, dopiero w chwili wywołania stanu zawisłości sprawy w wyniku tej czynności (wniesienia aktu oskarżenia)²⁴ powodować może niemożliwość korzystania z tych instytucji nadzoru prokuratorskiego, w tym omawianej instytucji podjęcia postępowania²⁵. W takim układzie przyjęcie, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego nie określa przedmiotu procesu, wydaje się wątpliwe. Mimo że, jak wskazano, formalnie możliwe jest podjęcie postępowania umorzonego na nowo (tym bardziej podjęcia czynności sprawdzających), to jednak w konsekwencji w sytuacji późniejszego spersonifikowania osoby w nowo prowadzonym postępowaniu, co do której wniesiono akt oskarżenia, doprowadzi do zaistnienia przesłanki *lis pendens*. Nie chodzi tu jednak o hipotetyczne określenie, czy może dojść do powstania takiej przesłanki, ale określenie, czy jednak postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania nie określa, przynajmniej częściowo, w zakresie czynu jako zdarzenia w ujęciu historycznym, przedmiotu postępowania karnego.

Powstałe zatem wątpliwości co do tego, czy przedmiot procesu jest określony, czy nie, w postanowieniu o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego nie przesądzają jednak o konieczności przyjęcia, że w każdej sytuacji w przypadku uprzedniego wydania postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia i nie skorzystania z odpowiednio stosowanej instytucji podjęcia na nowo postępowania zachodzi przesłanka konsumpcji skargi publicznej. Kluczowym, w ocenie autora niniejszego artykułu, jest tu określenie wzajemnego stosunku między postanowieniem o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego a postanowieniem o jego wszczęciu oraz ewentualnej

²⁴ Oczywiście chodzi o wznowienie postępowania oraz uchylene decyzji przez Prokuratora Generalnego, gdyż w sytuacji podjęcia postępowania, jeżeli nie będzie toczyło się przeciwko tej samej osobie co oskarżony w wyniku wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, to może ono być dokonane w każdym czasie. Choć w ocenie autora niniejszego artykułu oskarżyciel publiczny winien w pierwszej kolejności skorzystać z instytucji opisanej w art. 55 § 4 k.p.k. i przyłączenie się do takiego postępowania, co prowadzi do przejęcia oskarżenia jako publicznego.

²⁵ Niektórzy autorzy wskazują, że już od chwili otwarcia terminu dla pokrzywdzonego do wystąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia aż do chwili upływu tego terminu (w przypadku nieskierowania skargi) nie jest możliwe korzystanie z ww. instytucji (wznowienia postępowania i uchylene decyzji przez Prokuratora Generalnego – zob. R. Kmiecik, *Prawomocność postanowień prokuratora w świetle k.p.k. z 1997 r.*, [w:] E. Skrętowicz, I. Nowikowski (red.), *Nowy kodeks postępowania karnego*, Lublin 1997, s. 159.

decyzji o podjęciu postępowania sprawdzającego. Nieco upraszczając rozważania, należy wskazać, że decyzja podjęta w trybie zdania drugiego art. 327 § 1 k.p.k. będzie miała taki skutek, że uchylone zostanie postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania i dopuszczalne będzie kontynuowanie czynności sprawdzających, co nie oznacza, iż dojdzie do wszczęcia postępowania. Jednocześnie w sytuacji, gdy wydane zostanie postanowienie o wszczęciu dochodzenia lub śledztwa, po wcześniejszej decyzji o zaniechaniu ścigania przed zainicjowaniem postępowania, jak się wydaje, wywoła ona tożsamy skutek w postaci uchylenia postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, a nadto umożliwi jego prowadzenie. W ujęciu ogólnym zatem dojdzie w obu przypadkach do uchylenia decyzji, na podstawie której prokurator pozbył się możliwości ścigania. Przyjęcie konieczności wydania postanowienia o podjęciu czynności sprawdzających, a dopiero następnie postanowienia o wszczęciu śledztwa prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego formalizmu (oczywiście w sytuacji, gdy spełniony jest warunek z art. 303 k.p.k. – w postaci istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa).

Niezależenie od powyższego norma prawna zawarta w art. 327 § 1 zdanie 2 k.p.k. nie jest normą pustą. Jak już wskazano, w wyniku jej interpretacji dopuszczalne jest podjęcie na nowo czynności sprawdzających. Inna zaś sytuacja, która – jak wydaje się – wymagać będzie decyzji o podjęciu postępowania, wiąże się z podmiotami uprawnionymi do dokonywania poszczególnych czynności. O ile bowiem w sytuacji, gdy decyzję o wszczęciu postępowania przygotowawczego podejmuje prokurator i wówczas zachowana jest właściwość podmiotu wskazana w art. 327 § 1 zd. 2 k.p.k., o tyle gdy czyni to nieprokuratorski organ postępowania, powstają wątpliwości wyrażające się w prostym stwierdzeniu braku legitymacji dla uchylenia postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia²⁶. Brak jest zastrzeżenia na gruncie postępowania przygotowawczego, aby decyzję o podjęciu postępowania na nowo wydał ten sam prokurator, który umorzył postępowanie²⁷ (co pozostaje zasadne na gruncie odpowiedniego stosowania art. 327 § 1 k.p.k. do postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia), to wątpliwości mogą powstać jednak w zakresie dokonania tej czynności w toku postępowania za-

²⁶ Podjęcie postępowania na nowo zgodnie z art. 327 § 1 k.p.k. wymaga decyzji prokuratora, a jedynym wyjątkiem jest odstępstwo przewidziane w art. 325f § 3 k.p.k., która to norma w sytuacji umorzenia postępowania wobec niewykrycia sprawców przestępstwa i istnienia danych umożliwiających wykrycie sprawcy przyznaje legitymację policji do podjęcia postępowania. Na marginesie należy wskazać, że mimo formalnego wyłączenia możliwości skorzystania z decyzji o podjęciu umorzonego postępowania rejestrowego (art. 325f § 3 *in fine*), przyjmuje, że prokurator posiada takie uprawnienie (do podjęcia postępowania) – M. Kurowski, [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), op. cit., s. 1315. Problem ten nie dotyczy oczywiście decyzji o odmowie wszczęcia postępowania, gdyż brak jest zastrzeżenia czynności do wyłącznej kompetencji innego podmiotu niż prokurator.

²⁷ M. Kurowski, [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), op. cit., s. 1314.

żaleniowego (analogicznie w okresie przejściowym pomiędzy decyzją prokuratora nadrzędnego a skierowaniem przez oskarżyciela aktu oskarżenia). Oczywiście prawo podjęcia decyzji o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia nie jest ograniczone, o czym wcześniej wspomniano, ale w sytuacji gdy zaszłość procesowa w postaci uchylecia postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia ma miejsce w toku postępowania zażaleniowego, nie budzi wątpliwości, że przestaje istnieć materialny substrat zaskarżenia, co w konsekwencji winno prowadzić do pozostawienia środka odwoławczego bez rozpoznania²⁸. Taki układ procesowy zdaje się wskazywać na zasadność sięgnięcia po instytucję z art. 327 § 1 zd. 2 k.p.k. Konsekwentnie przyjmując, że w sytuacji umorzenia postępowania zasadniczą możliwością odzyskania prawa do wniesienia skargi jest skorzystanie z instytucji nadzoru prokuratorskiego²⁹, należy wskazać, że w sytuacji, gdy dojdzie do błędnego przyjęcia, iż właściwą jest decyzja o odmowie wszczęcia postępowania, podczas gdy winna być o umorzeniu³⁰, właściwym zdaje się jednak konieczność wydania postanowienia o podjęciu postępowania na nowo.

Konkludując, należy przyjąć, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego powoduje powstanie sytuacji, w której uprawniony podmiot pozbawia się prawa oskarżania. Zachodzi zatem przesłanka konsumpcji skargi publicznej. Jednocześnie odzyskanie prawa do oskarżania wymaga bądź wydania postanowienia o podjęciu postępowania sprawdzającego, bądź postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia pod warunkiem zachowania legitymacji dla dokonania tej czynności.

Wykaz literatury

- Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Cieślak M., *Polska procedura karna*, PWN, Warszawa 1984.
- Cieślak M., *Zbieg warunków negatywnych w postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1958, nr 9.
- Cieślak M., *O pojęciu przedmiotu procesu karnego i w sprawie tzw. podstawy procesu*, „Państwo i Prawo” 1959, z. 8–9.
- Doda Z., *Zakaz reformationis in peius w świetle nowego Kodeksu postępowania karnego*, [w:] E. Skrętowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, seria: Nowa Kodyfikacja Karna, C.H. Beck, Warszawa 1997.
- Gaberle A., *Umorzenie postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972.

²⁸ S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze w nowym Kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny*, Warszawa 1997, s. 42.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 28 lipca 2011 r., sygn. akt III KK 54/11, OSNKW 2011/9/86.

³⁰ Co zdarza się szczególnie po podjęciu czynności w trybie art. 308 k.p.k.

- Gaberle A., *Dochodzenie wstępne w polskim procesie karnym (podstawowe założenia i problemy)*, [w:] M. Cieślak, W.E. Czugunow (red.), *Postępowanie przygotowawcze*, „ZNUJ” 1973, nr 61.
- Grzegorzczak T., *Wygaśnięcie prawa do oskarżania*, „Problemy Praworządności” 1980, nr 2.
- Grzegorzczak T., [w:] P. Hofmański, M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), *Dopuszczalność procesu*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Gutkowska E., *Problematyka ponownego wszczęcia umorzonego postępowania przygotowawczego*, „Problemy Praworządności” 1977, nr 7–8.
- Kaftal A., *Kontrola prawomocnych orzeczeń w postępowaniu przygotowawczym*, „Problemy Praworządności” 1971, nr 5.
- Kmiecik R., *Prawomocność postanowień prokuratora w świetle k.p.k. z 1997 r.*, [w:] E. Skrętowicz, I. Nowikowski (red.), *Nowy kodeks postępowania karnego*, Lublin 1997.
- Kurowski M., *Rezygnacja z oskarżania w toku postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Łagodziński S., *Przedmiot odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9.
- Młynarczyk Z., *Nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym. Akt oskarżenia*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 10.
- Paszkowski W., *Wszczęcie postępowania przygotowawczego*, Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW, Warszawa 1972.
- Prusak F., *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Warszawa 1973.
- Rogalski R. M., *Podjęcie i wznowienie postępowania przygotowawczego*, [w:] P. Hofmański, R.A. Stefański (red.), *Postępowanie przygotowawcze w procesie karnym*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 10, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Rusinek M., *Niezmiennność przedmiotu postępowania karnego, a gwarancje oskarżonego*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izdorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Stachowiak S., *Wszczęcie postępowania przygotowawczego a czynności sprawdzające*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 9.
- Steinborn S., *Węzłowe problemy subsydiarnego oskarżenia posiłkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12.
- Steinborn S., [w:] P. Hofmański, M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), *Dopuszczalność procesu*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Szyrowski B., *Kontrola prawomocnych orzeczeń wydanych w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9.
- Tylman J., [w:] P. Hofmański, R.A. Stefański (red.), *Postępowanie przygotowawcze w procesie karnym*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 10, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Zabłocki S., *O niektórych zmianach wprowadzonych przez nowy kodeks postępowania karnego w zakresie postępowania odwoławczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 11–12.
- Zabłocki S., *Postępowanie odwoławcze w nowym Kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997.

Summary

Lack of complaint of an authorized prosecutor and the construction of consumption of a public complaint in the field of preparatory proceedings, the initiation of which was refused

Keywords: commencement of proceedings, procedural grounds, criminal proceedings.

The subject of the study is an attempt to determine the scope of the impact of the procedural prerequisites – the lack of a complaint by an authorized prosecutor and the consumption of a public complaint in the situation of proceedings, for which a decision was originally made to refuse to initiate it. First, an attempt was made to determine which of these premises may be abstract. Further, the article aims to answer the question of whether abandoning the use of the institution of prosecutor's supervision (in particular, resuming discontinued proceedings) may result in the discontinuation of proceedings. In conclusion, the author concludes that the decision to refuse to initiate preliminary proceedings results in a situation in which the entitled entity deprives itself of the right to prosecute. There is therefore a condition for the consumption of the public action. At the same time, regaining the right to prosecute requires either a decision to undertake a vetting procedure or a decision to initiate an investigation or inquiry, provided that the legitimacy for this action is maintained.

Grzegorz Łaszczyca

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0002-9846-8538

grzegorz.laszczyca@us.edu.pl

Realność terminu załatwienia sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym

Terminy załatwiania spraw jako pierwotny instrument realizacji zasady szybkości postępowania administracyjnego

Jednym z obowiązków organu administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym ogólnym, uznawanym za kardynalny¹, jest szybkie działanie w sprawie. Wynika wprost z treści zasady ogólnej szybkości postępowania administracyjnego, której podstawę prawną stanowi przepis art. 12 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej jako k.p.a.). Regulacja ta ma w istocie charakter jedynie kierunkowy i ramowy. Nie określa bowiem konkretnych instrumentów, metod, technik lub innych uwarunkowań szybkiego działania w sprawie. Jedynie w art. 12 § 2 formułuje obowiązek niezwłocznego załatwiania określonych spraw (spraw „prostych”, czyli takich, które nie wymagają zbierania dowodów, informacji lub wyjaśnień), podkreślając już w tym miejscu istotną funkcję norm ustalających terminy załatwiania spraw. „Sposób” osiągnięcia celu zasady szybkości postępowania ustawodawca uregulował w przepisach szczegółowych kodeksu. Wprowadził zróżnicowane rozwiązania i konstrukcje prawne, tak o charakterze prewencyjnym, jak i represyjnym, które stanowią gwarancję realizacji zasady szybkości postępowania. Do tych pierwszych należy zespół norm prawnych wyznaczających terminy załatwiania spraw indywidualnych rozstrzyganych w formie decyzji administracyjnej. W grupie gwarancji represyjnych mieszczą się zaś w szczególności: instytucja sygnalizacji (obowiązku organu zawiadomienia strony o każdym przypadku niezakończania sprawy w terminie z podaniem przyczyn zwłoki,

¹ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Warszawa 1970, s. 62.

wskazaniem nowego terminu załatwienia sprawy oraz pouczeniem o prawie do wniesienia ponaglenia – art. 36 § 1 k.p.a.), instytucja ponaglenia na bezczynność lub przewlekłość postępowania (art. 37) oraz problem odpowiedzialności pracownika administracji publicznej (art. 38)². Niejednorodny charakter ma konstrukcja milczącego załatwienia sprawy (rozdział 8a działu II k.p.a.). Osiągnięciu celu szybkiego załatwienia sprawy służy także wiele innych unormowań kodeksowych, w tym te, których celem jest także uproszczenie mechanizmu procesowego. Zapewnieniu szybkości postępowania sprzyjają także niektóre rozwiązania przewidziane w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³, w tym skarga na bezczynność lub przewlekłość postępowania, sprzeciw od decyzji kasacyjnej czy też sama treść niektórych orzeczeń wojewódzkiego sądu administracyjnego.

Kodeksowa regulacja o charakterze prewencyjnym, czyli prawne wyznaczenie terminów załatwiania spraw, spełnia rolę pierwotną. Gwarancje represyjne przewidziane są bowiem jako konsekwencja nierealizowania mechanizmu prewencyjnego. Trzeba podkreślić, że terminy załatwiania spraw, obok innych terminów procesowych, odgrywają zasadniczą funkcję dynamizowania, dyscyplinowania czy porządkowania⁴ postępowania administracyjnego. Jest to jedna z podstawowych funkcji terminów procesowych⁵.

Znaczenie czasu w postępowaniu administracyjnym skłoniło ustawodawcę do szczegółowego uregulowania terminów załatwiania spraw, a jednocześnie – jak wcześniej wskazano – do podkreślenia tej roli poprzez sformułowanie już w treści art. 12 § 2 k.p.a. obowiązku niezwłocznego załatwiania spraw prostych. Wyrażenie „niezwłocznie” stanowi w tym przepisie postać terminu o charakterze swoistym, nieoznaczonym konkretną jednostką czasu (np. 7 dni, miesiąc), lecz opartym na takim wyrażeniu, które akcentuje stosunek do upływu czasu, zwykle krótkiego. Ranga terminów załatwiania spraw podkreślona została także poprzez ich osobne wydzielenie i uregulowanie w stosunku do ogólnego zagadnienia terminów w postępowaniu administracyjnym. Normy wyznaczające terminy załatwiania sprawy wynikają zasadniczo z przepisu art. 35 §§ 1–4 k.p.a., zawartego w rozdziale 7 działu I k.p.a. *Załatwianie spraw*, natomiast zagadnieniu terminów w ogólności dotyczy regulacja rozdziału 10 działu I k.p.a. *Terminy*. Ta odrębność regulacji nie ma jednak wymiaru bezwzględnej. Terminy załatwiania spraw są w ogóle terminami, a tym samym

² Zob. B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 118; eadem, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 17 października 1997 r., IV SAB 31/97*, OSP 1998, z. 10, poz. 185; J. Borkowski, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 7 października 1983 r., SA/Lu 172/83*, OSPiKA 1985, z. 7–8, poz. 125; G. Łaszczyca, *Załatwienie w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2000, s. 114 i nast.

³ Dz.U. z 2019 r., poz. 2325 ze zm.

⁴ Zob. M. Kowalski, *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądowniczym*, Wrocław 2013, s. 70–71; M. Sorysz, *Terminy w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 2007, s. 39.

⁵ Zob. I. Nowikowski, *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988, s. 12–13.

znajdują do nich zastosowanie te normy rozdziału 10 działu I k.p.a., które dotyczą terminów przewidzianych dla organu administracji publicznej. Odnosi się to w szczególności do zasad obliczania terminów. Specyfika terminów załatwienia sprawy wskazuje jednak, że stosowanie to – mimo braku obowiązku „odpowiedniego stosowania” – będzie wymagało niezbędnej modyfikacji.

Pojęcie i charakter prawny terminu załatwienia sprawy

Pojęcie „termin załatwienia sprawy” występuje w przepisach k.p.a. w dwóch znaczeniach. Co do zasady, mowa jest o terminie jako jednostce czasu jako okresie, przedziale. W takim ujęciu termin załatwienia sprawy wskazany jest w szczególności w treści art. 35 § 3 i § 3a k.p.a. w formułach: „w ciągu miesiąca”, „w ciągu dwóch miesięcy” czy „w terminie miesiąca”. Do terminu jako okresu odnosi się także wymóg „niezwłocznego” załatwienia (art. 12 § 2 k.p.a.) czy też załatwienia „bez zbędnej zwłoki” (art. 35 § 1 k.p.a.). „Termin” załatwienia sprawy może być jednak rozumiany także jako konkretna data, „termin kalendarzowy”⁶, obejmujący wskazanie dnia, miesiąca, roku (np. do 30 czerwca 2021 r.). Takie wyrażenie terminu dotyczy jednak wyłącznie przypadku wyznaczenia nowego terminu załatwienia sprawy w granicach obowiązku sygnalizacji (art. 36 § 1 k.p.a.) lub wyznaczenia terminu do załatwienia sprawy przez organ rozpatrujący ponaglenie (art. 37 § 6 pkt 2 lit. a k.p.a.). Może być on wówczas oznaczony jednostką czasu albo kalendarzowo.

Z istoty terminu wynika cecha jego konkretności. W przypadku ustawowych terminów załatwienia spraw (art. 35 § 3 i § 3a k.p.a.) wymóg ten ustawodawca zrealizował we wskazanych normach prawnych, oznaczając nie tylko jego wymiar, ale także wskazując jego datę początkową („od dnia wszczęcia postępowania”, „od dnia otrzymania odwołania”). W zakresie terminów wyznaczanych o wymiarze terminu rozstrzyga właściwy organ w formie postanowienia, a datą początkową biegu terminu wyrażonego jednostką czasu będzie wówczas dzień doręczenia postanowienia. Nie jest natomiast dopuszczalne uzależnianie wyznaczonego terminu załatwienia sprawy od określonych zdarzeń, ziszczenia się warunku, wykonania przez inne podmioty przyszłych czynności procesowych czy innych działań (np. od otrzymania przez organ określonych dokumentów, od wejścia w życie przepisów prawnych)⁷. Nowy termin wyznaczony przez organ w każdym przypadku musi być terminem obiektywnym w takim znaczeniu, że strona i organ podlegają konsekwencji upływu terminu, a jednocześnie możliwa jest kontrola jego upływu. Nie jest

⁶ W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1997 [1969], <https://sjp.pwn.pl/doroszewski>.

⁷ Wyrok NSA z 22 grudnia 2000 r., sygn. akt III SAB 75/00, Lex nr 48005; wyrok WSA w Warszawie z 27 czerwca 2006 r., sygn. akt I SAB/Wa 219/05, Lex nr 219343.

tym samym dopuszczalne wyznaczenie terminu, którego rozpoczęcie biegu uzależnione jest od woli organu, np. od zapoznania się przez organ z całością zebranego materiału dowodowego⁸. Wymiar wyznaczanego terminu powinien uwzględniać jednocześnie dwie wartości: szybkość postępowania (wynikająca już z zasady ogólnej) oraz realność terminu w znaczeniu rzeczywistej możliwości załatwienia sprawy w wyznaczonym czasie⁹.

Terminy załatwiania spraw są niewątpliwie terminami o szczególnym charakterze i cechach. Niektóre z nich aktualne są tylko w odniesieniu do tej grupy terminów. Należy zatem podkreślić, że są to terminy: a) przewidziane dla działań organu administracji publicznej, jednak oddziałujące także na inne podmioty procesowe, w szczególności na stronę postępowania, b) ustawowe bądź wyznaczone, c) procesowe, d) instrukcyjne, lecz o określonych skutkach, e) maksymalne oraz f) nieprzywracane, ale podlegające przedłużeniu.

Swoistą właściwością terminu załatwienia sprawy jest jego realność, efektywność¹⁰. Jest okresem, którego sposób obliczania zapewnia organowi procesowemu czas rzeczywisty na rozpatrzenie i rozstrzygnięcie sprawy, w wymiarze wynikającym z przepisu prawa, ograniczony wartością w postaci szybkości postępowania administracyjnego. Nie jest to bowiem termin obliczany w każdym przypadku w sposób bezwzględny i formalny („od ... do ...”). Nie jest tym samym okresem wyznaczanym abstrakcyjnie i idealnie, lecz zawsze odnoszonym do uwarunkowań konkretnego postępowania. Realność terminu, o której mowa, wynika z regulacji art. 35 § 5 k.p.a. Przepis wskazuje przedziały (okresy) czasu, które nie są wliczane do terminu załatwienia sprawy. Sprzeciwia się tym samym automatycznemu obliczaniu terminu załatwienia sprawy. Czyni go terminem, który „realnie” wyznaczony został organowi procesowemu do załatwienia sprawy. Z uwagi na potrzebę oceny okresów (jako wliczanych albo niewliczanych), termin załatwienia sprawy ma także pewien wymiar terminu „merytorycznego” (opartego na określonych treściach).

Okresy (terminy) niewliczane

Okresy, które zapewniają realność terminu załatwienia sprawy wprost można nazwać „okresami (terminami) niewliczanymi”. Formuła taka znajduje swoją podstawę w treści art. 35 § 5 k.p.a. i ma jednocześnie znaczenie prawne. Nie przekonuje zatem nazywanie ich przesłankami ekskulpacyjnymi¹¹.

⁸ Zob. wyrok NSA z 15 maja 2003 r., sygn. akt I SAB/Gd 1/03, Lex nr 116549.

⁹ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 29 sierpnia 2018 r., sygn. akt II SAB/Po 47/2018, Lex nr 2552214.

¹⁰ R. Orzechowski, [w:] J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1989, s. 129.

¹¹ J. Malinowski, [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 182.

Określenie to nie jest adekwatne z uwagi na związane z nim kryterium winy (zawinienia lub braku winy), które nie oddaje istoty regulacji.

Okresy niewliczane są terminami „obowiązkowymi” w tym znaczeniu, że bezwzględnie nie podlegają wliczeniu. Zwrot „nie wlicza się” nie pozostawia jakiegokolwiek luzu podmiotowi oceniającemu. Wskazanie tych okresów (terminów) ma charakter zamknięty i obejmuje pięć ich postaci. Ich wyliczenie nie jest przykładowe (brak formuły „w szczególności”). Niedopuszczalne jest tym samym tworzenie nowych postaci okresów niewliczanych. Rozszerzenie bądź zawężenie wskazanej grupy, ewentualnie jej dookreślenie, może wynikać jedynie z przepisów szczególnych. Terminy niewliczane mają różny wymiar określoności. Niektóre określone są w sposób wyraźny (okres zawieszenia postępowania, okres trwania mediacji), inne opisane są formułami ocennymi (pojęciami niedookreślonymi, np. okres opóźnienia spowodowany z przyczyn niezależnych od organu). Okresy niewliczane związane są z przyczynami, które mogą mieć różny charakter. Zwykle są to przyczyny natury prawnej, lecz nie można wykluczyć przyczyn faktycznych. Zbyt katoryczne jest stanowisko judykatury, że okoliczności zwalniające organ z zarzutu beczynności muszą mieć charakter prawny, proceduralny, a nie faktyczny¹². Już szeroka formuła „okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu” sprzeciwia się takiemu bezwzględnemu wykluczeniu. Przykład pandemii COVID-19, której konsekwencje procesowe nie były natychmiast regulowane, może wskazywać na faktyczny wymiar terminu niewliczanego.

Postacie okresów niewliczanych

Terminy przewidziane w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności

Powyższy okres nie należy do precyzyjnie oznaczonych. Zastrzeżenia nie dotyczą formuły wskazującej na „terminy przewidziane w przepisach prawa”. „Przewidziane” to terminy wyraźnie wskazane (umocowane) w przepisach prawa, niezależnie od tego, czy mają charakter terminów ustawowych czy wyznaczonych. Ich źródłem są przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Z uwagi na brak jakiegokolwiek zawężenia mogą to być terminy przewidziane w przepisach kodeksu, ale również w regulacjach szczególnych, także pozaustawowych. Wątpliwości nasuwa natomiast ta część regulacji, w której mowa o terminach dla dokonania „określonych czynności”. Kodeks nie wskazuje kryteriów zaliczania czynności do takiej grupy, co może sugerować szeroki jej wymiar. Jedyne, wynikający z kodeksu wyznacznik, dotyczy „czasowego” umiejscowienia „określonej czynności”. Skoro mowa o terminach niewliczanych do

¹² Zob. wyrok NSA z 21 grudnia 1999 r., sygn. akt V SAB 147/99, Lex nr 50019.

terminów załatwiania spraw, a te ostatnie rozpoczynają bieg od dnia wszczęcia postępowania (art. 35 § 3 i § 3a k.p.a.), to „określoną czynnością” jest czynność realizowana po wszczęciu postępowania. Zasadniczego natomiast kryterium dla takiej czynności należy upatrywać w jej znaczeniu (funkcji) w łańcuchu czynności procesowych. Za „określoną czynność” uznać należy tylko taką, bez wykonania której – wykonania skutecznego, wymagającego czasu („terminu”) – nie można przejść do kolejnego ognia we wskazanym łańcuchu, czyli kolejnej czynności procesowej. Jeśli zatem termin dotyczy czynności, która może być wykonywana równolegle z innymi czynnościami procesowymi i od jej realizacji nie zależy skuteczność innych czynności procesowych to termin dla dokonania takiej czynności nie należy do „niewliczanych”.

W poglądach nauki i judykatury do terminów dla dokonania określonych czynności zalicza się w szczególności: termin do zajęcia w sprawie stanowiska określonego w art. 106 k.p.a.¹³, okres wyznaczony dla uzupełnienia braków podania¹⁴, okres oczekiwania na rozprawę, której przeprowadzenie jest obowiązkowe (od momentu wysłania zawiadomienia o wyznaczeniu rozprawy do daty jej przeprowadzenia, z uwzględnieniem treści art. 92 k.p.a., czyli z obowiązkiem doręczenia wezwań oraz ogłoszenia o rozprawie przynajmniej na siedem dni przed rozprawą, przy założeniu konieczności stosowania doręczenia subsydiarnego, o którym mowa w art. 44 k.p.a.¹⁵), okres wyznaczony bieglemu do ustosunkowania się do zastrzeżeń zgłoszonych przez stronę w stosunku do wydanej opinii, okres na zapoznanie się przez stronę z materiałem dowodowym i zajęcia końcowego stanowiska¹⁶, a także terminy wskazane m.in. w art. 44 § 1, art. 79 § 1 i art. 133 k.p.a.¹⁷ Wskazane przykłady wymagają kilku uwag.

W szczególności należy podkreślić, że nie w każdym przypadku termin do zajęcia stanowiska przez organ współdziałający (art. 106 § 3 k.p.a.) należy do terminów niewliczanych. Tym ostatnim jest termin do zajęcia stanowiska o charakterze wiążącym (uzgodnienie „materialne”), czyli wówczas, gdy wy-

¹³ A. Matan, [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–103*, Warszawa 2010, s. 417; J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 317; A. Wróbel, [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 347; A. Gołęba, [w:] H. Knysiak-Sudyka (red.), *Ogólne postępowanie administracyjne jurysdykcyjne*, Warszawa 2021, s. 181; Z. Kmiecik, [w:] Z. Kmiecik, W. Chrościelewski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 277.

¹⁴ W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 143; W. Sawczyn, [w:] R. Hauser, A. Skoczylas (red.), *Postępowania administracyjne i sądowniczo-administracyjne z kasusami*, Warszawa 2017, s. 81.

¹⁵ Wyrok WSA w Białymstoku z 30 października 2014 r., sygn. akt II SA/Bk 735/14, LEX nr 1584429.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ A. Wrzesińska-Nowacka, [w:] L. Klat-Wertelecka, A. Mudrecki (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2012, s. 172.

nikający z przepisu prawa materialnego obowiązek współdziałania przybiera w szczególności postać działania „w porozumieniu”, „po uzgodnieniu”, „za zgodą”. Postanowienie zawierające stanowisko o takim charakterze bezpośrednio wpływa na samą treść decyzji wydawanej w postępowaniu głównym i stanowi tym samym materialny element przyszłego rozstrzygnięcia¹⁸ (dla podjęcia decyzji pozytywnej zachodzić musi zbieżność stanowiska organu współdziałającego i organu wydającego decyzję, nieraz tylko zbieżność co do zasady wydania takiej decyzji) albo sprzeciwia się ukształtowaniu stosunku materialnoprawnego (postanowienie o treści negatywnej oznacza, zależnie od fazy postępowania, albo niedopuszczalność kontynuowania postępowania głównego i w konsekwencji konieczność jego umorzenia jako bezprzedmiotowego, albo obowiązek wydania decyzji negatywnej). Znaczenie wskazanego postanowienia jako aktu „uzależniającego” treść decyzji organu administracji publicznej powoduje, że okres oczekiwania na jego wydanie nie wlicza się do terminu załatwienia sprawy. Organ współdziałający ma obowiązek zająć stanowisko niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia mu żądania, chyba że przepis prawa przewiduje inny termin (art. 106 § 3 k.p.a.). Niewliczeniu podlega okres rzeczywistego oczekiwania na wydanie postanowienia „uzgadniającego”, także wówczas, gdy jest to przedział dłuższy niż maksymalny termin kodeksowy (dwóch tygodni). Jeżeli stanowisko zajęte zostało przed upływem terminu maksymalnego nie wlicza się tylko takiego przedziału czasu, w którym realnie wydano postanowienie. Odmienniej oceny wymaga natomiast przypadek zajęcia przez organ współdziałający stanowiska niewiążącego (także w formie postanowienia), czyli opartego na formule „zasięgnięcia opinii”, „wyrażenia opinii”, działania „po porozumieniu”, ewentualnie „po konsultacji”, które można łącznie określić jako „współdziałanie formalne”. Jego realizacja jest warunkiem prawidłowości – w ujęciu procesowym – decyzji administracyjnej. W zakresie natomiast samego postępowania głównego, ze względu na realizację obowiązku zasięgnięcia opinii w fazie postępowania wyjaśniającego, w postanowieniu takim nauka i judykatura upatruje jeden z elementów stanowiących podstawę do ustalenia stanu faktycznego sprawy¹⁹, podlegający w ramach przepisów o postępowaniu administracyjnym samodzielnej, swobodnej ocenie przez organ, do którego kompetencji i właściwości należy wydanie decyzji w sprawie²⁰. Realizacja obowiązku zasięgnięcia

¹⁸ J. Zimmermann, *Nowe rodzaje postanowień w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 1(63).

¹⁹ B. Adamiak, *Nowe instytucje ogólnego postępowania administracyjnego*, [w:] Materiały powielane z konferencji naukowej „Nowe zjawiska w administracji”, Kozubnik, 18–20 IX 1980, cz. I, s. 6. Zob. także J. Borkowski, *Glosa do wyroku NSA z 26 maja 1998 r., II SA 915/97 i 919/97*, OSP 1999, z. 4, poz. 79; K.M. Ziemiński, *Zajęcie stanowiska a prawo bycia stroną postępowania administracyjnego (na przykładzie rady izby notarialnej)*, „Rejent” 1996, nr 2, s. 101–102.

²⁰ Zob. uchwałę NSA z 18 września 1995 r., sygn. akt VI SA 10/95, ONSA 1995/4/152; wyrok NSA z 23 stycznia 2015 r., sygn. akt II OSK 1387/13, Lex nr 1769828.

takiego stanowiska nie jest bezpośrednio związana z innymi czynnościami procesowymi. Nie wstrzymuje możliwości ich wykonywania i nie zwalnia organu z obowiązku wypełnienia treści zasady prawdy obiektywnej w okresie przewidzianym dla organu współdziałającego na wydanie „opinii”. W tym przypadku rzeczywisty termin oczekiwania na wydanie postanowienia jest terminem wliczanym do biegu terminu załatwienia sprawy.

Zastrzeżenia wymaga bezwzględne stanowisko zaliczające do terminów przewidzianych w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności terminu wyznaczonego wnoszącemu dla usunięcia braków podania niespełniającego wymagań ustalonych w przepisach prawa (art. 64 § 2 k.p.a.). Wątpliwości związane są z pominięciem szerokiego rozumienia pojęcia „podanie” (art. 63 § 1 k.p.a.), obejmującego zarówno pierwszą czynność wnoszącego (skierowaną w celu wszczęcia postępowania), jak i czynności realizowane w toku postępowania („podanie” jako procesowe wyjaśniania, wnioski, wystąpienia). Rozróżnienie to pozwala zaś dostrzec, że w odniesieniu do podania w pierwszym znaczeniu, czynność wezwania do usunięcia braków z wyznaczonym w niej terminie do jej wykonania, a także sama czynność usuwająca braki są czynnościami „przedprocesowymi” w tym znaczeniu, że realizowane są przed wszczęciem postępowania. Nauka wyraźnie podkreśla, że „tylko żądanie strony nie dotknięte brakami formalnymi jest zdolne do wywołania skutku prawnego wszczęcia postępowania”²¹. Ze względu zatem na „przedprocesowy” charakter terminu do usunięcia braków (w zakresie czynności zmierzającej do wszczęcia postępowania) nie może być on zaliczany do terminów niewliczanych, o których mowa w art. 35 § 5 k.p.a. Te ostatnie, jak wcześniej wskazano, dotyczą wyłącznie terminów, których bieg rozpoczął się po wszczęciu postępowania. Skoro zatem do dnia usunięcia braków postępowanie administracyjne nie toczy się (nie zostało wszczęte), bezzasadne jest wiązanie terminu do usunięcia braków podania z terminem załatwienia sprawy, który nie rozpoczął wówczas jeszcze biegu²². Odmiennej natomiast oceny wymaga kwestia charakteru terminu do usunięcia braków podania, wyznaczanego już w toku postępowania w stosunku do podań „procesowych” wniesionych z określonymi brakami. W niektórych przypadkach termin taki podlega niewliczaniu. Dotyczy to w szczególności podań wyrażających czynności rozporządzające (dyspozycyjne) strony. Przykładem może być przypadek wniesienia przez stronę niepodpisanego podania zawierającego żądanie umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 2 k.p.a. (umorzenia fakultatywnego). Wyznaczony wówczas

²¹ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 437.

²² Odmienne w wyroku WSA w Warszawie z 19 października 2005 r., VII SA/Wa 260/05, LEX nr 191345. Sąd przyjął, że „w przypadku gdy podanie nie czyni zadość innym wymaganiom ustalonym w przepisach prawa, organ nie może przystąpić do jego rozpatrywania, bowiem nie dysponuje kompletnym podaniem (wnioskiem). Postępowanie więc się nie toczy. Nie biegają terminy procesowe poza terminem określonym w art. 35 k.p.a. a dot. ustalenia czy podanie (wniosek) czyni zadość przepisom prawa”.

termin dla usunięcia tego braku nie podlega wliczeniu do terminu załatwienia sprawy.

Nietrafne jest wskazywanie terminu przewidzianego w art. 133 k.p.a., czyli terminu do przesłania odwołania wraz z aktami sprawy organowi odwoławczemu, do terminów niewliczanych. Termin ten w ogóle nie należy bowiem do kategorii terminu załatwienia sprawy. Jest to wprawdzie termin dla wykonania określonej czynności przez organ, który wydał decyzję, lecz jest to czynność realizowana po załatwieniu sprawy przez organ pierwszej instancji, a przed rozpoczęciem biegu terminu do załatwienia sprawy w postępowaniu odwoławczym. Ten ostatni liczy się „od dnia otrzymania odwołania” (art. 35 § 3 *in fine* k.p.a.), jednak dopiero przez organ odwoławczy. Z tym bowiem momentem organ odwoławczy uzyskuje możliwość rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy w postępowaniu odwoławczym.

Inne przytoczone przykłady terminów są lub mogą w określonych przypadkach zostać ocenione jako terminy niewliczane. Jest nim w szczególności termin wyznaczony stronie postępowania dla realizacji prawa wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań (art. 10 § 1 *in fine* k.p.a.). Zawiadomienie o takim uprawnieniu wskazuje na zakończenie postępowania wyjaśniającego i umożliwia organowi – po upływie terminu – przejście do etapu rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli w konkretnym stanie faktycznym dowód z zeznań świadka/świadków, z opinii biegłego/biegłych lub z wyniku oględzin jest dowodem jedynym lub pierwotnym (umożliwiającym poszukiwanie innych dowodów), to wówczas do biegu terminu załatwienia sprawy nie wlicza się okresu niezbędnego dla zawiadomienia strony o miejscu i terminie przeprowadzenia tych dowodów, gwarantującego zachowanie minimalnego siedmiodniowego terminu przed datą tych czynności (art. 79 § 1 k.p.a.). Ta sama zasada może dotyczyć terminu rozprawy (art. 92 k.p.a.), zwłaszcza gdy rozprawa jest obligatoryjną formą postępowania wyjaśniającego lub z uwagi na niektóre przesłanki jej przeprowadzenia (np. potrzebę wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków lub biegłych albo w drodze oględzin – art. 89 § 2 k.p.a.). W zależności od przedmiotu doręczenia (rodzaju pisma i jego roli w ciągu czynności procesowych), terminem niewliczanym może być również termin niezbędny do uznania pisma za doręczone (dokonania doręczenia) w rozumieniu art. 44 § 4 k.p.a. Upływ terminu jest konstruktywnym elementem doręczenia subsydiarnego. Jest ono wprawdzie oparte na fikcji doręczenia, lecz jej treść odnosi się do czynności techniczno-procesowej („doręczenie uważa się za dokonane”). Jest tym samym terminem przewidzianym w przepisach prawa dla dokonania określonej czynności.

Okres zawieszenia postępowania

Okres zawieszenia postępowania jest konkretnie określonym rodzajem terminu, który nie wlicza się do terminu załatwienia sprawy. Obowiązek niewliczania wynika nie tylko z treści art. 35 § 5 k.p.a., lecz również z przepisu art. 103 k.p.a. Jednym z ogólnych skutków zawieszenia postępowania jest bowiem wstrzymanie biegu terminów przewidzianych w kodeksie. Takim zaś terminem jest również termin załatwienia sprawy. Samo również wstrzymanie dalszego biegu postępowania jako ogólna konsekwencja prawna zawieszenia, czyli zaniechanie podejmowania kolejnych (nowych) czynności procesowych, rzadziej przerwanie czynności trwających²³, wskazuje, że okres takiej przerwy – nawet w braku wyraźnego wyłączenia – nie podlegałby z natury wliczeniu do terminu załatwienia sprawy.

Możliwość wyraźnego wyznaczenia „okresu zawieszenia postępowania” związana jest formą stosowania instytucji zawieszenia postępowania administracyjnego. O zawieszeniu postępowania oraz o jego podjęciu organ administracji publicznej rozstrzyga bowiem w formie postanowienia. Akty te podlegają doręczeniu²⁴ i z tym momentem wykonaniu (argument z art. 143 k.p.a.). Okres zawieszenia postępowania obejmuje zatem przedział czasu od doręczenia postanowienia o zawieszeniu postępowania lub od daty zawieszenia wskazanej w postanowieniu o zawieszeniu postępowania (w przypadkach zawieszenia z przyczyn podmiotowych postanowienie jest wówczas deklaratoryjne) do dnia doręczenia postanowienia o podjęciu zawieszonego postępowania²⁵ (skutek podjęcia nie następuje *ex lege*). Nauka przyjmuje, że „do terminu załatwienia sprawy nie będzie się wliczało całego okresu zawieszenia postępowania administracyjnego, choćby w okresie jego trwania zostały podjęte czynności nie cierpiące zwłoki z powodu okoliczności wskazanych w art. 102”²⁶. Wstrzymanie biegu terminu załatwienia sprawy nie jest w istocie uzależnione od warunku prawidłowości postanowienia o zawieszeniu postępowania. To ostatnie, jako akt administracyjny, korzysta z domniemania ważności, a kodeks przewiduje określone instrumenty jego weryfikacji, tak w trybie administracyjnym, jak i sądowym²⁷. Judykatura zastrzega jednak, że „automatyczne

²³ Zob. szerzej G. Łaszczyca, *Zawieszenie ogólnego postępowania administracyjnego*, Kraków 2005, s. 141 i nast.

²⁴ Postanowienie o zawieszeniu postępowania wymaga doręczenia już z tej racji, że na postanowienie to służy zażalenie (art. 101 § 3 k.p.a.). W istocie jednak, mimo wątpliwości wynikających z treści art. 125 § 1 k.p.a., każde postanowienie, jako akt administracyjny, wymaga doręczenia.

²⁵ A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, M. Wilbrandt-Gotowicz, op. cit., s. 669; W. Dawidowicz, *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1983, s. 188; E. Ochendowski, [w:] S. Jędrzejewski, E. Ochendowski, *Postępowanie administracyjne*, Toruń 1988, s. 84.

²⁶ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 318.

²⁷ G. Łaszczyca, *Zawieszenie ogólnego postępowania...*, s. 145. Taki kierunek prezentują niektóre wypowiedzi judykatury. W wyroku z 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt II SAB/Kr 11/19,

przerywanie biegu liczenia terminu do załatwienia sprawy w każdym przypadku zawieszenia postępowania, mimo braku lub nawet oczywistego braku podstaw do zawieszenia, stanowiłoby niedopuszczalny przejaw formalizmu administracyjnego²⁸, zwłaszcza gdy zawieszenie postępowania miałooby na celu uchylenie się od wydania decyzji²⁹.

Okres trwania mediacji

Mediacja jest zabiegiem procesowym złożonym, a tym samym wymagającym zaangażowania czasowego. W określonych warunkach może być postrzegana jako źródło konfliktu dwóch wartości: szybkości postępowania zmierzającego do rozstrzygnięcia sprawy w formie decyzji administracyjnej (art. 12 § 1 k.p.a.) oraz zapewnienia stronom wpływu na sposób (ukształtowanie) rozstrzygnięcia takiej sprawy (art. 13 § 1 k.p.a.). Z tego względu rolę ustawodawcy jest ich wzajemne wyważenie w odniesieniu do obu faz postępowania mediacyjnego, czyli fazy przygotowawczej i fazy właściwej, choć szczególnego uwzględnienia wymaga w tej drugiej. Dla urzeczywistnienia wskazanych wartości kodeks wyznacza, z jednej strony, maksymalne granice czasowe właściwej fazy mediacji (art. 96e § 1 i 2 k.p.a.), a z drugiej, wykorzystuje w tym zakresie względnie dłuższe ich wymiary. Dotyczą one wprawdzie okresu odroczenia rozpatrzenia sprawy, jednak odroczenie to jest bezpośrednio związane ze skierowaniem sprawy do mediacji. Podstawowy zatem maksymalny termin do osiągnięcia celu mediacji (w fazie właściwej) to okres do dwóch miesięcy. Wyjątkowo – tylko na zgodny wniosek uczestników mediacji (nie jest dla organu wiążący) lub z innych ważnych powodów (ocena należy do organu, może nią być nieodległa perspektywa dokonania ustaleń dotyczących załatwienia sprawy) – termin ten może zostać przedłużony, nie dłużej jednak niż o miesiąc. Na ukształtowanie granic czasowych konkretnego postępowania mediacyjnego wprost oddziałuje zasada szybkości postępowania administracyjnego. Reali-

Lex nr 2678484, WSA w Krakowie wskazał, że „wydanie postanowienia o zawieszeniu postępowania administracyjnego i jego wejście do obrotu prawnego tamuje dalsze rozpatrywanie sprawy przez organ administracji publicznej. Dopóki takie postanowienie pozostaje w obrocie prawnym, organ nie może prowadzić postępowania w dalszym ciągu i nie może wydać aktu administracyjnego, załatwiającego sprawę co do istoty. Konsekwencją powyższego musi być brak możliwości zarzucenia organowi administracji prowadzenia postępowania w sposób przewlekły. Nie jest możliwe uwzględnienie skargi na przewlekłość, dopóki we właściwym trybie nie zostanie wzruszone postanowienie o zawieszeniu postępowania administracyjnego, bądź nie zostanie ono podjęte. W przypadku zaś odmowy podjęcia stronie przysługują środki zaskarżenia w postaci zażalenia na odmowę podjęcia i ewentualnie skargi do sądu na postanowienie organu II instancji, bądź skargę na bezczynność w postaci nie wydania rozstrzygnięcia w zakresie wniosku o podjęcie postępowania”. Zob. także wyrok NSA z 16 grudnia 2015 r., sygn. akt I OSK 1222/15, Lex nr 1988002; wyrok WSA w Poznaniu z 12 września 2019 r., sygn. akt IV SAB/Po 195/19, Lex nr 2721862; wyrok WSA w Warszawie z 18 grudnia 2018 r., sygn. akt I SAB/Wa 325/18, Lex nr 2606849.

²⁸ Wyrok NSA z 5 września 2018 r., sygn. akt II OSK 634/18, Lex nr 2559676.

²⁹ Zob. wyrok NSA z 23 września 1986 r., sygn. akt IV SAB 12/86, ONSA 1986/2/52.

zacja jej istoty oznacza, że wyznaczenie dla właściwej fazy mediacji sfery czasowej, w granicach formuły maksymalnej, wymaga uwzględnienia wszelkich „czynników” mediacyjnych, w szczególności charakteru sprawy (zakresu możliwych i niezbędnych ustaleń co do sposobu załatwienia sprawy), rodzaju uczestników mediacji, dotychczasowego poziomu ich aktywności w dążeniu do polubownego zakończenia postępowania (inicjatywy przeprowadzenia mediacji, formułowania wstępnych propozycji), a także przewidywalności organu procesowego co do koniecznych granic czasowych mediacji. W aspekcie technicznym, przedział czasowy mediacji może zostać oznaczony określoną jednostką czasu (np. cztery tygodnie) albo konkretną maksymalną datą kalendarzową³⁰.

Z przepisu art. 35 § 5 k.p.a. wynika, że do terminu załatwienia sprawy nie wlicza się okresu trwania mediacji. Formuła „okres trwania mediacji” wskazuje, że mowa tu o rzeczywistym przedziale czasu, w którym toczy się postępowanie mediacyjne w fazie ustalającej (właściwej). Przyjąć trzeba, że datę początkową tego okresu wyznacza dzień doręczenia stronom postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji (art. 96d § 1 k.p.a.), którego treścią jest również odroczenie rozpatrzenia sprawy. Datą końcową nie jest natomiast dzień, w którym upływa termin, na który rozpatrzenie sprawy odroczone, lecz dzień rzeczywistego ustania postępowania mediacyjnego. W przypadku niemerytorycznego zakończenia tego postępowania (nieosiągnięcia celów mediacji określonych w art. 96a § 3 k.p.a. w terminie, na który odroczone rozpatrzenie sprawy bądź złożenie przez stronę oświadczenia o cofnięciu zgody na dalszy udział w mediacji³¹), okres trwania mediacji ustaje z dniem doręczenia postanowienia o zakończeniu mediacji. Z przepisu art. 96e § 3 k.p.a. wynika wprost, że po wydaniu takiego postanowienia organ załatwia sprawę. W przypadku merytorycznego zakończenia postępowania mediacyjnego „trwanie mediacji” ustaje z momentem przekazania organowi administracji publicznej przez mediatora protokołu z przebiegu mediacji w celu włączenia go do akt sprawy (art. 96m § 3 k.p.a.). Zawarte w protokole z przebiegu mediacji ustalenia dotyczące załatwienia sprawy w granicach obowiązującego prawa wiążą organ administracji publicznej, nakładając na organ obowiązek załatwienia sprawy zgodnie z tymi ustaleniami (art. 96n § 1 k.p.a.).

Okres opóźnienia spowodowany z winy strony

Pojęcie opóźnienia, odnoszące się w przepisie art. 35 § 5 k.p.a. do dwóch okresów niewliczanych, wymaga rozumienia językowego. W tym zakresie nie ma bowiem podstaw do różnicowania konsekwencji opóźnienia zawinionego (zwłoki) oraz opóźnienia zwykłego, jak czynią to regulacje innych gałęzi prawa.

³⁰ Zob. szerzej A. Kocot-Łaszczyca, G. Łaszczyca, *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2018, s. 122–123.

³¹ Ibidem, s. 141.

Zarówno opóźnienie „zawinione” (przez stronę), jak i „niezależne” (od organu) kodeks określa jednorodnie opóźnieniem, choć już w normie art. 36 § 2 k.p.a. terminologii tej w istocie nie przestrzega i sięga do pojęcia „zwłoka”, wiążąc ją z przyczynami niezależnymi od organu. Okres opóźnienia to zatem różnica czasu wynikająca z dłuższego niż ustalony przepisami prawa okresu załatwienia sprawy³². Również formuła „z winy strony” nie występuje z znaczeniu wykorzystywanym w innych gałęziach prawa. Przepis nie stwarza podstaw do rozróżniania winy umyślnej i nieumyślnej, lecz oznacza zachowanie strony naruszające normy prawne, a w określonych granicach również normy etyczne, powodujące następstwa w postaci opóźnienia czasowego.

Zachowania „zawinione” strony mogą przyjmować postać tak działań aktywnych, jak i być oparte na taktyce bierności. W pierwszym przypadku mogą polegać w szczególności na wielokrotnym ponawianiu określonych żądań, domaganiu się rozstrzygnięcia różnych kwestii procesowych, niezwiązanych z postępowaniem lub związanych z nim luźno, a następnie ich zaskarżaniu, kwestionowaniu niektórych ustaleń faktycznych (negowanie kolejnych opinii biegłych i żądanie dopuszczenia innego biegłego), wprowadzaniu organu w błąd (np. co do osoby świadka, jego adresu lub niezbędnych danych) czy też podejmowaniu innych działań, skierowanych są na swoiste sparaliżowanie działań organu procesowego, a nie na rzeczywistą ochronę prawną, wpisujących się w ogólną konstrukcję nadużycia prawa³³. Do opóźnień powstałych w wyniku zachowań biernych zaliczyć można m.in. czas związany z konsekwencjami niestawienia się na rozprawę, o terminie której strona była prawidłowo zawiadomiona, co spowodowało odroczenie rozprawy z uwagi na konieczność jej udziału³⁴. Są takimi również przypadki przekroczenia przez stronę terminu (zasadniczo instrukcyjnego) dokonania czynności określonych w przepisach prawa lub wyznaczonych przez organ prowadzący postępowanie³⁵ (z zastrzeżeniem okresu między terminem wyznaczonym dla dokonania czynności a wykonaniem tej czynności w przywróconym terminie, gdyż warunkiem przywrócenia terminu jest uprawdopodobnienie braku winy strony³⁶). Już jednak wskazywany w literaturze przypadek zwrócenia się przez stronę o przedłużenie wyznaczonego przez organ terminu do przedstawienia dowodu³⁷ nie zawsze może być oceniony jako powodujący opóźnienie z winy strony. Pozyskanie istniejącego dowodu może napotkać przeszkody obiektywne.

³² Zob. znaczenie słowa „opóźnienie” w *Słowniku języka polskiego*, <https://www.sjp.pwn.pl>.

³³ J. Parchomiuk, *Nadużycie prawa w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018, s. 569 i nast.

³⁴ B. Adamiak, J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 318.

³⁵ A. Wróbel, [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, op. cit., 347; A. Matan, [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, op. cit., s. 417.

³⁶ W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 143.

³⁷ A. Gołęba, *Komentarz do art. 35*, [w:] H. Knysiak-Sudyka (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex.

Okres opóźnienia z przyczyn niezależnych od organu

Okres, o którym mowa wymaga rozumienia wykluczającego z jego zakresu okresu opóźnienia spowodowanego z winy strony. W ogólności bowiem okres opóźnienia spowodowany z winy strony jest okresem opóźnienia z przyczyn niezależnych od organu. Zawinione zachowania strony, z uwagi na odrębne oznaczenie, nie mieszczą się jednak w pojęciu „przyczyn niezależnych od organu”. Wskazane wyłączenie, przy podkreśleniu formuły „przyczyn niezależnych”, oznacza, że w tym ostatnim kodeksowym okresie „niewliczanym” mieszczą się przyczyny natury obiektywnej. Cecha niezależności podkreśla także zewnętrzny wymiar przyczyny. Może ona tkwić w zachowaniu osoby (np. kradzież akt sprawy) bądź wynikać z działania sił natury albo innych czynników niezależnych od człowieka. Przyczyna taka może dotyczyć tylko postępowania w określonej sprawie (jednostkowego) albo oddziaływać na szerszy lub pełny zakres postępowań prowadzonych przez organ administracji publicznej (przykładem może być epidemia/pandemia obejmująca swym zasięgiem bardzo duże obszary, realnie utrudniająca lub czasowo zawieszająca w ogóle funkcjonowanie organu procesowego). Może być przyczyną, której usunięcie jest możliwe w wyniku działania organu albo zależne tylko od zachowań innych podmiotów lub procesów natury.

Okresem opóźnienia z przyczyn niezależnych od organu jest m.in. okres wykonywania czynności związanych z odtworzeniem akt sprawy, utraconych zwłaszcza w wyniku powodzi, pożaru lub innego czynnika zewnętrznego³⁸. Taki charakter ma również okres oczekiwania na zgodę strony (lub jej odmowę) co do dopuszczalności kontynuowania postępowania wszczętego z urzędu w sprawie, w której przepis prawa wymaga wniosku strony (art. 61 § 2 k.p.a.)³⁹. Za przyczynę niezależną od organu, a tkwiącą w zachowaniu strony, niemającą jednak charakteru przez nią zawinionej, uznać trzeba przypadek zmiany w toku postępowania treści żądania w taki sposób, który wymaga przeprowadzenia nowego postępowania wyjaśniającego w całości albo w szerokim zakresie. Również zmiana przepisów prawa dokonana w toku postępowania, wymagająca uwzględnienia, a prowadząca do wymogu modyfikacji ustaleń stanu faktycznego (np. jego rozszerzenia), jest przyczyną niezależną od organu, jak i od strony. Judykatura przyjmuje, że „konieczność ustalania aktualnych adresów stron postępowania, konieczność wielokrotnego wysyłania pism stronom i rozszerzania postępowania dowodowego, powtarzające się nieprawidłowości w doręczaniu pism przez operatora pocztowego, można w pewnych sytuacjach uznać za okoliczności (...) niezależne od organu (...), jeśli na skutek

³⁸ G. Łaszczyca, *Odtwarzanie akt sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 9, s. 53.

³⁹ Idem, *Szczególny przypadek wszczęcia postępowania administracyjnego z urzędu*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 1, s. 72.

tych zdarzeń organ właściwy do wydania decyzji będzie zmuszony przeprowadzić lub powtórzyć czynności konieczne do wydania decyzji i jednocześnie wykaze, że czynności takich faktycznie dokonał i czynności te w istocie wpłynęły na przekroczenie terminu (...). Muszą to być takie czynności, bez dokonania których organ nie może wydać decyzji i równocześnie postępowanie administracyjne będzie przeprowadzone z poszanowaniem zasad i reguł postępowania administracyjnego i nie będzie obciążone beczynnością czy przelekłością⁴⁰.

Nie jest natomiast przyczyną niezależną od organu przypadek zasięgnięcia przez organ administracji u władz zwierzchnich porady co do sposobu załatwienia sprawy⁴¹. Tylko w przypadku, gdy taki obowiązek wynikałaby z przepisu powszechnie obowiązującego, okres oczekiwania na udzielenie porady (stanowiska) mógłby być oceniany jako przewidziany w przepisach prawa dla dokonania określonych czynności (art. 35 § 5 *in principio* k.p.a.). W innych przypadkach organ procesowy korzysta z samodzielności orzeczniczej. Mimo różnorodności poglądów przyjąć trzeba, że nie jest przyczyną niezależną od organu brak akt sprawy, przekazanych do sądu lub innego podmiotu⁴², np. przesłanych na żądanie prokuratora – art. 69 § 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r., poz. 740 ze zm.). Organ procesowy może bowiem pozyskać materiały „zastępcze” zawarte w tych aktach, w szczególności wykonać kopie akt i na tej podstawie podjąć określone czynności procesowe. Przyczynami „zależnymi” od organu są wszelkie „przeszkody” związane z jego organizacją wewnętrzną i funkcjonowaniem, w szczególności zmiany organizacyjne⁴³ oraz niewystarczająca obsada personalna⁴⁴ (niezależnie czy wynika z braku etatów czy też z przebywania pracowników na urloпах lub zwolnieniach⁴⁵), prowadząca w rezultacie do znacznego obciążenia pracowników organu⁴⁶. Taki sam charakter mają zwykle przeszkody związane ze współdziałaniem (współpracą) organów administracji publicznej ze

⁴⁰ Wyrok NSA z 16 lutego 2016 r., sygn. akt II OSK 1490/14, Lex nr 2037385.

⁴¹ Wyrok NSA z 17 marca 1988 r., sygn. akt SAB/Gd 14/87, ONSA 1988/1/41.

⁴² Zob. wyrok NSA z 21 marca 2019 r., sygn. akt I OSK 2497/17, Lex nr 2655334; wyrok NSA z 19 sierpnia 2014 r., sygn. akt I OSK 337/14, Lex nr 1583298; wyrok WSA w Poznaniu z 12 grudnia 2019 r., sygn. akt IV SAB/Po 217/19, Lex nr 2763232; wyrok WSA w Opolu z 28 listopada 2017 r., sygn. akt II SAB/Op 119/17, Lex nr 2410982. Odmienne stanowisko zajmuje J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 318; wyrok NSA z 16 listopada 2011 r., sygn. akt I OSK 1364/11, Lex nr 1149161.

⁴³ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 14 października 2016 r., sygn. akt IV SAB/Wa 229/16, Lex nr 2256286.

⁴⁴ Wyrok NSA z 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt I OSK 1471/18, Lex nr 2752000; wyrok NSA z 19 marca 2019 r., sygn. akt I OSK 1459/17, Lex nr 2696675; wyrok NSA z 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt II OSK 526/16, Lex nr 2297766; wyrok NSA z 16 stycznia 2014 r., sygn. akt II OSK 2342/13, Lex nr 1452855.

⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 28 listopada 2019 r., sygn. akt VII SAB/Wa 180/19, Lex nr 2761251.

⁴⁶ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 12 lipca 2016 r., sygn. akt III SAB/Kr 36/16, Lex nr 2085943.

sobą⁴⁷. Wynika to ze strukturalnej jedności administracji publicznej. Na wymiar terminu załatwienia sprawy nie mają także wpływu przypadki znacznego wpływu spraw w krótkim przedziale czasu.

Zasady obliczania terminów załatwiania spraw z uwzględnieniem terminów niewliczanych

Obliczanie terminów załatwiania spraw następuje zgodnie z zasadami określonymi w art. 57 k.p.a., z wyłączeniem tych norm, które są dla tej kategorii terminów bezprzedmiotowe. To ostatnie zastrzeżenie dotyczy regulacji art. 57 § 3a k.p.a., odnoszącej się do terminów określonych w latach (wymiar tego terminu czyni go zbędnym w zakresie terminów załatwiania spraw) oraz art. 57 § 5 k.p.a., określającej czynności, których wykonanie oznacza uznanie terminu za zachowany, odnoszącej się jednak tylko do relacji wnoszącego pismo a organu procesowego, ale już z wyłączeniem relacji odwrotnej. Kodeks określa datę początkową biegu terminu załatwienia sprawy. Przyjmuje, co do zasady, że jest nią dzień wszczęcia postępowania, niezależnie od charakteru sprawy w nim załatwianej (tak szczególnie skomplikowana, jak i niemająca takiego charakteru) czy też trybu postępowania (podstawowy oraz uproszczony). Ustalenie „dnia wszczęcia postępowania” następuje na podstawie przepisów rozdziału 1 działu II k.p.a., a w odniesieniu do trybu wznowienia postępowania – na podstawie art. 149 k.p.a. Osobną zasadę przepis odnosi do postępowania odwoławczego, dla którego termin załatwienia sprawy rozpoczyna bieg „od dnia otrzymania odwołania”. Tym ostatnim jest dzień wpływu odwołania wraz z aktami sprawy do właściwego organu odwoławczego, nie zaś dzień wniesienia odwołania do organu, który wydał zaskarżoną decyzję. Występujące w art. 35 § 3 k.p.a. pojęcie „postępowanie odwoławcze” oznacza właściwe postępowanie odwoławcze, czyli przed organem odwoławczym, a nie wszelkie czynności związane z wniesieniem odwołania.

Wystąpienie jednego z okresów wymienionych w art. 35 § 5 k.p.a. w biegu terminu załatwienia sprawy oznacza, że okresu tego „nie wlicza się” do tego terminu. Sformułowanie „nie wlicza się” wymaga rozumienia językowego, czyli jako „nie uwzględnia się” czy „nie bierze się pod uwagę”. Nie oznacza natomiast prawnego przerwania (lub innego „unicestwienia”) biegu terminu załatwienia sprawy, po ustaniu którego termin załatwienia sprawy biegłby na nowo. Nie jest to „zawieszenie” terminu w rozumieniu właściwym dla instytucji zawieszenia postępowania (z zastrzeżeniem okresu zawieszenia postępowania). W istocie nie jest to także inne „przerwanie” czy też wstrzymanie terminu, po której to przerwie byłby on kontynuowany. „Niewliczanie” to swo-

⁴⁷ Zob. wyrok NSA z 27 czerwca 2019 r., sygn. akt II OSK 197/19, Lex nr 2740758.

iste tylko pomijanie oznaczonego okresu w biegu terminu załatwienia sprawy, który został „otwarty” i taki pozostaje. Przepisy szczególne mogą jednak przyjąć odmienne rozwiązania. Przykładem takim był uchylony już art. 15zss ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. poz. 374 ze zm.), z którego wynikało, że w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 bieg terminu załatwienia sprawy, z uwagi na jego procesowy charakter, nie rozpoczynał się, a rozpoczęty ulegał zawieszeniu na ten okres.

Wnioski

W ogólnym postępowaniu administracyjnym organowi procesowemu wyznaczono efektywny czas dla załatwienia sprawy. Realność terminu załatwienia sprawy nie tylko wynika z samego wskazania okresów do niego niewliczanych, ale również z elastyczności opisanego niektórych z nich. Dotyczy to okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Realność terminu nie sprzeciwia się istocie zasady szybkości postępowania, lecz ją potwierdza. Wyraża bowiem prawne oczekiwanie, by sprawa została rozstrzygnięta, zapewniając jednocześnie organowi czas efektywny, a nie pozorny. Służy także osiągnięciu tej wartości, którą ustawodawca wyodrębnia i łączy z wymogiem działania szybkiego i prostego, czyli działania wnikliwego (art. 12 § 1 k.p.a.).

Wykaz literatury

- Adamiak B., *Glosa do postanowienia NSA z dnia 17 października 1997 r., IV SAB 31/97*, OSP 1998/10/185.
- Adamiak B., *Nowe instytucje ogólnego postępowania administracyjnego*, [w:] Materiały powielane z konferencji naukowej „Nowe zjawiska w administracji”, Kozubnik, 18–20 IX 1980, cz. I.
- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Borkowski J., *Glosa do postanowienia NSA z dnia 7 października 1983 r., SA/Lu 172/83*, OSPiKA 1985/7–8/125.
- Borkowski J. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1989.
- Borkowski J., *Glosa do wyroku NSA z 26 maja 1998 r., II SA 915/97 i 919/97*, OSP 1999/4/79.
- Dawidowicz W., *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, PWN, Warszawa 1962.

- Dawidowicz W., *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1983.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1997 [1969], <https://sjp.pwn.pl/doroszewski>.
- Hauser R., Skoczylas A. (red.), *Postępowania administracyjne i sądowoadministracyjne z kazusami*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1970.
- Jędrzejewski S., Ochendowski E., *Postępowanie administracyjne*, Wyd. UMK, Toruń 1988.
- Klat-Wertelecka L., Mudrecki A. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, ODDK, Gdańsk 2012.
- Kmiecik Z., Chróścielewski W. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Knysiak-Sudyka H. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex.
- Knysiak-Sudyka H. (red.), *Ogólne postępowanie administracyjne jurysdykcyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Kocot-Łaszczyca A., Łaszczyca G., *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kowalski M., *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Presscom, Wrocław 2013.
- Łaszczyca G., *Zażalenie w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Łaszczyca G., *Szczególny przypadek wszczęcia postępowania administracyjnego z urzędu*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 1.
- Łaszczyca G., *Zawieszenie ogólnego postępowania administracyjnego*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Łaszczyca G., *Odtwarzanie akt sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 9.
- Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–103*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Nowikowski I., *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, UMCS, Lublin 1988.
- Parchomiuk J., *Nadużycie prawa w prawie administracyjnym*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Słownik języka polskiego*, <https://www.sjp.pwn.pl>.
- Sorysz M., *Terminy w polskim procesie cywilnym*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Wierzbowski M., Wiktorowska A. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Wróbel A., Jaśkowska M., Wilbrandt-Gotowicz M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Ziemski K.M., *Zajęcie stanowiska a prawo bycia stroną postępowania administracyjnego (na przykładzie rady izby notarialnej)*, „Rejent” 1996, nr 2.
- Zimmermann J., *Nowe rodzaje postanowień w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 1.

Summary

The reality of time limits for the settlement of cases in general administrative proceedings

Keywords: settlement of cases, time limits, the Code of Administrative Proceedings.

The efficiency of proceedings is one of the fundamental procedural values in general administrative proceedings. To achieve it, the Code of Administrative Proceedings introduced various legal mechanisms and constructions, both of a preventive and repressive nature. Preventive mechanisms include the regulation setting of maximum time limits for the settlement of cases. It fulfils the primary function, ensuring the dynamics of the administrative proceedings. The term “time limit for the settlement of a case” appears in the provisions of the Code of Administrative Proceedings in two meanings: as a unit of time (period) and as a specific date, as in “a calendar date”. The feature of the time limit for the settlement of a case – resulting from art. 35 § 5 of the Code of Administrative Proceedings – is its reality, effectiveness. The method of calculating the time limit provides the public administrative body with real-time to settle a specific case. The provision indicates five periods that are not included in the time limit for the settlement of a case: a) time limits specified by law for the performance of specific actions, b) periods of suspension of the proceedings, c) periods of mediation, d) periods of delays for which the party is responsible and e) periods of delays for reasons not attributable to the authority. The reality of the time limit does not contradict the essence of the principle of efficiency of administrative proceedings but confirms it. It expresses the legal expectation that the case will be resolved while providing the administrative body with effective time, not apparent time. It also serves to achieve the value that the Code of Administrative Proceedings distinguishes and combines with the requirement of quick and simple action, i.e. insightful action (Article 12 § 1 of the Code of Administrative Proceedings).

Aneta Łyżwa

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-3285-7714

aneta.lyzwa@uwm.edu.pl

Prawno-kryminologiczne rozważania na temat katastrof w ruchu drogowym

Wprowadzenie

Zadaniem kryminologii i nauk pokrewnych, a zwłaszcza prawa karnego, jest stałe monitorowanie pojawiających się zjawisk patologicznych, takich jak przestępczość, poszukiwanie ich przyczyny oraz badanie rozmiarów i form ich występowania¹. Rolą tych nauk jest również tworzenie narzędzi prawnych służących zwalczaniu tychże negatywnych zjawisk, zaś misją doktryny jest ich naukowa deskrypcja. Za jeden z najbardziej newralgicznych obszarów, w którym niezbędna jest kontynuacja naukowego dyskursu, należy dziś uznać bezpieczeństwo w komunikacji – w zatrwajającym stopniu zagrożone przestępczością w postaci katastrof z art. 173 k.k.² i wypadków z art. 177 k.k. Jako ludzkość szczycimy się tym, że XXI w. cechuje błyskawiczny postęp technologiczny oraz towarzyszący jemu dynamiczny rozwój technik komunikacyjnych, lecz cywilizacyjne osiągnięcia człowieka w niektórych aspektach zaczynają obracać się przeciwko niemu.

Skalę cywilizacyjnych zagrożeń w postaci przestępczości przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji w dużej mierze ukazują dane statystycznie sukcesywnie gromadzone przede wszystkim przez Policję, ale też przez inne organy ścigania, w tym prokuraturę, a ponadto przez wymiar sprawiedliwości. Zamiarem autorki prezentowanego artykułu nie jest czynienie statystycznych analiz, lecz dla zobrazowania zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego w naszym kraju niezbędne jest przywołanie niektórych danych liczbowych. Z treści uchwały Krajowej Rady Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego z 22 kwiet-

¹ G. Kędzierska, W. Pływaczewski (red.), *Kryminologia wobec współczesnych wyzwań cywilizacyjnych*, Olsztyn 2010, s. 7.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

nia 2021 r. w sprawie przyjęcia sprawozdania „Stan bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz działania realizowane w tym zakresie w 2020 r.”³, opracowanego na podstawie danych statystycznych zebranych przez Policję, wynika, że w Polsce w 2019 r. na 1 mln mieszkańców 77 osób odniosło śmierć w zdarzeniach zaistniałych na drogach⁴. W roku 2020 liczba ta wyniosła 65 (łącznie w skali całego kraju – 2491 zabitych), co stanowi czwarty najwyższy wskaźnik śmiertelności w Unii Europejskiej. Wprawdzie odnotowano w tym zakresie spadek w stosunku do roku 2010, kiedy to w zdarzeniach drogowych zginęło 103 osoby na 1 mln mieszkańców, ale nie należy zapominać, że we wskazanym okresie znacznie zmalało natężenie ruchu pojazdów z uwagi na pandemię COVID-19⁵. Ponadto w 2020 r. zarejestrowano w naszym kraju 23 540 zdarzeń drogowych, w wyniku których osoby w nich uczestniczące poniosły śmierć bądź doznały obrażeń ciała⁶. Zdarzenia te wyczerpywały znamiona przestępstw z art. 173 k.k. oraz 177 k.k.

Mając na uwadze rozmiar wskazanej przestępczości, ważne jest, aby prowadzone w tym kierunku postępowania przygotowawcze cechowała wysoka jakość czynności dowodowych, pozwalająca na wykrycie sprawców oraz służąca prawnej ochronie interesów pokrzywdzonych.

Znamiona przestępstwa katastrofy w ruchu

Rozważania w obszarze problematyki katastrof w ruchu drogowym stylizowanych w art. 173 k.k., powinny być poprzedzone przybliżeniem znamion tegoż przestępstwa. Ścigany z oskarżenia publicznego występkiem sprowadzania katastrofy, w aktualnym stanie prawnym umiejscowiony jest w rozdziale XXI zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji”, a zatem rodzajowym przedmiotem ochrony ustawodawca objął bezpieczeństwo we wszystkich postaciach ruchu. Przepisy zawarte w tym rozdziale odwołują się ponadto do zasad bezpieczeństwa określonych w ustawie z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym⁷.

³ Uchwała nr 1/2021 Krajowej Rady Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego z dnia 22 kwietnia 2021 r. w sprawie przyjęcia sprawozdania „Stan bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz działania realizowane w tym zakresie w 2020 r.”, <https://www.krbrd.gov.pl/baza-wiedzy/raporty-o-stanie-brd/> (data dostępu: 10.10.2021).

⁴ W uchwale tej pojęcie „wypadek drogowy” jest m.in. rozumiane zgodnie z zarządzeniem nr 31 Komendanta Głównego Policji z dnia 22 października 2015 r. w sprawie metod i form prowadzenia przez Policję statystyki zdarzeń drogowych i oznacza „zdarzenie drogowe, w wyniku którego była osoba zabita lub ranna”.

⁵ Ibidem, s. 13–15.

⁶ Ibidem, s. 18.

⁷ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 450, 463, 694, 720, 1641); szerzej zob. także: R.A. Stefański, *Ustawa – Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Warszawa 2003.

Do znamion przestępstwa z art. 173 k.k. w typie podstawowym, jak wynika *in fine* z § 1, zalicza się sprowadzanie katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, zagrażającej życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach. Jest to czyn zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat dziesięciu. Ustawodawca statuuje również typy kwalifikowany oraz uprzywilejowany. W typie kwalifikowanym, zawartym w § 3, a zagrożonym karą pozbawienia wolności od dwóch do dwunastu lat, penalizacji podlega zachowanie sprawcy, którego następstwem jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób. Natomiast łagodniejszą odpowiedzialność karną poniesie sprawca katastrofy powodujący ją nieumyślnie, bowiem przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (typ uprzywilejowany z § 2). Jeżeli jednak katastrofa, o której mowa, zaistnieje na skutek czynu nieumyślnego, którego skutkiem będzie śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób (§ 4), występki taki jest zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 (kwalifikowany typ nieumyślnego spowodowania katastrofy).

W doktrynie bezspornie wyraża się pogląd, że śmierć, obrażenia ciała lub szkoda w mieniu stanowią element konstytutywny katastrofy i decydują o tym, że zdarzeniu w ruchu można nadać walor katastrofy, zaś zagrożenie wskazanych dóbr nadaje temu czynowi charakter katastrofy przestępnej określonej w art. 173 k.k. W przypadku katastrofy przestępnej mamy do czynienia z dwustopniową konstrukcją. Pierwszym stopniem jest realny skutek w postaci naruszenia dobra, zaś drugim – samo zagrożenie dobra prawnego⁸. Podkreślenia wymaga, że zagrożenie, o którym mowa w tym przepisie, musi być konkretne i realne, bowiem przestępstwo zachodzi wyłącznie, gdy zostanie stwierdzony stan niebezpieczeństwa dla dóbr wymienionych w treści tego artykułu⁹.

Obecnie obowiązujący Kodeks karny, podobnie jak poprzedzający go kodeks z 1969 r.¹⁰, nie zawiera legalnej definicji pojęcia „katastrofa”, a ponieważ aktualne przepisy art. 173 k.k. nawiązują w swym brzmieniu do treści art. 136 k.k. z 1969 r. (który penalizował w §1 sprowadzanie zdarzenia zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, mającego – między innymi – postać katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym¹¹),

⁸ R.A. Stefański, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, Warszawa 2010, s. 491; M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. ósme, Warszawa 2020, s. 606; A. Ważny, *Znamiona przestępstwa spowodowania katastrofy w ruchu lądowym*, „Prawo na Drodze” 2014, nr 11, s. 32; zob. też wyrok SA w Lublinie z 12 września 2013 r., sygn. akt II AKa 157/13, Lex nr 1369244.

⁹ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz (red.), op. cit., s. 606.

¹⁰ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.), akt archiwalny.

¹¹ Art. 136 k.k. z 1969 r. przewidywał również odpowiedzialność za sprowadzenie zdarzeń mających postać: zaważenia się budowli, zalewu albo obsunięcia się ziemi, skał lub śniegu, eksplozji materiałów wybuchowych lub łatwopalnych albo innego gwałtownego wyzwolenia energii, rozpowszechniania się substancji trujących, duszących lub parzących albo promieniowania radioaktywnego.

swą aktualność zachowuje wykładnia rzeczzonego pojęcia dokonywana zarówno przez przedstawicieli doktryny przedmiotu, jak i judykaturę. Jednakże największy wpływ na kształtowanie poglądów doktryny oraz linii orzecniczej w tym zakresie wywarła uchwała Izby Karnej Sądu Najwyższego z 28 lutego 1975 r. w sprawie o przestępstwa drogowe, w której sąd ten orzekł, że katastrofą w ruchu drogowym jest zdarzenie „(...) zakłócające w sposób nagły i groźny ruch lądowy, spowodzające konkretne, rozległe i dotkliwe skutki obejmujące większą liczbę ludzi lub mienie w znacznych rozmiarach (...)”¹². W świetle przywołanej uchwały Sądu Najwyższego katastrofa zakłóca w sposób nagły i groźny ruch lądowy oraz znamienna jest skutkami w zakresie powszechnym. Oznacza to nie tylko powszechne zagrożenie, będące wynikiem trudnej do opanowania siły bezwładności wielkich mas, którym nadano dużą szybkość, ale i wywołanie konkretnych zmian o cechach powszechności, a więc w takim stopniu rozległych i dotkliwych (przez objęcie skutkami większej liczby ludzi czy mienia w znacznych rozmiarach), że całe zdarzenie odpowiada semantycznemu i potocznemu znaczeniu terminu „katastrofa”¹³. Jak trafnie zauważa Andrzej Marek, przytoczone rozumienie pojęcia „katastrofa” można dziś odnieść także do innych rodzajów katastrof, tj. w ruchu kolejowym, wodnym i powietrznym¹⁴.

Omawiany występki może być popełniony umyślnie w postaci zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego, zarówno poprzez działanie, jak i zaniechanie¹⁵. Podmiotem tegoż przestępstwa może być każdy, a nawet osoby niebędące uczestnikiem ruchu. Na aprobatę zasługuje stanowisko Sądu Apelacyjnego w Krakowie zawarte w wyroku z 28 czerwca 1991 r., że „mogą to być osoby bezpośrednio uczestniczące w ruchu, sprawujące nadzór nad tym ruchem, np. dyspozytorzy, kontrolerzy ruchu, wykonujący roboty drogowe, a także osoby pozostające, poza tym ruchem, konstruktor pojazdu lub urządzenia, dystrybutor ruchu, a także osoby z zewnątrz dokonujące zamachu, np. przez przedstawienie semaforów, rozkręcenie szyn kolejowych”¹⁶. W doktrynie natomiast podkreśla się, że sprawcami mogą być bardzo różni uczestnicy ruchu, tacy jak: kierowcy pojazdów mechanicznych i niemechanicznych, pasażerowie pojazdów, jadący wierzchem, osoby pędzące zwierzęta, piesi, a ponadto osoby niebędące

¹² Uchwała SN Izby Karnej z 28 lutego 1975 r., sygn. akt V KZP 2/74, OSNKW 1975, Nr 3–4, poz. 33.

¹³ M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. 1, <https://sip.legalis.pl/documentview.seam?documentId=mjxw62zogi3damjwgizd-gnboobqxalrtgu4dcmyheza> (data dostępu: 2.09.2021).

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 413 i nast.

¹⁵ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 517; O. Górniok, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Warszawa 2010, s. 129; J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 173 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 471.

¹⁶ Wyrok SA w Krakowie z 28 czerwca 1991 r., sygn. akt II AKr 45/91, OSA 1991, Nr 4, poz. 21.

uczestnikami ruchu, jak np. budowniczowie drogi, pracownicy drogowi biorący udział w pracach remontowych i ich oznakowaniu, wszelkie osoby odpowiedzialne za bezpieczeństwo ruchu, osoby odpowiedzialne za należyty stan pojazdów, osoby dopuszczające (wbrew obowiązкови) do prowadzenia pojazdów kierującego w stanie nietrzeźwości lub niemającego wymaganych umiejętności. Ponadto przedstawiciele doktryny zauważają, że mogą to być także inne osoby dopuszczające się wszelkiego rodzaju zamachów godzących w bezpieczeństwo w komunikacji, w tym osoby rzucające przedmiotami w pojazdy znajdujące się w ruchu, zamykające drogi różnego typu przeszkodami, usuwające znaki ostrzegawcze, bądź ustawiające znaki fałszywe itp.¹⁷

Ponadto, jak zasadnie podnosi A. Marek, warunkiem niezbędnym odpowiedzialności za spowodowanie katastrofy jest jedynie stwierdzenie, że między zachowaniem się osoby, której zarzuca się sprawstwo, a skutkiem w postaci katastrofy istnieje związek przyczynowo-skutkowy, przy czym przyjmuje się, że związek taki zachodzi, gdy zachowanie sprawcy było bezpośrednią i wystarczającą przyczyną zaistnienia skutku¹⁸.

W konkluzji rozważań na temat znamion występkę z art. 173 k.k. należy jeszcze odnieść się, chociażby sygnałnie, do interpretacji pojęcia „wiele osób”. Zagadnienie to było w ostatnich latach przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, których stanowisko w przedmiotowej kwestii nie było spójne, a linia orzecznicza dość labilna, co budziło wiele interpretacyjnych kontrowersji po stronie przedstawicieli doktryny prawa karnego. Praktykom natomiast sprawiało trudność właściwe dokonywanie subsumpcji danego stanu faktycznego pod odpowiednie normy prawne, tj. oceny, czy należy prowadzić postępowania przygotowawczego w kierunku katastrofy z art. 173 k.k., czy wypadku z art. 177 k.k. Warto zatem przytoczyć wybrane poglądy w tym zakresie.

Zdaniem A. Marka pojęcie to nie jest liczebnikiem oznaczającym „kilkanaście”, lecz zalicza się do pojęć ocennych, oznaczających „dużo, dużą ilość lub liczbę”. Co więcej, w jego ocenie będzie to również liczba osób mniejsza niż dziesięć. Podobny pogląd prezentuje Kazimierz Buchała, który uważa, że „wiele osób” to ponad pięć¹⁹, a zatem obaj wybitni przedstawiciele doktryny prawa karnego podzielili w tym zakresie pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w jednym z orzeczeń dotyczący stanu faktycznego, związanego z zaistnieniem powszechnego niebezpieczeństwa. Sąd ten stwierdził wówczas, że „jeżeli liczba konkretnie zagrożonych osób wynosiła 6, a nadto w każdej chwili niebezpie-

¹⁷ J. Kochanowski, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 1991, s. 110–111; K. Buchała, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Warszawa 1961, s. 25; B. Gadecki, *Komentarz do rozdziału XXI*, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, A. Łyżwa, R. Łyżwa, *Kodeks karny. Część szczególna art. 148–251*, Warszawa 2020, s. 175–176.

¹⁸ Zob. szerz. A. Marek, op. cit., s. 413 i nast.

¹⁹ K. Buchała, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Warszawa 1973, s. 66.

czeństwo to mogło przybrać jeszcze szersze rozmiary, to w tych warunkach istnieją pełne podstawy do uznania, iż omawiane niebezpieczeństwo miało cechy powszechności”²⁰. Podobną interpretację wskazanego pojęcia zastosował także Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 28 października 2001 r., stwierdzając, że „skoro w konkretnym wypadku zagrożone było życie lub zdrowie siedmiorga małoletnich dzieci, wystarczy do stwierdzenia, że niebezpieczeństwem objętych było wiele osób”²¹.

Odmiennej interpretacji w powyższym zakresie dokonują natomiast Janusz Wojciechowski czy Ryszard Andrzej Stefański, którzy za „wiele osób” uważają co najmniej dziesięć²². Pogląd ten został następnie podzielony przez Sąd Apelacyjny w Lublinie, który orzekł, że „kilka” jest liczebnikiem określającym liczby od 3 do 9, porównując to pojęcie z jego definicją zawartą w *Uniwersalnym słowniku języka polskiego*²³. Ponadto, jak dalej zauważył ten sąd, w przedmiotowym słowniku „wiele” oznacza wielką liczbę osób, dużą liczbę osób, natomiast w piśmiennictwie podkreśla się, że o dużej liczbie osób można mówić w wypadku co najmniej kilkunastu. Dalej przyjął, że znaczenie znamienia „kilka” musi być inne niż „wiele”, a zatem zwrot „wiele” obejmuje „co najmniej 10 osób”²⁴. Podobnej wykładni pojęcia, o którym mowa, dokonał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 5 lipca 2018 r., stwierdzając, że przy ocenie, czy dane zdarzenie należy kwalifikować jako katastrofę w ruchu drogowym, czy też śmiertelny wypadek drogowy, to „zakładając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby chodziło o liczbę mniejszą niż dziesięć, posłużyłby się słowem »kilku«”²⁵. Wydaje się, że ta ostatnia wykładnia zasługuje na aprobatę.

Warto też dodać, że kryminalizacji podlega spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym, powietrznym i wodnym (art. 174 k.k.), jak również przygotowanie do spowodowania katastrofy (art. 175 k.k.).

²⁰ Orzeczenie zacytowane [w:] K. Buchała, *Niektóre problemy wykładni znamion przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 9.

²¹ Wyrok SA w Katowicach z 28 października 2001 r., sygn. akt II AKa 372/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 7–8.

²² J. Wojciechowski, *Kodeks karny: komentarz, orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 258; R.A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 30.

²³ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1–4, Warszawa 2003.

²⁴ Wyrok SA w Lublinie z 18 lipca 2013 r., sygn. akt II AKa 117/13, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/153000000001006_II_AKa_000117_2013_Uz_2013-07-18_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/153000000001006_II_AKa_000117_2013_Uz_2013-07-18_001) (data dostępu: 2.09.2021).

²⁵ Wyrok SA w Szczecinie z 5 lipca 2018 r., sygn. akt II AKa 104/18, Lex nr 2547712.

Czynności dowodowe organów ścigania w związku z katastrofą w ruchu drogowym – uwagi kilka na temat oględzin miejsca zdarzenia

Z uwagi na charakter przestępstw z art. 173 k.k., w tym konieczność niezwłocznego zabezpieczenia śladów i dowodów na miejscu zdarzenia przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, śledztwa w tych sprawach są inicjowane w trybie art. 308 k.p.k.²⁶ Natychmiastowe wykonanie czynności procesowych jest tu bowiem niezbędne, bowiem ich przesunięcie w czasie byłoby jednoznaczne z faktyczną niemożnością ich późniejszego dokonania bądź – w najlepszym wypadku – byłoby potem związane z niewspółmiernymi trudnościami²⁷. Słusznie wskazuje się w literaturze, że przeprowadzenie czynności na zasadach określonych w przepisie, o którym mowa, nie oznacza zwolnienia organów procesowych od zachowania wszelkich przewidzianych przez prawo gwarancji procesowych uczestników tych czynności, bowiem ich konwalidacja może być utrudniona z uwagi na niepowtarzalny charakter niektórych z nich – często podejmowanych bezpośrednio na miejscu zdarzenia w określonych, charakterystycznych dla danej chwili warunkach²⁸.

Charakter prezentowanego artykułu nie pozwala nie omówienie wszystkich rodzajów czynności dowodowych podejmowanych przez organy ścigania (Policję i prokuraturę) w przypadku zaistnienia katastrofy w ruchu lądowym z art. 173 k.k. Do najistotniejszych z nich, mając na uwadze realizację celów postępowania przygotowawczego określonych w art. 297 k.k., należy zaliczyć niewątpliwie oględziny miejsca zdarzenia, osób i rzeczy. Z kryminalistycznego punktu widzenia oględziny są bowiem podstawową czynnością śledczą, będącą punktem wyjścia do dalszych czynności technicznych i taktycznych²⁹. W zależności od okoliczności zdarzenia, kluczowe dla ustalenia stanu faktycznego mogą się również okazać środki dowodowe w postaci zeznań świadków (w tym pokrzywdzonych) i podejrzanych (niekiedy zweryfikowane w drodze konfrontacji, czy też okazań). Bywa, że niezbędne będzie ponadto przeprowadzenie przeszukań pomieszczeń bądź osób czy też przeprowadzenie eksperymentu procesowego. Niekiedy sięga się również do pozaprocesowej wizji lokalnej w celu „unaocznienia przebiegu zdarzenia i pełniejszego zorientowania się w sytuacji lub uściślenia na miejscu zebranych dotychczas informacji, jak również skontrolowania prawidłowości zapisów zamieszczonych w protokołach

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

²⁷ L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 67.

²⁸ M. Błoński, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2012 r., II KK 313/11*, 2013, Lex.

²⁹ B. Grzelak, A. Solarz (red.), *Ślady. Metodyka ujawniania i zabezpieczania śladów oraz pobierania materiału porównawczego*, Warszawa 1967, s. 5.

ogłędzin oraz zapewnienia bezpośredniej orientacji co do przebiegu zdarzenia i co do możliwości czynienia spostrzeżeń przez osoby obecne na miejscu zdarzenia”³⁰. Mając jednak na uwadze, że w sprawach karnych dotyczących katastrof, zaistniałych w ruchu drogowym, najbardziej cenne dowody (najpełniej umożliwiające rekonstrukcję przebiegu zdarzenia i stanu faktycznego w sprawie) zbiera się w toku oględzin miejsca zdarzenia, czynności tej należy poświęcić kolejne rozważania. Jednakże z racji tego, że tematyka oględzin od wielu lat cieszy się ogromnym zainteresowaniem w środowisku naukowym i powstało w tym obszarze wiele cennych opracowań autorstwa wybitnych uczonych, wypada skupić się jedynie na wybranych aspektach tejże czynności.

Należy po raz kolejny podkreślić, że katastrofy w ruchu drogowym mogą mieć zróżnicowaną specyfikę, uzależnioną m.in. od rodzaju pojazdów w niej uczestniczących, liczby przewożonych w nich ludzi i doznanego przez nich stopnia uszkodzenia ciała (śmierci), jak również rodzajów transportowanych ładunków (niekiedy substancji niebezpiecznych dla życia i zdrowia). Zdarzenia te ze swej istoty wywołują rozległe szkody oraz wiążą się z wysokim stopniem trudności podejmowanych czynności dowodowych. Stąd też niezbędne jest posiadanie w tym zakresie wysokich kwalifikacji przez funkcjonariuszy Policji i prokuratorów oraz uczestnictwo w tego typu oględzinach odpowiednich biegłych (w tym przede wszystkim z zakresu techniki samochodowej i ruchu drogowego) oraz specjalistów służących pomocą w ramach wykonywanych czynności technicznych, w szczególności wykonania pomiarów, obliczeń, zdjęć, utrwalenia śladów itd. – jak słusznie zauważa Wojciech Kotowski, niezwykle pomocnym materiałem podczas rekonstrukcji przebiegu zdarzenia jest panoramiczne zdjęcie miejsca zdarzenia wykonane z lotu ptaka³¹. Częstym utrudnieniem dla funkcjonariuszy organów ścigania jest trwająca równocześnie na miejscu zdarzenia akcja ratownicza, która wielokroć łączy się z koniecznością użycia ciężkiego sprzętu służącego do np. rozcinania zmiążdżonych pojazdów w celu poszukiwania i wydobywania z ich wraków żyjących osób, ciał ofiar oraz usuwania wszelkiego rodzaju innych skutków katastrofy. Fakt ten dodatkowo utrudnia działania organów procesowych, bo część śladów oraz dowodów rzeczowych ulega wówczas zatarciu, uszkodzeniu bądź całkowitej utracie. Dodatkową okolicznością komplikującą rzetelne przeprowadzenie oględzin miejsca zdarzenia bywa potrzeba ich realizacji w jak najkrótszym czasie, z uwagi na konieczność udrożnienia drogi i niezwłocznego przywrócenia ruchu pojazdów³².

Zakres oględzin miejsca katastrofy drogowej jest zatem implikowany charakterem zdarzenia. W przypadku czołowego zderzenia pojazdów, najechania

³⁰ Wyrok SN z 14 kwietnia 1981 r., sygn. akt IV KR 60/81, OSNPG 1981, Nr 11, poz. 120.

³¹ W. Kotowski, *Policyjne czynności na miejscu wypadku drogowego*, „Palestra” 2012, nr 5-6, s. 231.

³² Por. A. Łyżwa, M. Tokarski, *Katastrofy w transporcie kolejowym. Ujęcie prawnokarne*, Olsztyn 2020, s. 111–112.

pojazdów na siebie bądź na inne przeszkody, upadku pojazdu z wysokości czy też wyjechania poza obszar drogi – najwięcej śladów znajduje się zwykle poza bezpośrednim miejscem zaistnienia katastrofy i tam właśnie należy ich poszukiwać. Utrwalając w protokole miejsce zdarzenia, należy je skrupulatnie opisać, szczególną uwagę zwracając na położenie pojazdów i ich stan techniczny. Ważne jest też opisanie miejsc, w których znajdują się urządzenia wykorzystywane do organizacji ruchu drogowego i służące jego bezpieczeństwu. Nie mniej istotne jest opisanie warunków atmosferycznych i oświetleniowych, związanych z porą doby, pogodą (opadami, mgłą i widocznością), oświetleniem naturalnym i sztucznym, temperaturą. Uwadze organu procesowego nie może też umknąć topografia miejsca zdarzenia oraz odpowiednich odcinków przed i za tym miejscem. Kluczowe bywa także precyzyjne opisanie stanu nawierzchni drogowej oraz drogi przebiegu pojazdu drogowego przed miejscem zdarzenia, tj. przede wszystkim określenie rodzaju i stanu nawierzchni jezdni oraz pobocza, zamieszczenie w protokole informacji na temat funkcjonowania sygnalizacji świetlnej, opisanie oznakowania poziomego i pionowego, a gdy do zdarzenia doszło na łuku drogi – dokonanie pomiaru krzywizny tego łuku w sposób umożliwiający wyliczenie jego promienia³³.

Odrębnym zagadnieniem są oględziny zwłok na miejscu zdarzenia, którym autorka nie poświęci w tym miejscu uwagi. Warto jedynie przypomnieć, że czynność tę przeprowadza się na zasadach określonych w trybie art. 209 k.p.k. Funkcjonariusze Policji sięgają też w tym zakresie do przepisów tzw. prawa resortowego³⁴.

Wiedzy specjalnej wymagają oględziny pojazdów uczestniczących w katastrofie, o której mowa. Stąd też powinny być one przeprowadzane z udziałem odpowiedniego biegłego oraz z pomocą specjalistów. Jak nakazują kanony policyjnej metodyki, w protokole z przebiegu przedmiotowej czynności należy m.in. utrwalić: stan poszczególnych układów pojazdu (kierowniczego, hamulcowego, instalacji elektrycznej, w tym stan oświetlenia, stan kół pojazdu itp.), pozycję dźwigni zmiany biegów, długość pojazdów oraz ślady (głównie mecha-

³³ *Metodyka oględzin miejsc przestępstw o charakterze terrorystycznym i katastrof*, Warszawa 2019, opracowanie zmodyfikowane przez Zespół zadaniowy ds. usprawnienia działań w zakresie identyfikacji ciał ofiar katastrofy, powołany na mocy decyzji nr 33 Przewodniczącego Międzyresortowego Zespołu ds. Zagrożeń Terrorystycznych z dnia 28 lipca 2017 r., s. 28–29 (pierwotnie stanowiąca załącznik do pisma zastępcy Komendanta Głównego Policji Aom-1369/2012 z 24 października 2012 r.); zob. też: W. Kotowski, *Z problematyki postępowań w sprawach o wypadki drogowe*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, s. 143–152.

³⁴ Czyli m.in.: wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów (Dz. Urz. z 2017 r., poz. 59), zmienione przez wytyczne nr 2 Komendanta Głównego Policji z dnia 1 lipca 2019 r., zmieniające wytyczne w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów (Dz. Urz. z 2019 r., poz. 92), jak również Procedury postępowania Policji podczas organizowania i przeprowadzania oględzin miejsca przestępstwa, stanowiące załącznik do pisma Komendanta Głównego Policji Ad-1078/2001 z dnia 7 sierpnia 2001 r.

noskopijne) występujące w obrębie podwozia i nadwozia, stan pulpitu kierowcy i innych urządzeń w pojeździe drogowym. Ponadto niezbędne jest, aby wykryć i zabezpieczyć wszelkie ślady (przeważnie biologiczne bądź osmologiczne) mogące posłużyć do ustalenia rozmieszczenia osób w pojeździe w chwili zdarzenia³⁵.

Zagadnieniem, któremu warto poświęcić większą uwagę na gruncie niniejszego artykułu, jest problem kompletnego oraz właściwego zabezpieczania dowodów rzeczowych na miejscu katastrofy drogowej. W przypadku zdarzeń z udziałem samochodu ciężarowego jedną z najistotniejszych czynności procesowych jest zabezpieczenie tachografu cyfrowego w toku oględzin pojazdu, który może się okazać koronnym dowodem w sprawie. W czynności tej powinien uczestniczyć odpowiedni biegły, który w jej trakcie może nawet przeprowadzić ekspertyzę, bowiem należy przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 212 k.p.k. w toku oględzin można również dokonywać innych czynności procesowych. Zaznaczenia wymaga, że organ procesowy powinien m.in. dążyć do ustalenia, czy w tachografie nie wprowadzono zmian konstrukcyjnych umożliwiających manipulowanie danymi dotyczącymi czasu pracy kierowcy. Jak bowiem pokazuje praktyka, możliwe jest wprowadzanie do tego urządzenia zmian polegających na wmontowaniu wewnątrz czujnika ruchu dodatkowych układów elektronicznych, umożliwiających zakłócanie sygnałów przekazywanych do przyrządu rejestrującego, oraz wprowadzeniu do instalacji tachografu urządzenia elektronicznego do zakłócania drugim niezależnym sygnałem prędkości wymiany danych pojazdu przekazywanych przez magistralę³⁶.

Cennym dowodem rzeczowym mogą też okazać się tzw. czarne skrzynki, czyli rejestratory pozwalające na odtworzenie przebiegu katastrof i wypadków drogowych, montowane od kilku lat w pamięciach sterowników samochodów osobowych najnowszej generacji. Od maja 2022 r. nowe modele samochodów sprzedawanych w Unii Europejskiej będą obowiązkowo wyposażone w szereg systemów asystujących kierowcy, a także w rejestratory, o których mowa. Warto wyjaśnić, czym jest „czarna skrzynka”. To wyodrębniona część pamięci w sterowniku samochodu, w której stale nadpisywane są parametry jazdy – w tym prędkość, status uruchomienia i działania poszczególnych urządzeń (ABS, ESP i in.), przyspieszenie kątowe, ciśnienie w układzie hamulcowym (wskazuje, czy kierowca próbuje hamować), stopień otwarcia przepustnicy (wskazuje, czy kierowca naciska gaz), kąt obrotu kierownicy i in. W przypadku zarejestrowania zdarzenia (silne opóźnienie, wstrząs, uruchomienie zabezpieczeń pirotechnicznych itp.) w pamięci urządzenia zapisywane są trwale parametry jazdy na kilka lub kilkanaście sekund przed zdarzeniem, w jego trakcie i jakiś czas po nim. Danych zapisywanych przez niektóre pojazdy jest

³⁵ Ibidem, s. 29–30.

³⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 29 stycznia 2020 r., sygn. akt VI SA/Wa 1734/19, Lex nr 3014986.

tak wiele, że znając je, można ocenić nawet, która z osób jadących w pojeździe siedziała za kierownicą, jakie czynności wykonywała przed i w trakcie zdarzenia, z której strony nastąpiło uderzenie, czy samochód przed katastrofą/wypadkiem opuścił pas ruchu itp.³⁷ Podsumowując, są to dane pozwalające odtworzyć przebieg zdarzenia drogowego. Do ich odczytania potrzebne jest jednak specjalistyczne oprogramowanie i wiedza specjalna, jaką posiada jedynie biegły.

W tym miejscu wypada zauważyć, że listy biegłych prowadzonych przez prezesów sądów okręgowych powinny podlegać systematycznej weryfikacji co do kompetencji biegłych z zakresu techniki pojazdów, z uwagi na dynamiczny postęp technologiczny w motoryzacji. Stąd też autorka postuluje, aby rozważyć wprowadzenie specjalnej formy weryfikacji tejże wiedzy, np. w formie obowiązkowych ankiet dla biegłych, zawierających pytania odnoszące się (w szczególności) do ich możliwości opiniowania w odniesieniu do nowoczesnych rozwiązań technicznych w pojazdach samochodowych.

Pomocne w rzetelnym i sprawnym przeprowadzeniu oględzin byłoby korzystanie przez funkcjonariuszy organów ścigania z nowoczesnych technologii śledczych, których wciąż przybywa w związku z dynamicznym postępem w zakresie technik kryminalistycznych. Należy mieć nadzieję, że wkrótce (gdy tylko możliwości finansowe poszczególnych jednostek organizacyjnych Policji na to pozwolą) wspomniane technologie na szeroką skalę zastąpią taśmy miernicze, wózki pomiarowe i dalmierze, a tym bardziej ręczne metody utrwalania miejsca zdarzenia, takie jak np. szkice sytuacyjne, fotografie czy też zapisy video. Jak bowiem słusznie zauważył Józef Gurgul, wartość dowodowa śladów zależy nie tylko od prawidłowego ich zabezpieczenia technicznego, ale też od profesjonalizmu sporządzonej *in concreto* dokumentacji czynności³⁸. Katalog technicznych rozwiązań dedykowanych obecnie utrwalaniu czynności na miejscu zdarzenia jest bardzo obszerny, a jego zasoby nie stanowią zamkniętej listy rozwiązań³⁹. Pożądanym byłoby zatem wykorzystywanie w toku oględzin miejsc katastrof w ruchu drogowym takich osiągnięć współczesnej techniki, jak: naziemne skanowanie 3D (łącznie pomiar i rejestrację obrazu oraz umożliwiające udokumentowanie, analizę, rekonstrukcję i trójwymiarową wizualizację miejsca), technologia do zabezpieczania i cyfrowego odtwarzania trójwymiarowej topografii miejsca zdarzenia w ramach powstałej w tym celu w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym Policji platformy informatyczno-sprzętowej, metoda SfM (ang. *Structure from Motion*), pozwalająca na

³⁷ <https://www.auto-swiat.pl/wiadomosci/aktualnosci/czarne-skrzynki-w-autach-i-asystent-predkosc-obowiazkowo-juz-za-rok/jqvklx2> (data dostępu: 15.10.2021).

³⁸ J. Gurgul, *O organizacyjnych i psychologicznych problemach oględzin miejsca z perspektywy doświadczeń praktyka*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 269, s. 34.

³⁹ M. Zubańska, *Nowe technologie w kryminalistyce. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, Olsztyn 2019, s. 95–96.

skanowanie jednolitych płaskich powierzchni, jak i powierzchni o wysoce powtarzalnych wzorach (z użyciem kamer multispektralnych) czy wreszcie bezzałogowe statki powietrzne zwane dronami⁴⁰.

Katastrofa drogowa w Nowym Mieście nad Pilicą – studium przypadku

W celu zobrazowania stopnia trudności oraz skali działań Policji i prokuratury w związku z zaistnieniem przestępstwa z art. 173 k.k., w tym miejscu analizie poddany zostanie przypadek katastrofy w ruchu lądowym zaistniałej 12 października 2010 r. w Nowym Mieście nad Pilicą w woj. mazowieckim. Co prawda przedmiotowe zdarzenie zaistniało jedenaście lat temu, lecz ustawowa procedura postępowania karnego w sprawach katastrof z art. 173 k.k. i wypadków z art. 177 k.k. nie uległa zmianie, zaś doprecyzowujące ją akty prawne niższego rzędu (a zwłaszcza zarządzenia i wytyczne Komendanta Głównego Policji) jak dotychczas poddano nowelizacjom nierzutującym w sposób istotny na taktykę i technikę prowadzenia czynności wykrywczych we wskazanym obszarze. Ponadto, w ocenie autorki przedmiotowego artykułu, postępowanie dowodowe w tej sprawie zostało przeprowadzone na tyle rzetelnie, że warto je przybliżyć z uwagi na walory praktyczne.

Rzeczony studium dokonane będzie w oparciu o badania aktowe materiałów zgromadzonych w ramach śledztwa przeprowadzonego w tej sprawie przez Prokuraturę Okręgową w Radomiu⁴¹. Przedmiotowe zdarzenie istotnie poruszyło opinię publiczną i zostało szeroko nagłośnione przez media, jako jedno z najtragiczniejszych w historii polskiej komunikacji drogowej. Mimo tego, niniejsze studium oparto wyłącznie na materiale dowodowym zebranym przez organy ścigania w toku zrealizowanego postępowania przygotowawczego, co było zabiegiem celowym, bowiem jest to źródło bezpośrednie i wolne od dziennikarskich interpretacji.

Z analizy treści materiałów zawartych w aktach V Ds 69/10 wynika, że 12 października 2010 r. o godz. 6.20 oficer dyżurny Komendy Powiatowej Policji w Grójcu otrzymał zgłoszenie dotyczące zdarzenia drogowego zaistniałego na drodze wojewódzkiej nr 707 w Nowym Mieście nad Pilicą. W chwili gdy pierwszy policyjny patrol z Wydziału Ruchu Drogowego dojechał na wskazane miejsce, trwała tam już akcja ratownicza prowadzona przez zespoły pogotowia ratunkowego i miejscowe jednostki państwowej oraz Ochotniczej Straży Pożarnej. Okazało się, że na wskazanej drodze, w obszarze niezabudowanym, doszło do czołowego zderzenia dwóch pojazdów, tj. samochodu ciężarowego

⁴⁰ Ibidem, s. 96–102.

⁴¹ Akta śledztwa przeprowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Radomiu, sygn. akt V Ds 69/10. Badanie zawartości akt zostało przeprowadzone przez autorkę w 2016 r.

z naczepą Volvo FL (TIR), kierowanego przez Tomasza S. i jadącego z Rawy Mazowieckiej do Nowego Miasta nad Pilicą, oraz VW-T4 (tzw. busa), kierowanego przez Mirosława B. i jadącego w kierunku przeciwnym.

Jak udokumentowały organy ścigania, do zderzenia doszło podczas manewru wyprzedzania zapoczątkowanego przez kierującego „busem”, w warunkach ograniczonej do około 50 m widoczności z powodu panującej na drodze gęstej mgły. Mirosław B. wyprzedzał bliżej nieustalony pojazd marki MAN model TGX z naczepą typu cysterna, kierowany przez nieustaloną osobę. Wewnątrz „busa” znajdowało się, oprócz kierowcy, siedemnaście osób, podczas gdy auto to było konstrukcyjnie przystosowane do przewozu maksymalnie sześciu pasażerów (nie włączając do tej liczby kierującego).

W wyniku zderzenia pojazdów śmierć na miejscu poniosło szesnaście osób jadących VW-T4, w tym kierujący wymienionym pojazdem. Dwoje pasażerów samochodu VW-T4 oraz kierujący samochodem ciężarowym Volvo Tomasz S., zostali przewiezieni do szpitali w Nowym Mieście nad Pilicą i Radomiu. Kierujący samochodem Volvo doznał ogólnych, niezagrażających życiu, obrażeń, natomiast pozostali pokrzywdzeni zmarli w szpitalu. Jak ustalono w toku śledztwa, pasażerowie „busa” jechali do pracy przy zbiorze owoców sezonowych.

Z analizy akt wynika, że w budynku Urzędu Miejskiego w Nowym Mieście nad Pilicą zorganizowano punkt informacyjny dla rodzin ofiar katastrofy, którym jednocześnie udzielano pomocy z wykorzystaniem policyjnych zespołów psychologów. Zorganizowano także spotkanie z osobami najbliższymi dla ofiar, w którym udział wziął wojewoda łódzki.

Na miejsce katastrofy przybyli ponadto: Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, wojewoda mazowiecki, Komendant Główny Policji oraz Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej.

Po zakończeniu czynności procesowych na miejscu zdarzenia, zwłoki ofiar katastrofy zostały przewiezione do Zakładu Medycyny Sądowej w Warszawie, gdzie ostatecznie poddano je oględzinom wewnętrznym (tzw. badaniom sekcijnym). Karawany przewożące ciała były pilotowane przez Policję (w pilotażu wzięło udział dwudziestu pięciu policjantów i wykorzystano przy tym jedenaście oznakowanych pojazdów służbowych).

Ruch na drodze numer 707 był w tym dniu zablokowany od godz. 6.20 do 16.30. Na miejscu katastrofy swoje ustawowe zadania wykonywały służby aktywowane w ramach prowadzonej (w pierwszej kolejności) akcji ratowniczej, tj. pogotowie ratunkowe, straż pożarna oraz służby Policji (prewencyjne, kryminalne, logistyczne). Czynności procesowe realizowały służby dochodzeniowo-śledcze Policji pod kierunkiem oraz pod nadzorem prokuratorów z Prokuratury Rejonowej w Grójcu oraz Prokuratury Okręgowej w Radomiu. Z uwagi na poważny charakter oraz rozległość skutków przedmiotowego zdarzenia, zaistniała ponadto sytuacja kryzysowa, o której mowa w ustawie

z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym⁴², co wiązało się również z reakcją ze strony podmiotów odpowiedzialnych za przebieg i koordynację zadań z zakresu zarządzania kryzysowego.

Z zawartej w aktach śledztwa karty informacyjnej sporządzonej przez Państwową Straż Pożarną w Grójcu wynika, że do działań na miejscu katastrofy skierowano następujące siły i środki:

- z Komendy Powiatowej Policji w Grójcu – 29 policjantów;
- z Komendy Miejskiej Policji w Radomiu – 2 techników kryminalistyki;
- z Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu: z Samodzielnych Pododdziałów Prewencji Policji – 17 osób, z Laboratorium Kryminalistycznego – 2 osoby, z Wydziału Kontroli – 1 osobę, ze Sztabu Policji – 3 osoby, z zespołu psychologów – 3 osoby, z Wydziału Ruchu Drogowego – 2 osoby, z zespołu prasowego – 2 osoby (w sumie 79 policjantów), a ponadto pojazd Ruchomego Stanowiska Dowodzenia i 24 radiowozy;
- z Komendy Wojewódzkiej Policji w Kielcach, Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi oraz z Komendy Głównej Policji – zespoły psychologów;
- z Państwowej Straży Pożarnej w Grójcu – 19 osób;
- z Ochotniczej Straży Pożarnej w Nowym Mieście nad Pilicą – 13 druhów, z Ochotniczej Straży Pożarnej w Zdżarach – 6 druhów (w sumie 38 strażaków i 10 pojazdów).

Ponadto do akcji ratowniczej próbowano wykorzystać helikopter, lecz z uwagi na gęstą mgłę pilot nie mógł wylądować w okolicy miejsca zdarzenia.

Bezpośrednio po zakończeniu akcji ratowniczej organy ścigania przystąpiły do realizacji postępowania dowodowego w sprawie.

W ramach czynności przeprowadzonych w niezbędnym zakresie, tj. w trybie art. 308 k.p.k., przede wszystkim przeprowadzono oględziny miejsca zdarzenia, oględziny zwłok, przesłuchano świadków oraz wydano stosowne postanowienia o zasięgnięciu opinii biegłych.

Oględziny miejsca zdarzenia rozpoczęto w dniu zaistnienia katastrofy, bezpośrednio po zakończeniu akcji ratowniczej. Czynność tę zrealizował prokurator Prokuratury Rejonowej w Grójcu z udziałem specjalistów w osobach dwóch techników kryminalistyki z Komendy Powiatowej Policji w Grójcu oraz eksperta z Laboratorium Kryminalistycznego z Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu. W toku oględzin dołączyło do nich dwóch biegłych z Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji w Warszawie. Przebieg oględzin utrwalano technicznie przy pomocy sferycznej kamery video i aparatów fotograficznych. Oględziny prowadzono w porze昼iennej, bez użycia sztucznego oświetlenia, przy niewielkim zachmurzeniu, lecz przy panującej wciąż mgle.

⁴² Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1856; z 2021 r., poz. 159).

Podkreślenia wymaga, że oględziny miejsca zdarzenia zostały zrealizowane osobiście przez prokuratora, z udziałem odpowiednich biegłych oraz specjalistów, co czyni zadość przepisom rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁴³. Ze wskazanego aktu prawnego wynika bowiem obowiązek osobistego wykonywania przez prokuratora czynności na miejscu takiego zdarzenia, którego skutkiem jest śmierć człowieka (a także innych zadań wskazanych przez kierownika danej jednostki prokuratury)⁴⁴. Nadmienić też wypada, że jeśli we wskazanej czynności udział bierze prokurator, z mocy prawa posiada on status kierującego tą czynnością bądź – jeśli dokonuje jej osobiście – status prowadzącego tę czynność. Funkcjonariusze Policji, biegli i specjaliści (przeważnie policyjni technicy kryminalistyki) powinni zatem realizować zadania w granicach określonych przez wyżej wymieniony podmiot, wykonując jego polecenia i wytyczne.

Ponadto nie może umknąć uwadze, że omawiane oględziny miejsca katastrofy zostały przeprowadzone na tyle rzetelnie, iż nie zachodziła potrzeba ponownego ich realizowania w ramach tzw. reogłędzin. Jak pokazuje praktyka, jest to rzadkość, bowiem z reguły oględziny miejsca katastrofy przeprowadzane są kilkakrotnie, mimo niepowtarzalnego charakteru tej czynności⁴⁵.

Kolejną fundamentalną czynnością procesową podjętą na miejscu katastrofy w trybie art. 308 k.p.k. były udokumentowane w odrębnym protokole, oględziny zewnętrzne zwłok. Przeprowadzili je prokuratorzy z Prokuratury Rejonowej w Grójcu i Prokuratury Okręgowej w Radomiu przy udziale policyjnych techników kryminalistyki i protokolantów.

Pewne zastrzeżenia może budzić brak obecności przy zewnętrznych oględzinach zwłok biegłego z zakresu medycyny sądowej. Jednakże z uwagi na fakt, że w toku dalszych czynności prokurator – referent sprawy wydał postanowienie o zasięgnięciu opinii tegoż biegłego w związku z oględzinami połączonymi z otwarciem zwłok, należy uznać, iż nie było to istotne uchybienie i nie rzutowało w żaden sposób na jakość zgromadzonego w śledztwie materiału dowodowego. Należy też dodać, że prokurator niezwłocznie powołał biegłych z zakresu medycyny sądowej w celu ustalenia tożsamości ofiar katastrofy na podstawie badań DNA.

⁴³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2016 r., poz. 508 ze zm.), § 123.

⁴⁴ Ibidem, § 52.

⁴⁵ Wnioski autorki wyciągnięte na podstawie badań akt spraw karnych prowadzonych w kierunku art. 173 k.k. i art. 177 k.k., zrealizowanych w latach 2015–2018, w ramach zadania pt. „Grupy robocze w procesie wykrywania i zwalczania wybranych kategorii przestępstw”, nr IBnPKiT-1/2015/P/AL, na utrzymanie potencjału badawczego Wydziału Bezpieczeństwa Wewnętrznego Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie.

12 października 2010 r. prokurator Prokuratury Okręgowej w Radomiu wydał postanowienie o formalnym wszczęciu śledztwa „w sprawie spowodowania katastrofy w ruchu lądowym, w dniu 12 października 2010 roku, na drodze nr 707, w odległości 2 km od Nowego Miasta nad Pilicą, w której śmierć poniosło 18 osób jadących samochodem m-ki VW-T4, tj. o przestępstwo z art. 173 § 1 i 3 k.k.”.

20 października 2010 r. prokurator z udziałem dwóch biegłych z zakresu techniki samochodowej i ruchu drogowego oraz policyjnego technika kryminalistyki przeprowadził oględziny pojazdów (zabezpieczonych na policyjnym parkingu), które brały udział w katastrofie. W toku tejże czynności zabezpieczono również z samochodu ciężarowego marki Volvo urządzenie pomiarowe – tachograf, w celu stwierdzenia jaką drogę przejechał tenże pojazd w dniu katastrofy, jak wyglądała aktywność (okres pracy) kierowcy we wskazanym dniu, z jaką prędkością poruszał się pojazd w chwili zdarzenia oraz jaka była i jak się zmieniała prędkość rzeczzonego pojazdu na drodze nr 707, na odcinku jednego kilometra do miejsca katastrofy.

Jednocześnie biegli, o których mowa, przeprowadzili ekspertyzę, w ramach której stwierdzili: jaki jest stan techniczny obu pojazdów, jakie uszkodzenia powstały w pojazdach w następstwie katastrofy, a ponadto ustalili, czy znajdujące się w pojazdach układy i urządzenia mające wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego były sprawne w chwili katastrofy.

Dodatkowo prokurator uzyskał opinię biegłych z zakresu techniki samochodowej i ruchu drogowego (powołanych postanowieniem o zasięgnięciu opinii biegłego z 18 kwietnia 2011 r.), zawierającą odpowiedzi na niżej wymienione (warte przytoczenia z praktycznej perspektywy) pytania:

- „Z jaką prędkością bezpośrednio przed zaistnieniem katastrofy poruszały się oba pojazdy?

- Czy możliwe jest ustalenie, z jaką prędkością poruszał się samochód VW-T4 bezpośrednio przed oraz w trakcie podjętego przez kierowcę Mirosława B. manewru wyprzedzania?

- Czy warunki atmosferyczne panujące w chwili zaistnienia katastrofy, mające wpływ m.in. na widoczność, pozwalały na bezpieczne podjęcie przez Mirosława B., kierującego pojazdem m-ki VW-T4, manewru wyprzedzania jadącego przed nim samochodu ciężarowego z naczepą typu cysterna?

- Czy kierujący pojazdami mieli możliwość uniknięcia katastrofy, a jeżeli tak, to w jaki sposób?

- Który z uczestników katastrofy kierujących ww. pojazdami naruszył zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym i ją spowodował/przyczynił się do jej zaistnienia?”.

Należy także podnieść, że w ramach czynności wykrywczych, mających na celu ustalenie danych kierowcy samochodu ciężarowego marki MAN z cysterną, który nie zatrzymał prowadzonego przez siebie pojazdu tuż po zaist-

nieniu katastrofy i nie udzielił pomocy pokrzywdzonym w wyniku tego przestępstwa, prokurator – referent sprawy powołał biegłego z Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego w Warszawie, aby uzyskać ekspertyzę z zabezpieczonego uprzednio przez Policję w Nowym Mieście nad Pilicą zapisu video z monitoringu obejmującego obszar drogi, po której mógł się poruszać wspomniany pojazd.

Podkreślenia wymaga nadto, że w toku przeprowadzonych czynności wykrywczych, prokurator – referent postępowania przygotowawczego przeprowadził osobiście szereg istotnych czynności procesowych, w tym m.in.:

1. skierował pismo do dyrektora Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie z zapytaniami:

- „Do jakiej kategorii, ze względu na funkcję w sieci drogowej oraz ze względu na dostępność, zaliczana jest droga nr 707 na odcinku pomiędzy miejscowościami Nowe Miasto nad Pilicą a Rawą Mazowiecką?

- Jaki organ jest zarządcą tej drogi?

- Czy na tej drodze istnieją ograniczenia w dopuszczeniu ruchu pojazdów, a jeżeli tak, to jakiego rodzaju?

- Czy uczestniczący w katastrofie samochód m-ki Volvo (...) mógł zgodnie z przewidzianymi w przepisach normami poruszać się po drodze nr 707?

- Czy w dniu zdarzenia na wskazanym odcinku prowadzone były jakiegokolwiek roboty mające na celu przebudowę, remont lub utrzymanie drogi lub też istniały inne ograniczenia, które mogły mieć wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego?”;

2. zarządził opublikowanie w środkach masowego przekazu komunikatu zmierzającego do ustalenia bezpośrednich świadków katastrofy,

3. zabezpieczył dokumentację dotyczącą uprawnień do prowadzenia pojazdów w odniesieniu do obu kierowców,

4. skierował pismo do Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w Krakowie w celu ustalenia i należytego udokumentowania warunków pogodowych panujących w chwili zaistnienia katastrofy.

10 października 2011 r. prokurator wydał postanowienie o umorzeniu śledztwa w sprawie:

1. „Nieumyślnego spowodzenia w dniu 12 października 2010 roku na drodze nr 707 w odległości 2 km od Nowego Miasta nad Pilicą w powiecie grójeckim, przez Mirosława B., kierującego samochodem m-ki VW-T4 o nr rej (...), katastrofy w ruchu lądowym zagrażającej życiu i zdrowiu wielu osób w następstwie której to katastrofy śmierć poniosło 18 osób jadących samochodem m-ki VW-T4, nr rej. (...), zaś kierujący pojazdem m-ki Volvo Tomasz S. doznał obrażeń skutkujących naruszeniem czynności narządów ciała i rozstrojeniem zdrowia na okres trwający nie dłużej niż 7 dni, w następstwie niedostosowania prędkości, przy znacznie ograniczonej widoczności do panujących warunków drogowych i nie zachowania należytej szczególnej ostrożności pod-

czas wykonywania manewru wyprzedzania nieustalonego pojazdu m-ki MAN model TGX z naczepą typu cysterna, który to manewr z uwagi na niedostateczną widoczność nie był manewrem bezpiecznym i w istniejących okolicznościach nie powinien zostać podjęty, w wyniku czego doszło do zderzenia kierowanego przez Mirosława B. pojazdu VW-T4 ze znajdującym się na przeciwnym pasie ruchu a poruszającym się w przeciwnym kierunku pojazdem m-ki Volvo kierowanym przez Tomasza S., tj. o przestępstwo z art. 173 § 1, 2 i 4 k.k. – wobec śmierci sprawcy przestępstwa.

2. Nieudzielenia pomocy Marioli K. i Kamilowi K. znajdującym się w następstwie katastrofy, o której mowa w pkt. 1, w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, przez nieustaloną osobę kierującą nieustalonym pojazdem o którym mowa w pkt. 1, mogącą im udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, tj. o przestępstwo z art. 162 § 1 k.k. – wobec niewykrycia sprawcy przestępstwa”.

Warto dodać, że w ramach poszukiwania sprawcy, o którym mowa w pkt 2 postanowienia o umorzeniu śledztwa, ustalono, że spółka MANN Polska sprzedała do dnia katastrofy 755 pojazdów, które mogły teoretycznie znajdować się na miejscu zdarzenia. Pojazdy te zostały zarejestrowane na terenie podległym 152 jednostkom Policji w całym kraju. Do wszystkich tych jednostek wysłano telefonogramy w celu przesłuchania właścicieli poszczególnych przedsiębiorstw i ustalenia, gdzie znajdowały się w dniu zdarzenia pojazdy, które użytkowali. Ponadto uzyskano wykaz numerów telefonicznych osób realizujących połączenia za pośrednictwem stacji BTS, obejmujących swym zasięgiem miejsce katastrofy; wykaz ten obejmował 413 abonentów. Niestety, mimo tego, nie udało się ustalić sprawcy przestępstwa z art. 162 § 1 k.k., o którym wyżej mowa.

Dokonując oceny zakresu przeprowadzonego w opisanej sprawie postępowania dowodowego, należy stwierdzić, że było ono zrealizowane bardzo szeroko i kompletnie. Nie można też nie zauważyć, że główny jego ciężar spoczął na prokuratorze, chociaż nie było to postępowanie przygotowawcze o charakterze śledztwa własnego w rozumieniu k.p.k. Aktywność śledcza prokuratora – referenta tejże sprawy zasługuje zatem na duże uznanie, bowiem regułą jest, że zdecydowaną większość czynności dowodowych w śledztwach przeprowadzają funkcjonariusze dochodzeniowo-śledczy Policji. Z zasady bowiem, w ślad za postanowieniem o wszczęciu śledztwa, prokurator wydaje zarządzenie o jego powierzeniu w całości (bądź w określonym zakresie) Policji⁴⁶.

⁴⁶ Wnioski autorki wyciągnięte m.in. w oparciu o przeprowadzone badania w ramach zadania pt. „Grupy robocze w procesie wykrywania i zwalczania...”, jak również doświadczenia własne zdobyte w toku dziesięcioletniej służby w Policji w pionach dochodzeniowo-śledczych.

Zakończenie

W konstatacji powyższych rozważań na temat katastrof w ruchu drogowym nasuwają się wnioski, że w dobie postępu technologicznego w dziedzinie motoryzacji za niezbędne uznać należy zacieśnienie współpracy organów ścigania z biegłymi z zakresu techniki jazdy oraz rekonstrukcji wypadków drogowych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w sprawach, o których mowa, najistotniejsze znaczenie odgrywają czynności dowodowe przeprowadzone na miejscu zdarzenia i bezpośrednio po jego zaistnieniu. Zabezpieczenie dowodów powinno odbywać się w takich przypadkach – co do zasady – z udziałem biegłych, o których mowa. Nabiera to szczególnego znaczenia w odniesieniu do badania nowoczesnych pojazdów, które brały udział w zdarzeniu, wyposażonych w szereg innowacyjnych rozwiązań technologicznych (np. w „czarne skrzynki”), nierzadko stanowiących źródło wielu istotnych danych na temat przebiegu katastrofy drogowej (wypadku). Nie można też tracić z pola widzenia faktu, że obecność takiego biegłego w trakcie oględzin miejsca katastrofy, kiedy jeszcze nie doszło do usunięcia pojazdów, ma o wiele większe znaczenie z punktu widzenia prawidłowego ustalenia stanu faktycznego w danej sprawie niż przekazanie mu w późniejszym czasie (dla celów wydania opinii) samego protokołu z tychże oględzin. Praktyka wskazuje bowiem, że w tej ostatniej sytuacji biegły zmuszony jest do przeprowadzania w późniejszym czasie własnych ustaleń na miejscu zdarzenia, kiedy to wiele istotnych śladów zostało już utraconych albo zniekształconych. Tym samym należy postulować wprowadzenie do praktyki organów ścigania obowiązku przeprowadzenia tego typu czynności z udziałem biegłego z zakresu techniki pojazdów i rekonstrukcji wypadków drogowych, co niewątpliwie przyczyni się do poprawy jakości prowadzonych w tym zakresie postępowań przygotowawczych.

Wykaz literatury

- Błoński M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2012 r., II KK 313/11*, 2013, Lex.
- Buchała K., *Niektóre problemy wykładni znamion przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12.
- Buchała K., *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1961.
- Buchała K., *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1973.
- Budyn-Kulik M., [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Bojarski M. (red.), Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. ósme, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1–4, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2003.
- Grzelak B., Solarz A. (red.), *Ślady. Metodyka ujawniania i zabezpieczania śladów oraz pobierania materiału porównawczego*, Wyd. Zakładu Kryminalistyki KG MO, Warszawa 1967.
- Gadecki B., *Komentarz do rozdziału XXI*, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, A. Łyżwa, R. Łyżwa, *Kodeks karny. Część szczególna art. 148–251*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Górniok O., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Gurgul J., *O organizacyjnych i psychologicznych problemach oględzin miejsca z perspektywy doświadczeń praktyka*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 269.
- Kędzierska G., Plywaczewski W. (red.), *Kryminologia wobec współczesnych wyzwań cywilizacyjnych*, Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej UWM, Olsztyn 2010.
- Kochanowski J., *Przestępstwa i wykroczenia drogowe. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1991.
- Kotowski W., *Z problematyki postępowań w sprawach o wypadki drogowe*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6.
- Kotowski W., *Policyjne czynności na miejscu wypadku drogowego*, „Palestra” 2012, nr 5–6.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. 1, Legalis.
- Łyżwa A., Tokarski M., *Katastrofy w transporcie kolejowym. Ujęcie prawnokarne*, Wyd. UWM, Olsztyn 2020.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Piórkowska-Flieger J., *Komentarz do art. 173 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Schaff L., *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, PWN, Warszawa 1961.
- Stefański R.A., *Ustawa – Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003.
- Stefański R.A., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny: komentarz, orzecznictwo*, Librata, Warszawa 2000.
- Ważny A., *Znamiona przestępstwa spowodowania katastrofy w ruchu lądowym*, „Prawo na Drodze” 2014, nr 11.
- Zubańska M., *Nowe technologie w kryminalistyce. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, Pracownia Wydawnicza „ElSet”, Olsztyn 2019.

Summary

Legal and criminological considerations of traffic crashes

Keywords: law, road crash, investigation, preservation of evidence, visual inspection, physical evidence, traces.

The presented article aimed to present, in selected aspects, the problem of traffic accidents from the legal and criminological perspective. The study consists of two content layers, i.e. dogmatic part and case study. Showing the essence of the offence under Article 173 of the Penal Code, it was necessary to characterize its features. Then, the author went on to discuss the most important evidentiary activities carried out by the trial authorities at the stage of the investigation, placing particular emphasis on the issue of inspection of the scene of the crime and securing material evidence of key importance for detection purposes – including tachographs from trucks and the so-called “black boxes” from passenger vehicles. Bearing in mind the complicated nature of evidence proceedings conducted by law enforcement authorities as a result of the occurrence of the crime in question, postulates of solutions aimed at improving the efficiency of procedural activities (usually under the procedure of Article 308 of the Code of Criminal Procedure) were proposed. Considerations have been enriched by the study of the case of a road crash in Nowe Miasto nad Pilicą, which was made based on the analysis of materials collected in the files of the investigation carried out in this case.

Katarzyna Majchrzak

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0003-4152-441x

kasia_majchrzak@wp.pl

Znęcanie się fizyczne lub psychiczne w świetle art. 207 Kodeksu karnego

Wstęp

Niniejszy artykuł ma na celu syntetyczne przedstawienie strony przedmiotowej przestępstwa znęcania się, o którym mowa w art. 207 Kodeksu karnego¹, w tym znamiona określające czynność sprawczą. Omówione zostaną przede wszystkim zagadnienia dotyczące pojęcia znęcania się, w szczególności wątpliwości w zakresie jednokrotności lub wielokrotności przestępczych zachowań sprawcy oraz postaci znęcania się. Część uwagi zostanie poświęcona na określenie znęcania się fizycznego i psychicznego. Bogate orzecznictwo wskazuje, że przykładów znęcania w obu postaciach jest bardzo wiele i nie można stworzyć katalogu zamkniętego. Dodatkowo poruszona zostanie także kwestia wzajemnego znęcania się. Czy jest to w ogóle możliwe?

Przestępstwo znęcania się, które wpisuje się w problematykę przeciwdziałania przemocy, jest zagadnieniem bardzo obszernym i wymagającym szerszej analizy niż niniejszy artykuł. Dlatego poniżej przedstawione zostaną tylko niektóre zagadnienia związane ze znęcaniem fizycznym i psychicznym. Niniejszy artykuł jest zatem próbą krótkiego i uporządkowanego przedstawienia wypracowanej już w literaturze i orzecznictwie analizy wymienionych wyżej zagadnień. Przestępstwo znęcania się godzi przede wszystkim w rodzinę, czyli w osoby najbliższe. Czasami zdarza się, że dochodzi do znęcania się w stosunku do osób nieporadnych lub zależnych od sprawcy. Dlatego też kilka zdań wyjaśnienia będzie również dotyczyło ofiary znęcania się fizycznego lub psychicznego.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm.), dalej jako k.k.

Definicja znęcania się nad osobą

Przestępstwo określone w art. 207 k.k. polega na znęcaniu się fizycznym lub psychicznym nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny. Istota tego czynu została zatem zawarta w czasownikowym znamieniu „znęca się”. Jest to jednak pojęcie o szerokim znaczeniu, niedookreślonym i może obejmować różne sposoby zachowania się sprawcy. Dlatego też każdy przypadek wymaga wnikliwej oceny stanu faktycznego². Ustawodawca wyodrębnił także dodatkowo przypadki, gdy znęcanie się jest połączone ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa lub gdy jego następstwem jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie.

Znęcanie się może polegać zarówno na działaniu, czyli aktywnym zachowaniu sprawcy (np. bicie, duszenie, poniżanie, awanturowanie się), jak i zaniechaniu (np. niedostarczenie pożywienia, niewpuszczanie do domu, nieogrzewanie zimnego mieszkania). Niektórzy autorzy podkreślają, że znęcanie się poprzez zaniechanie może być popełnione przez sprawcę, na którym ciąży obowiązek podejmowania w stosunku do ofiary określonych czynności³. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego „znamie czasownikowe »znęca się« określa zachowanie sprawcy. Jak dotąd zachowywało ono w wykładni swój potoczny sens, odnosząc się do zadawania komuś cierpień (fizycznych lub psychicznych), męczenia, dręczenia, pastwienia się nad kimś”⁴.

Pojęcie znęcania się z istoty swej zakłada powtarzalność. Sprawca w pewnym okresie, kieruje co najmniej kilkakrotnie, określone zachowanie w stosunku do swojej ofiary. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy: „Przestępstwo znęcania się zostało w kodeksie skonstruowane jako zachowanie z reguły wielodziałaniowe. Pojęcie znęcania się, w podstawowej postaci, ze swej istoty zakłada powtarzanie przez sprawcę w pewnym przedziale czasu zachowań skierowanych wobec pokrzywdzonego. Zatem, poza szczególnymi przypadkami, dopiero pewna suma tych zachowań decyduje o wyczerpaniu znamion przestępstwa z art. 207 § 1 KK”⁵. Jednak większość doktryny wyraża pogląd, że istnieje możliwość jednorazowego działania sprawcy, które będzie wypełniało

² S. Hypś, *Komentarz do art. 207*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2021, Legalis, teza 7–8; S. Hypś, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012, s. 156; wyrok Sądu Rejonowego w Krośnie z 18 stycznia 2019 r., sygn. akt II K 949/18, Lex nr 2680550.

³ J. Jodłowski, M. Szewczyk, *Komentarz do art. 207*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Część I. Komentarz do art. 117–211a*, 2017, Lex, teza 26; wyrok Sądu Najwyższego z 19 października 1961 r., sygn. akt V K 486/61, Lex nr 135386.

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 1999 r., sygn. akt V KKN 580/97, Lex nr 846111.

⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2003 r., sygn. akt IV KK 49/03, Legalis nr 64666.

znamiona znęcania się. Przy czym działanie to powinno być intensywne i rozciągnięte w czasie⁶. Takie stanowisko jest również przyjęte w orzecznictwie – tak uznał Sąd Najwyższy⁷ już w 1971 r. (czyli pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. w którym przestępstwo znęcania się było stypizowane w art. 184): „Znęcanie się w rozumieniu art. 184 par. 1 KK jest działaniem złożonym zazwyczaj z wielu fragmentów wykonawczych działania przestępczego, ale nie wyklucza działania jednorazowego, jeżeli intensywnością swą i zadawaniem cierpień realizuje stan faktyczny powszechnie rozumiany jako »znęcanie się«”. Natomiast w wyroku z 12 czerwca 2012 r. Sąd Najwyższy stwierdził: „Uznanie, że jednostkowe działania sprawcy wyczerpują znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 207 § 1 KK wymaga wykazania, że są one podejmowane przez niego w wykonaniu zamiaru znęcania się, który wyraża się w dążeniu do wyrządzania dolegliwości fizycznych i psychicznych pokrzywdzonemu, nad którym sprawca ma przewagę”⁸.

Warto w tym miejscu wspomnieć także stanowisko Sądu Najwyższego, który wskazał, że „przestępstwo określone w art. 207 § 1 k.k. może być popełnione umyślnie i to wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Przesądza o tym znamię intencjonalne »znęca się«, charakteryzujące szczególne nastawienie sprawcy. Ponieważ przestępstwo znęcania się jest z reguły zachowaniem wielodziałaniowym, złożonym zazwyczaj z wielu elementów wykonawczych naruszających różne dobra, wszystkie te pojedyncze czynności znęcania się muszą być popełnione umyślnie”⁹.

W okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. prezentowany był pogląd, że cechą znęcania się jest popełnienie go wyłącznie wobec osób słabszych fizycznie. Stąd wskazywano, że najczęściej sprawcami są mężowie, rodzice i osoby sprawne fizycznie, zaś ofiarami odpowiednio żony, dzieci oraz osoby chore umysłowo lub osoby starsze¹⁰. Jednak nie budzi wątpliwości, że przestępstwo znęcania się może występować i występuje także w innych relacjach, które dotychczas nie występowały zbyt często, np. kiedy sprawcą jest żona lub dzieci, a ofiarami mąż lub rodzice. Ponadto trzeba zauważyć, że przewaga sprawcy nad ofiarą nie wynika z samego pojęcia znęcania się, ale z okoliczności faktycznych. Nie jest to również kryterium jednoznaczne. W pewnych sytuacjach nie będzie ono spełnione. Przykładowo czasami osoba słabsza fizycznie (żona) potrafi w sposób wyjątkowy znęcać się psychicznie nad mężem, mimo że ofiara w tym przypadku jest fizycznie znacznie mocniej-

⁶ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 207*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2021, Legalis, teza 13; Z. Siwik, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1037.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 1971 r., sygn. akt I KR 149/71, Legalis nr 15657.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2012 r., sygn. akt II KK 3/12, Legalis nr 507109.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2006 r., sygn. akt WA 15/06, Lex nr 294285.

¹⁰ A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980, s. 133.

sza. Ponadto zamiar jednego ze sprawców nie wyłącza zamiaru drugiego. Dlatego może zaistnieć sytuacja, kiedy dwóch sprawców będzie działało z jednoczesnym zamiarem wzajemnego znęcania się¹¹. Aleksander Ratajczak podkreślał, że w wątpliwych sytuacjach nie można stosować w sprawach o znęcanie się wykładni rozszerzającej. Zdaniem autora wiele wątpliwości budzą sytuacje krótkotrwale. Natomiast sytuacje długotrwałe rodzą wątpliwości, gdy nie wywołują poważniejszego bólu lub cierpienia moralnego¹².

Przestępstwo znęcania się ma charakter formalny, zatem nie ma znaczenia skutek, który ewentualnie może się pojawić w związku ze znęcaniem. Wystarczy, że zachowanie sprawcy wypełni znamiona pojęcia znęcania się. Wyjątkiem jest typ kwalifikowany, o którym mowa w art. 207 § 3, czyli w tym przypadku mamy do czynienia z przestępstwem o charakterze materialnym, do którego znamion należy skutek w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie¹³. Należy nadmienić, że w doktrynie można spotkać się z odosobnionym poglądem, że przestępstwo znęcania ma charakter skutkowy. Twierdzi tak Kamil Siwek¹⁴, podnosząc, że skutkiem są dotkliwe cierpienia fizyczne i psychiczne po stronie pokrzywdzonego.

Zwykle od strony przedmiotowej pojęcie znęcania się oznacza zachowanie złożone z pojedynczych czynności, które naruszają różne dobra, np. nietykalność cielesną, godność osobistą, mienie. Poszczególne fragmenty będą zatem wypełniać znamiona różnych występków, np. groźby karalnej, naruszenia nietykalności cielesnej, zniszczenie mienia. Jednak w całości postępowanie to wypełnia znamiona znęcania się¹⁵. Każda sprawa musi być indywidualnie przeanalizowana i rozwiązanie będzie uzależnione od konkretnego przypadku. Może bowiem dojść do zbiegu pomijalnego, kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy albo realnego zbiegu przestępstw¹⁶.

¹¹ J. Kosonoga, op. cit., teza 12.

¹² A. Ratajczak, op. cit., s. 134.

¹³ M. Mozgawa, *Komentarz do art. 207*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, teza 6; R. Krajewski, *Targnięcie się na życie jako skutek przestępstwa znęcania*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 4, s. 5–15.

¹⁴ K. Siwek, *W sprawie skutkowego charakteru przestępstwa znęcania się*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 11, s. 72–86.

¹⁵ Z. Siwik, op. cit., s. 1039–1040.

¹⁶ Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z 30 kwietnia 1971 r., sygn. akt Rw 438/71, Lex nr 18266: „Użyty w art. 184 § 1 k.k. zwrot »znęca się fizycznie (...) nad inną osobą« obejmuje z istoty swej i pochłania określone w art. 182 § 1 k.k. znamię w postaci naruszenia nietykalności cielesnej tej osoby. W związku z tym pomiędzy przytoczonymi przepisami zachodzi tylko pozorny zbieg, co w konsekwencji powoduje to, że czyn polegający na fizycznym znęcaniu się w rozumieniu art. 184 § 1 k.k. kwalifikować należy tylko z tego przepisu, bez stosowania kumulatywnej kwalifikacji z art. 184 § 1 i art. 182 § 1 k.k.”. Natomiast w wyroku z 7 czerwca 2001 r., sygn. akt II AKa 177/01, Lex nr 53199 Sąd Apelacyjny w Katowicach w rozpatrywanej sprawie przyjął kumulatywną kwalifikację prawną czynu, tj. art. 207 i art. 156 § 3 Kodeksu karnego. Zaś Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 7 czerwca 2019 r., sygn. akt II AKa 241/19, Lex nr 3066109 orzekł, że „przestępstwo z art. 207 § 1 k.k. może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z przestępstwem

Znęcanie się fizyczne

Znamiona czynności sprawczej znęcania się mogą przyjmować dwie formy: fizyczną lub psychiczną. Użycie spójnika „lub” sprawia, że do poniesienia odpowiedzialności karnej wystarczy, aby sprawca dopuścił się jednej z tych form przemocy. Ustawodawca rozdzielił znęcanie fizyczne od psychicznego, jednak w praktyce bardzo często przy znęcaniu fizycznym występuje również forma psychiczna. Natomiast nie każde znęcanie psychiczne będzie jednocześnie wiązało się z cierpieniem fizycznym¹⁷. Katalog zachowań składających się na znamiona fizycznego i psychicznego znęcania się ma charakter otwarty. Ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć wszystkich zachowań, ponieważ pomyślność ludzka nie ma granic. Dlatego każde zachowanie będzie podlegało indywidualnej ocenie i w zależności od okoliczności sprawy będzie kwalifikowane jako znęcanie się lub nie¹⁸. Ponadto czasami niektóre zachowania będą mogły być w konkretnej sytuacji rozpatrywane w kategoriach znęcania się fizycznego, a w innej sytuacji – znęcania psychicznego. Każde okoliczności należy dokładnie przeanalizować i zdecydować, czy w danym przypadku bardziej oddziałują na sferę psychiczną, czy fizyczną ofiary. Przykładowo: zmuszanie do współżycia seksualnego czy wyrzucanie z domu to zachowania, które godzą nie tylko w sferę fizyczną, ale również, a może nawet w większym stopniu, oddziałują na psychikę ofiary.

Fizyczne znęcanie się polega na długotrwałym lub powtarzającym się zadawaniu dotkliwego bólu fizycznego, który nie musi być połączony z uszkodzeniem ciała. Zachowanie sprawcy może także pośrednio zmierzać do pogorszenia stanu zdrowia ofiary oraz jej samopoczucia fizycznego¹⁹.

Najczęściej przykładami fizycznego znęcania się są cierpienia fizyczne, takie jak: bicie, duszenie, kopanie, przypalanie papierosem lub gorącym żelazkiem, targanie za włosy, wystawianie na zimno, głodzenie²⁰. Innymi przykładami fizycznego znęcania się będą także: wykręcanie rąk, opluwanie, polecenie wykonywania upokarzających czynności, popchnięcia, wiązanie rąk lub nóg, rzucanie o ścianę lub podłogę, wyrzucanie z domu, zamykanie w ciemnych lub ciasnych pomieszczeniach, narażenie na mróz lub na nadmierne ciepło²¹.

z art. 197 k.k.”. Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z 8 maja 2019 r. sygn. akt VII Ka 158/19, Lex nr 2701966 w rozpoznawanej sprawie uznał, że „przepis art. 207 § 1 k.k. konsumuje m.in. przepisy art. 190 § 1 k.k., art. 216 § 1 k.k., art. 217 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k.”.

¹⁷ S. Hypś, *Komentarz do art. 207...*, teza 16; idem, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym...*, s. 158.

¹⁸ D.J. Sosnowska, *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 3, s. 63.

¹⁹ J. Bryk, *Przemoc w rodzinie w aspekcie przestępstwa znęcania się (art. 207 KK)*, „Przegląd Policyjny” 1998, nr 3–4, s. 75–76.

²⁰ D.J. Sosnowska, op. cit., s. 61; J. Bryk, op. cit., s. 76; M. Mozgawa, op. cit., teza 4.

²¹ S. Hypś, op. cit., teza 16; M. Jachimowicz, *Przestępstwo znęcania się*, „Jurysta” 2011, nr 2, s. 45.

Sąd Najwyższy wskazuje także na inne przykłady znęcania się fizycznego, jak: szarpanie za odzież, uniemożliwienie spoczynku nocnego²², stosowanie kar w postaci zakazu korzystania z toalety i spożywania posiłków, nakazywanie wykonywania ćwiczeń fizycznych w postaci brzusków, pompek, przysiadów, świecy w liczbie przekraczającej możliwości ofiary²³. Z kolei Sąd Apelacyjny w Szczecinie wymienia jeszcze zaklekanie ust taśmą klejącą, przywiązywanie do kaloryfera i zamykanie w szafie, jako zachowania wyczerpujące znamiona przestępstwa znęcania się w postaci fizycznej²⁴.

Znęcanie się psychiczne

Natomiast psychiczna forma znęcania się (w doktrynie można także spotkać się z określeniem znęcania się moralnego) polega na zadawaniu dotkliwych cierpień, które w negatywny sposób wpływają na przeżycia psychiczne drugiego człowieka, na jego samopoczucie. Najczęściej tym oddziaływaniem na psychikę będzie: straszenie, wyszydzanie, grożenie, poniżanie, wyrzucanie z domu, zmuszenie do przebywania poza domem, urządzenie awantur, niszczenie różnych przedmiotów domowych w czasie kłótni, okazywanie pogardy²⁵.

Sąd Najwyższy w jednym z postanowień uznał także, że znęcaniem psychicznym jest stosowanie tzw. systemu zakazów i nakazów poprzez m.in. ograniczanie kontaktów z rówieśnikami i rodziną, ograniczenie dostępu do jedzenia, słodyczy i telewizji²⁶. Podobnie przyjął Sąd Apelacyjny w Szczecinie i zauważył, że znamiona przestępstwa znęcania się psychicznego wypełniają takie zachowania, jak: ciągle wszczynanie awantur, wyzywanie słowami wulgarnymi i obelżywymi, ale również ograniczanie swobody swojej ofierze wyznaczając jej obowiązki domowe i ograniczając spotkania z sąsiadami²⁷. Sąd Najwyższy przyjął również, że sprowadzanie przez męża do wspólnego domu obcych kobiet w porze nocnej stanowi przejaw znęcania się nad żoną i córkami²⁸. Zdaniem

²² Wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2008 r., sygn. akt III KK 441/07, Lex nr 447245; postanowienie Sądu Najwyższego z 16 grudnia 2009 r., sygn. akt IV KK 168/09, Lex nr 558349.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z 18 marca 2015 r., sygn. akt III KK 432/14, Lex nr 1663408.

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 3 marca 2016 r., sygn. akt II AKa 1/16, Lex nr 2025618.

²⁵ R. Stefański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 czerwca 2002 r., II KKN 258/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 3, s. 41, <https://lex.um.warszawa.pl/#/publication/385912332/stefanski-ryszard-a-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-11-czerwca-2002-r-ii-kkn-258-00?keyword=Glosa%20do%20postanowienia%20SN%20z%20dnia%2011%20czerwca%202002%20r.%20II%20KKN%20258~2F00&cm=SFIRST> (data dostępu: 16.07.2021).

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV KK 36/10, Lex nr 843683.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt II AKa 55/14, Lex nr 1461182.

²⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z 2 sierpnia 2017 r., sygn. akt II KK 133/17, Lex nr 2342157.

Sądu Najwyższego jest to forma szczególnego dokuczania, czyli oddziaływania na psychikę ofiar.

Jak widać na bazie orzecznictwa, znęcanie psychiczne bardzo często przejawia się w awanturach i wyzwiskach kierowanych pod adresem ofiary. Stąd czasami zachowania te nie wypełniają znamion przestępstwa znęcania się. Jednakże w jednym z wyroków sąd nie przychylił się do argumentacji, że takie zachowania wyczerpują znamiona przestępstwa znieważenia, ale nie znęcania się. Zdaniem sądu²⁹ „zachowania oskarżonego, które objęte zostały przypisanym oskarżonemu przestępstwem, nie stanowiły przecież wyłącznie zachowań polegających na znieważaniu pokrzywdzonej, lecz wyrażały się w awanturowaniu się oskarżonego, obejmującym nie tylko przecież kierowanie wobec pokrzywdzonej wyzwisk, lecz także zakłócanie jej spokoju krzykami oskarżonego, jak również słowami mającymi skłonić ją do opuszczenia mieszkania, czy wreszcie wywołujące u pokrzywdzonej dotkliwe cierpienia psychiczne oskarżanie jej o zdrady małżeńskie, w tym prowadzenie agencji towarzyskiej w pomieszczeniu w którym od niemal pięćdziesięciu lat, właściwie bez pomocy oskarżonego pokrzywdzona zajmuje się ciężko chorym synem, a także kontakty seksualne pokrzywdzonej z pielęgniarkami, które przychodzą do mieszkania stron, by pokrzywdzoną wspomóc w sprawowanej właściwie całą dobę opiece nad synem. Nie ulega wątpliwości, że nie tylko subiektywne odczucia pokrzywdzonej, lecz także okoliczności sprawy oceniane obiektywnie dają pełne podstawy do przyjęcia, iż zachowanie oskarżonego objęte przypisanym mu czynem osiągnęło próg dolegliwości nakazujący potraktować je jako przestępstwo znęcania psychicznego”.

Sprawcy znęcania się bardzo często stosują różne metody działania, które mają wpływ na psychikę swoich ofiar. Przykładem takiego zachowania jest chociażby sytuacja, kiedy sprawca, strzelając z wiatrówki, uśmiercił świnkę morską i kanarka, które należały do jego dzieci. Sprawca świadomie i umyślnie uśmiercił te zwierzęta i był to element psychicznego znęcania się nad członkami swojej rodziny. Jego działanie było podyktowane chęcią sprawienia przykrości członkom rodziny, a jednocześnie wyrazem zademonstrowania swojej siły, poczucia bezkarności i podporządkowania ich swojej woli. Zastosowana w tym przypadku przemoc, skierowana bezpośrednio na zwierzęta, miała na celu oddziaływanie na psychikę członków rodziny³⁰.

Sąd Najwyższy w uchwale dotyczącej wytycznych w zakresie prawnocarnej ochrony rodziny określił, że „ustawowe określenie: »znęca się« oznacza działanie albo zaniechanie, polegające na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych, powtarzającym się albo jednorazowym,

²⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 maja 2015 r., sygn. akt VI Ka 133/15, Lex nr 1831244.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22 czerwca 2006 r., sygn. akt II AKa 199/06, Lex nr 196090.

lec intensywnym i rozciągniętym w czasie”³¹. Na tę definicję zwróciła uwagę m.in. Violetta Konarska-Wrzosek, sugerując, że można z niej wnioskować, że znęcanie fizyczne może przejawiać się jakimkolwiek zadawaniem bólu fizycznego, natomiast znęcanie psychiczne musi mieć charakter dotkliwy³². To rozróżnienie można także spotkać w orzecznictwie³³. Wyraźny pogląd zaprezentował w tym zakresie Sąd Apelacyjny w Gdańsku³⁴: „Zadawanie cierpień moralnych, psychicznych osobie pokrzywdzonej, w celu jej udręczenia, poniżenia lub dokuczenia albo wyrządzenia jej innej przykrości, bez względu na rodzaj pobudek, nie będzie stanowiło »znęcania się« w rozumieniu art. 207 § 1 k.k., skoro nie mają charakteru działań »dotkliwych« i »ponad miarę«, a więc swą intensywnością wykraczających poza granice zwyczajnego naruszenia nietykalności fizycznej, znieważenia, poniżenia czy innego naruszenia czci pokrzywdzonego”.

Ofiary znęcania

Warto zauważyć, że obiektywna ocena, a nie subiektywne odczucie ofiary, będzie decydujące przy rozstrzyganiu, czy dane zachowanie będzie mogło być uznane za znęcanie się. Pogląd taki prezentowany jest w orzecznictwie³⁵. Jednakże dla dokonania prawidłowej oceny znamion znęcania się, konieczne jest również uwzględnienie cech osobowościowych pokrzywdzonego, a zwłaszcza jego podatności na ból, wrażliwości, stanu psychicznego, w tym zwłaszcza różnego rodzaju fobii³⁶. Czasami bowiem niektóre zachowania czy sytuacje z obiektywnego punktu widzenia nie są dokuczliwe i nie rodzą cierpienia fi-

³¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r., sygn. akt VI KZP 13/75, Lex nr 19141.

³² V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w prawie karnym*, Toruń 1999, s. 55-56.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 8 marca 2012 r., sygn. akt AKa 388/11, Lex nr 1129381; wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 maja 2015 r., sygn. akt VI Ka 133/15, Lex nr 1831244; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 4 lutego 2015 r., sygn. akt II AKa 425/14, Legalis nr 1393151.

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt II AKa 399/12, Lex nr 1391876.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 lutego 2003 r., sygn. akt IV KKN 312/99, Lex nr 77436: „O uznaniu za »znęcanie się« zachowania sprawiącego cierpienie psychiczne ofiary powinna decydować ocena obiektywna, a nie subiektywne odczucie pokrzywdzonego. Za znęcanie się nie można uznać zachowania sprawcy, które nie powoduje u ofiary poważnego cierpienia moralnego ani w sytuacji, gdy między osobą oskarżoną a pokrzywdzoną dochodzi do wzajemnego »znęcania się«”; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 października 2012 r., sygn. akt II AKa 394/12, Lex nr 1284944: „Od strony przedmiotowej, o uznaniu zachowania sprawcy za znęcanie decyduje to, czy polega ono na zadawaniu bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych, i to w ocenie »obiektywnej«, a nie subiektywnym odczuciu pokrzywdzonego”; wyrok Sądu Najwyższego z 6 sierpnia 1996 r., sygn. akt WR 102/96, Lex nr 26355; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 6 grudnia 2012 r., sygn. akt II AKa 277/12, Lex nr 1246775.

³⁶ J. Kosonoga, op. cit., teza 10.

zycznego lub psychicznego. Natomiast dla ofiary te same zachowania wiążą się ze znacznym cierpieniem i bólem fizycznym lub psychicznym. Dlatego dla oceny całokształtu okoliczności sprawy należy również zwrócić uwagę na subiektywne odczucia ofiary, tj. w jaki sposób odbierała ona zachowania sprawcy³⁷. Jak zauważył wyraźnie Sąd Apelacyjny w Krakowie, „w pojęciu znęcania się zawarte jest odczuwanie przez sprawcę, że jego zachowania są dla ofiary dolegliwe i poniżają ją przed sprawcą. Gdy taki stan pokrzywdzonego bądź jego odczucia nie zostaną przez pokrzywdzonego wyrażone w postępowaniu, a brak jest możliwości ustalenia tego inaczej, nie da się dokonać owego ustalenia, zatem i przypisać znęcania. Zdarza się wszak (jak w tej sprawie), że obelgi, naruszanie nietykalności cielesnej, szykany itp. są wzajemne, że słowa wulgarne nie są obelgami, bo należą do obyczaju środowiska, że zachowania naganne sprawcy są reakcją na prowokowanie go bądź środkiem do wymuszenia poprawnego zachowania się rzekomej ofiary itp.”³⁸. W tym miejscu warto także zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego odnośnie ofiary znęcania się, w którym sąd argumentował, że nie każda osoba, z uwagi na swoje usposobienie, aktywność, przedsiębiorczość i zaradność życiową, może stać się ofiarą znęcania³⁹.

Ustawodawca określił w art. 207 k.k., że ofiarą znęcania się jest: osoba najbliższa wobec sprawcy, osoba pozostająca z nim w stałym lub przemijającym stosunku zależności, osoba małoletnia oraz osoba nieporadna ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny. Osoba najbliższa została zdefiniowana w art. 115 § 11 Kodeksu karnego⁴⁰. Zaś osobą małoletnią jest osoba, która nie spełnia jednej z dwóch przesłanek, o których mowa w art. 10 Kodeksu cywilnego⁴¹, tj. osoba która nie ukończyła 18 roku życia lub nie wstąpiła w związek małżeński.

Kolejna kategoria osób pokrzywdzonych to osoby uzależnione od sprawcy. Przy czym chodzi tu nie tylko o zależność materialną, ale również psychiczną. Sąd Apelacyjny w Katowicach⁴² wskazał wyraźnie, że „stosunek zależności,

³⁷ J. Lachowski, *Komentarz do art. 207*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, Lex, teza 4.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25 marca 1998 r., sygn. akt II AKa 40/98, *Legalis* nr 288858.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2006 r., sygn. akt IV KK 395/06, *Lex* nr 245275: „Nie można także mówić o znęcaniu się, jeżeli ustalono, że aktywność i przedsiębiorczość pokrzywdzonej oraz jej zaradność życiowa podają w wątpliwość fakt, że stanowi ona ofiarę przestępstwa”.

⁴⁰ Osobą najbliższą jest mąż, żona, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej mąż, żona, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

⁴¹ Art. 10 § 1: Pełnoletnim jest, kto ukończył lat osiemnaście. § 2: Przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje pełnoletność. Nie traci jej w razie unieważnienia małżeństwa.

⁴² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 listopada 2008 r., sygn. akt II AKa 303/08, *Lex* nr 487567.

stanowiący znamię przestępstwa z art. 207 § 1 k.k., to taki stan, w którym sytuacja jednej osoby (materialna, zdrowotna lub choćby tylko psychiczna) uzależniona jest od sprawcy. Stosunek zależności zachodzi wówczas, gdy pokrzywdzony nie jest zdolny, z własnej woli, przeciwstawić się znęcaniu i znosi je, z obawy przed pogorszeniem swoich dotychczasowych warunków. Stosunek ten może wynikać także z sytuacji faktycznej stwarzającej dla sprawcy sposobność znęcania się, przy wykorzystaniu przewagi sprawcy nad słabszym pokrzywdzonym”. Z kolei Sąd Najwyższy określił, że stosunek zależności od sprawcy występuje wówczas gdy „pokrzywdzony nie jest zdolny z własnej woli przeciwstawić się znęcaniu i znosi je z obawy przed pogorszeniem swoich dotychczasowych warunków życiowych (np. utratą pracy, środków utrzymania, mieszkania, rozłąką lub zerwaniem współżycia ze sprawcą). Stosunek tego rodzaju może istnieć z mocy prawa (np. w razie ustanowienia opieki lub umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej) albo na podstawie umowy (np. między pracodawcą a pracownikiem, najemcą lokalu a wynajmującym itp.). Może także wynikać z sytuacji faktycznej, stwarzającej dla sprawcy sposobność znęcania się przy wykorzystaniu nad ofiarą przewagi, jaką mu daje łącząca ich więź materialna, osobista lub uczuciowa”⁴³. Zatem stosunek zależności oznacza, że los ofiary zależy od innej osoby, która ma przewagę fizyczną, psychiczną lub moralną. Ponadto zależność nie może być przypadkowa czy doraźna. Powinien być to stan utrzymujący się przez jakiś czas⁴⁴.

Ofiarą przestępstwa znęcania się może być również osoba nieporadna ze względu na swój stan psychiczny lub fizyczny. Trzeba zaznaczyć, że ustawodawca nie wymaga, aby nieporadność była przemijająca lub trwała. Dlatego ofiarą znęcania może być osoba chwilowo nieporadna np. z powodu odurzenia alkoholem czy środkami psychotropowymi⁴⁵. Osoba nieporadna to osoba, która ze względu na wiek, chorobę nie może samodzielnie decydować o swoim losie i zmieniać swojego położenia⁴⁶.

Ponadto warto także zwrócić uwagę, że zastosowane środki obronne przez ofiarę nie mają znaczenia dla bytu przestępstwa znęcania się. Bez względu na to, czy ofiara próbuje się bronić, czy też pozostaje bierna, nie ma to wpływu na istotę znęcania się. Jednocześnie wszelkie podjęte działania obronne ze

⁴³ Uchwała Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r., sygn. akt VI KZP 13/75, Lex nr 19141. Pogląd ten powtórzył także Sąd Najwyższy w 2016 r. i wskazał, że stosunek zależności może zachodzić także między rozwiedzionymi małżonkami wspólnie zamieszkującymi i wykonującymi władzę rodzicielską nad wspólnymi dziećmi. Bowiem zdaniem sądu jest to związek oparty na wspólnym pożyciu, który funkcjonuje formalnie na kształt rodziny. Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 23 lutego 2016 r., sygn. akt III KK 262/15, Lex nr 2068007.

⁴⁴ A. Gliszczyński, *Przestępstwo znęcania się a przemoc w rodzinie*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2011, nr 1, s. 144.

⁴⁵ J. Kosonoga, op. cit., teza 24.

⁴⁶ B. Gadecki, *Komentarz do art. 207*, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, 2020, Legalis, teza 13.

strony ofiary są usprawiedliwione, ponieważ podejmowane są w obronie przed bezpośrednim bezprawnym zamachem na jej dobro. Podejmowanie przez ofiarę jakichkolwiek środków obronnych nie odbiera działaniu sprawcy znęcania się cech przestępstwa⁴⁷. Sąd Apelacyjny w Szczecinie wskazał, że „znęcanie się, jest działaniem niezależnym od faktu, czy osoba, nad którą sprawca znęca się, nie sprzeciwia mu się i nie próbuje się bronić. Środki *obronne* stosowane przez taką osobę są usprawiedliwione, gdyż podejmowane są w obronie przed bezpośrednim bezprawnym zamachem na jej dobro. Nie można przeto uznać, aby obrona osoby, nad którą sprawca się znęca, odbierała jego działaniu cechy przestępstw”⁴⁸.

Wzajemne znęcanie się

Ciekawym, aczkolwiek problematycznym, zagadnieniem jest również kwestia możliwości wzajemnego znęcania się dwóch osób, najczęściej małżonków. Przedstawiciele doktryny nie są zgodni w tej sprawie. Zdaniem Jerzego Lachowskiego „nie można wykluczyć możliwości zastosowania przepisu z art. 207 § 1 k.k. w przypadku wzajemnego znęcania się małżonków czy też osób tworzących tzw. związek nieformalny, który odpowiada istocie małżeństwa”⁴⁹. Podobny pogląd wyrażają także Marek Mozgawa⁵⁰, Jacek Kosonoga oraz I. Kozłowska-Miś⁵¹, którzy argumentują, że wzajemnemu znęcaniu się nie stoi na przeszkodzie ani kodeksowe ujęcie przestępstwa, ani jego natura rzeczy. Ponadto wskazują, że kryterium przewagi po stronie sprawcy nie jest jednoznaczne. Zdarzają się bowiem sytuacje, kiedy sprawca, będąc w stanie upojenia alkoholowego, jest obiektywnie słabszy od pokrzywdzonego, jednak swoim zachowaniem wypełnia znamiona przestępstwa znęcania się⁵².

Jednak w literaturze występuje również odmienne stanowisko, którego przedstawiciele twierdzą, że niemożliwym jest, aby dwie osoby w tym samym

⁴⁷ Z. Siwik, op. cit., s. 1038; wyrok Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1970 r., sygn. akt IV KR 146/70, Lex nr 20823.

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt II AKa 55/14, Lex nr 1461182. Podobny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 19 października 2017 r., sygn. akt II AKa 304/17, Lex nr 2463477.

⁴⁹ J. Lachowski, op. cit., teza 4.

⁵⁰ M. Mozgawa, op. cit., teza 8.

⁵¹ I. Kozłowska-Miś, M. Mozgawa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 1990 r., V KRN 96/90*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1993, nr 1–2, s. 56: „Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, kiedy wzajemne znęcanie się nad sobą małżonków zachodzi na przestrzeni pewnego okresu czasu i występuje w formie zdarzeń przemianych – najpierw zachowania jednego małżonka, potem zaś drugiego (np. zniewagi, naruszenia nietykalności cielesnej, niszczenie mienia itp. dolegliwości fizyczne lub moralne). (...) *In abstracto*, jak i *in concreto* możliwe jest [więc] przyjęcie konstrukcji wzajemnego znęcania się nad sobą małżonków, w tym samym czasie, tzn. na przestrzeni pewnego okresu czasu”.

⁵² J. Kosonoga, op. cit., teza 12.

czasie wypełniały wobec siebie znamiona przestępstwa znęcania się⁵³. Uzasadniają oni, że przy znęcaniu się musi występować dominacja i przewaga jednej ze stron konfliktu. Ponadto wskazują, że nie można mówić o wzajemnym znęcaniu się małżonków, w sytuacji bowiem kiedy następuje rozkład pożycia małżeńskiego, mamy do czynienia często z naruszeniem nietykalności cielesnej, znieważaniem oraz złośliwym dokuczaniem stron, ale zachowania te penali-zowane są na podstawie innych przepisów k.k. niż art. 207.

Orzecznictwo również nie jest jednolite w zakresie możliwości wzajemnego znęcania się. Sąd Najwyższy w wyroku z 4 czerwca 1990 r. stwierdził: „Pojęcie »znęcanie się« zawiera w sobie istnienie przewagi sprawcy nad osobą pokrzywdzoną, której nie może się ona przeciwstawić lub może to uczynić tylko w niewielkim stopniu. Nie jest zatem możliwe przyjęcie wzajemnego znęcania się nad sobą małżonków w tym samym czasie”⁵⁴. Pogląd ten jest w orzecznictwie wielokrotnie powtarzany⁵⁵. Podobnego zdania jest Sąd Okręgowy w Poznaniu, który wyraźnie wskazał, że „nie można mówić o wypełnieniu znamion z art. 207 § 1 k.k., jeśli dochodzi do wzajemnego znęcania się między małżonkami czy osobami żyjącymi w konkubinacie”⁵⁶.

Odmiennego zdania jest Sąd Okręgowy w Świdnicy, który dopuszcza możliwość wzajemnego znęcania się małżonków. Argumentacja Sądu jest następująca: „Jakkolwiek możliwe jest wzajemne znęcanie się małżonków, to konieczne jest wówczas wyodrębnienie okresów, w których jedna z tych osób miała przewagę nad drugą, co wynika z faktu, że samo znęcanie zakłada dominację sprawcy nad ofiarą oraz obiektywne ustalenie, że znęcał się on fizycznie lub (bądź także) psychicznie, a także w jaki sposób osoba pokrzywdzona odbierała zachowanie sprawcy. Jeśli w toku postępowania nie sposób ustalić powyższych kwestii, a nadto żadne z nich nie miało przewagi nad tym drugim, nie ma podstaw do skazania za czyn z art. 207 § 1 k.k.”⁵⁷. Wzajemne znęcanie się małżonków to zagadnienie poruszone także przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku⁵⁸: „Rozgraniczyć należy zachowania, które mieścić mogą w sobie elementy czynu ściganego z oskarżenia prywatnego od zachowań, które w odpowiednim zakresie czasowym wyróżniają się pewną systematycznością

⁵³ B. Gadecki, op. cit., teza 11; Z. Siwik, op. cit., s. 1038; J. Jodłowski, M. Szewczyk, op. cit., teza 23.

⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 1990 r., sygn. akt V KRN 96/90, Lex nr 1129568.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2006 r., sygn. akt IV KK 395/06, Lex nr 245275; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt II AKa 236/14, Lex nr 1668567; wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 6 listopada 2015 r., sygn. akt VI Ka 697/15, Lex nr 1938633.

⁵⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 15 marca 2018 r., sygn. akt XVII Ka 1463/17, Lex nr 2488036.

⁵⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 28 grudnia 2018 r., sygn. akt IV Ka 475/18, Lex nr 2670402.

⁵⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 23 stycznia 2013 r., sygn. akt II AKa 468/12, Lex nr 1280025.

i napięciem złej woli w podejmowaniu różnego rodzaju zachowań i które w sumie mogą stanowić przestępstwo znęcania. Jeżeli natomiast wzajemne zachowania na skutek rozkładu pożycia małżeńskiego polegają na wzajemnym naruszeniu nietykalności i wzajemnym znieważaniu oraz na podejmowaniu czynności, które można określić mianem złośliwego dokuczania – to brak jest podstaw do przypisywania tylko jednej stronie zamiaru znęcania się”.

Mając na uwadze obydwie powyższe argumentacje, bardziej zasadny jest pogląd dopuszczający możliwość zastosowania art. 207 k.k. w przypadku m.in. wzajemnego znęcania się małżonków. Każdy przypadek jest inny, a dokonując wnikliwej analizy okoliczności faktycznych, nie można wykluczyć, że w konkretnej sytuacji mogło dojść do wzajemnego znęcania się.

Zakończenie

Znęcanie się jest zachowaniem polegającym na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub psychicznego. Znęcanie fizyczne najczęściej polega na biciu, głodzeniu, wyrywaniu włosów. Znęcanie psychiczne, inaczej moralne, sprowadza się do upokarzania, straszenia i oddziaływania na psychikę i stan emocjonalny ofiary. Jak wynika z orzecznictwa w praktyce często te dwie formy nakładają się na siebie, tj. sprawa jednocześnie fizycznie i psychicznie znęca się nad ofiarą. Do przestępstwa znęcania się najczęściej dochodzi w rodzinie. Dlatego ofiara często rezygnuje z postępowania sądowego w takich sprawach. Czasami, z uwagi na konflikty rodzinne, trudno jest udowodnić, że doszło do znęcania zwłaszcza psychicznego. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na niejednolite orzecznictwo i poglądy doktryny odnośnie do wzajemnego znęcania się dwóch osób, w szczególności małżonków.

Od strony przedmiotowej przestępstwo znęcania oznacza powtarzające się w czasie zachowanie. Wskazuje na to samo pojęcie i znamie czasownikowe „znęca się”. Jednak w praktyce zdarza się, że przestępstwem znęcania będzie jednorazowe zachowanie sprawcy, ale tylko w sytuacji, gdy charakteryzuje się intensywnością, a jego skutki są rozciągnięte w czasie. Pojęcie znęcania się należy w dużym stopniu interpretować obiektywnie. Jednak dla prawidłowej oceny sytuacji należy wziąć pod uwagę także subiektywne odczucia ofiary, w tym jej cechy osobowości. Ponadto należy zauważyć, że w zakresie przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa znęcania się katalog podmiotów, które podlegają ochronie, jest dość szeroki. Kryteria wystąpienia poszczególnych kategorii podmiotów mogą mieć charakter jednoznaczny (np. wiek, formalny stosunek zależności, więzi krwi) bądź ocenny (np. więź faktyczna przy wspólnym pożyciu, indywidualne właściwości osoby nieporadnej, faktyczny stosunek zależności).

Znęcanie się fizyczne lub psychiczne jest częstym zjawiskiem, które wpływa na prawidłowe funkcjonowanie rodziny. Jednak w wymiarze społecznym nie zawsze jest ono wystarczająco krytykowane. Czasami zachowania sprawcy są ukrywane albo nawet akceptowane zarówno przez same ofiary, jak i przez świadków zdarzeń. Dlatego też jakakolwiek sankcja karna przewidziana przez ustawodawcę w Kodeksie karnym nie rozwiąże problemu znęcania się fizycznego i psychicznego. Społeczeństwo powinno zmienić swoją mentalność i podejście do znęcania się fizycznego i psychicznego. Nie może być to zjawisko ani akceptowane, ani ukrywane, przeciwnie – sprawcy tego rodzaju zachowań powinni odczuwać niechęć i brak powszechnej aprobaty ze strony środowiska, w którym żyją.

Wykaz literatury

- Bryk J., *Przemoc w rodzinie w aspekcie przestępstwa znęcania się (art. 207 KK)*, „Przegląd Policyjny” 1998, nr 3–4.
- Gadecki B., *Komentarz do art. 207*, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Gliszczyński A., *Przestępstwo znęcania się a przemoc w rodzinie*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2011, nr 1.
- Hypś S., *Komentarz do art. 207*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2021, Legalis.
- Hypś S., *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Wyd. KUL, Lublin 2012.
- Jachimowicz M., *Przestępstwo znęcania się*, „Jurysta” 2011, nr 2.
- Jodłowski J., Szewczyk M., *Komentarz do art. 207*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Część I. Komentarz do art. 117–211a*, 2017, Lex.
- Konarska-Wrzošek V., *Ochrona dziecka w prawie karnym*, TNOiK, Toruń 1999.
- Kosonoga J., *Komentarz do art. 207*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2021, Legalis.
- Kozłowska-Miś I., Mozgawa M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 1990 r., V KRN 96/90*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1993, nr 1–2.
- Krajewski R., *Targnięcie się na życie jako skutek przestępstwa znęcania*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 4.
- Lachowski J., *Komentarz do art. 207*, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, Lex.
- Mozgawa M., *Komentarz do art. 207*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Ratajczak A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1980.
- Siwek K., *W sprawie skutkowego charakteru przestępstwa znęcania się*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 11.
- Siwik Z., *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Sosnowska D. J., *Przestępstwo znęcania się*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 3.
- Stefański R., *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 czerwca 2002 r., II KKN 258/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 3, <https://lex.um.warszawa.pl/#/publication/>

385912332/stefanski-ryszard-a-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-11-czerwca-2002-r-ii-kkn-258-00?keyword=Glosa%20do%20postanowienia%20SN%20z%20dnia%2011%20czerwca%202002%20r.%20II%20KKN%20258~2F00&cm=SFIRST.

Summary

Physical or mental abuse under Art. 207 of the Criminal Code

Keywords: criminal law, mistreatment, family, physical pain, mental suffering.

This article is primarily intended to discuss the features defining the causative activity of the offence of abuse referred to in Art. 207 of the Criminal Code. Mistreatment can take the form of physical or mental abuse. Physical abuse involves inflicting physical suffering, e.g. beating, kicking, choking, starving the victim. Mental abuse consists of mental tormenting and arousing a sense of danger in the victim, e.g. by humiliating or frightening. Very often there are situations when both of these forms occur simultaneously.

Mistreatment means an action or omission that is deliberately inflicting physical pain or mental suffering. As a rule, these are repetitive behaviours, but it is not excluded that the one-off behaviour of the perpetrator may be considered mistreatment. Then the one-time behaviour should be intense, and the symptoms should be extended over time.

Katarzyna Małysa-Sulińska

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

ORCID: 0000-0002-6406-8851

k.malysa-sulinska@uj.edu.pl

Kwalifikacja obiektu budowlanego jako wiata a reglamentacja jego budowy

Wstęp

Zgodnie z regulacją ujętą w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane¹, roboty budowlane można rozpocząć – co do zasady – na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. Ustawodawca przewidział jednak wyjątki od tej zasady, wskazując w art. 29 u.p.b. roboty budowlane, w tym polegające na budowie obiektu budowlanego², niewymagające uzyskania przedmiotowego pozwolenia. Tworzą one katalog zamknięty, a w związku z tym niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca przedmiotowego przepisu³. Roboty budowlane zwolnione od obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę w dużej części zostały objęte jednak obowiązkiem zgłoszenia zamiaru ich wykonywania⁴.

¹ Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm., dalej jako u.p.b.

² Pod pojęciem budowy obiektu budowlanego należy rozumieć – jak wskazano w art. 3 pkt 6 u.p.b. – wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także jego odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę.

³ Por. Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 365.

⁴ Zob. art. 29 ust. 1 u.p.b., w którym wskazano – kwalifikowane jako budowa – roboty budowlane objęte obowiązkiem zgłoszenia zamiaru ich wykonywania, a także art. 29 ust. 3 u.p.b., w którym wskazano pozostałe rodzaje robót budowlanych podlegających temu obowiązkowi. Zob. również art. 29 ust. 6 pr. bud., zgodnie z którym decyzji o pozwoleniu na budowę wymagają przedsięwzięcia objęte wyłączeniem z art. 29 ust. 1–4 u.p.b., jeśli podlegają wymogowi przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, oraz przedsięwzięcia wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar „Natura 2000” zgodnie z art. 59 u.u.i.ś., z wyłączeniem przedsięwzięć, o których mowa w art. 29 ust. 1 pkt 17–19 u.p.b. Nadto, jak wskazano w art. 29 ust. 7 pkt 1 u.p.b., decyzji o pozwoleniu na budowę wymagają roboty budowlane, o których mowa w ust. 1–4, wykonywane przy obiekcie budowlanym wpisanym do rejestru zabytków. Natomiast zgodnie z art. 29 ust. 7 pkt 2 u.p.b., roboty budowlane, o których mowa w ust. 2 i 4, wymagają dokonania zgłoszenia zamiaru ich wykonywania, jeśli mają być prowadzone na obszarze wpisanym do rejestru zabytków.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie, do której kategorii robót budowlanych należy kwalifikować budowę wiaty. Zasadniczo bowiem jej budowa winna wiązać się z koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę, przy czym – w określonych przez ustawodawcę przypadkach – może albo być objęta obowiązkiem dokonania zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych, albo nie podlega reglamentacji administracyjnoprawnej na tym etapie procesu budowlanego.

Analizy wymagają zatem przepisy właściwe w tym zakresie, w szczególności te, które odnoszą się do reglamentacji budowy poszczególnych rodzajów obiektów budowlanych, czyli budynków, budowli oraz obiektów małej architektury. Jako konieczne jawi się przy tym wskazanie tej kategorii obiektów budowlanych, do której zaliczać należy wiatę. Mając zaś na uwadze, że ustawodawca nie definiuje pojęcia wiaty, niezbędne jest dokonanie charakterystyki przedmiotowego obiektu budowlanego. Rozwój technik budowlanych, a także kreatywność inwestorów, powodują bowiem, że prawidłowa kwalifikacja obiektu budowlanego jako wiaty coraz częściej budzi wątpliwości.

Rodzaje obiektów budowlanych

Ustawodawca zdefiniował pojęcie obiektu budowlanego, wskazując, że należy pod nim rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych⁵. Oznacza to, że przepisy u.p.b. wyróżniają wymienione powyżej trzy rodzaje obiektów budowlanych.

Pierwszy z nich stanowią budynki, które ustawodawca definiuje jako obiekty budowlane trwale związane z gruntem, wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadające fundamenty i dach⁶. Podkreślenia wymaga przy tym, co jest akcentowane w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, że budynkiem nie jest każdy obiekt budowlany, a wyłącznie taki, który spełnia łącznie wskazane powyżej cztery przesłanki ujęte w art. 3 pkt 2 u.p.b.⁷ Za budynek nie może być zatem uznany obiekt budowlany wykonany bez przegród zewnętrznych, fundamentów bądź bez dachu lub niezwiązany

⁵ Zob. art. 3 pkt 1 u.p.b.; szerzej na ten temat zob. np. A. Despot-Mładanowicz, [w:] Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2021, Lex, art. 3.

⁶ Zob. art. 3 pkt 2 pr. bud. Szerzej na temat cech obiektu budowlanego kwalifikowanego jako budynek zob. K. Małyś-Sulińska, *Kwalifikacja obiektu budowlanego jako budynku w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo budowlane przesłanką pozytywną objęcia obowiązkowym ubezpieczeniem budynku rolniczego od ognia i innych zdarzeń losowych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2021, nr 3.

⁷ Zob. wyrok NSA z 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt II OSK 1465/17, Lex nr 2650588.

trwale z gruntem⁸. Jednocześnie w orzecznictwie sądów administracyjnych wskazuje się, że w przypadku spełnienia wymienionych przesłanek obiekt pozostaje budynkiem, nawet gdy ze względów technicznych, prawnych bądź faktycznych nie może być wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem. Również braki w wyposażeniu budynku, częściowy jego demontaż czy ogólna dewastacja, a także niewykorzystywanie nie powodują utraty przez taki obiekt cech budynku⁹. Zauważenia wymaga również, że ustawodawca nie opisał budynku jako jednolitej kategorii obiektów budowlanych, a w ustawie ujął nadto definicję jednego z jego rodzajów, a to budynku mieszkalnego jednorodzinnego¹⁰.

Kolejny rodzaj obiektów budowlanych stanowią obiekty małej architektury. Są one definiowane przez ustawodawcę jako niewielkie obiekty, a w szczególności obiekty kultu religijnego (kapliczki, krzyże przydrożne, figury)¹¹, posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej¹², a także obiekty użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku (piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki)¹³. Definicja ta, jak podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych, ma charakter niepełny, gdyż nie wskazuje wszystkich elementów składających się na jej desygnaty. Wynikają z niej jednak cechy charakterystyczne dla obiektów małej architektury, a to niewielkie rozmiary obiektu oraz przeznaczenie, które powinno korespondować z przeznaczeniem jednej z kategorii obiektów wskazanych w przywołanym art. 3 pkt 4 u.p.b.¹⁴ Możliwe jest zatem określenie innych obiektów podobnych do wyznaczonych w przywołanym przepisie, które ze względu na swoje niewielkie rozmiary i podobną funkcję mogą być zakwalifikowane jako obiekty małej architektury¹⁵. Wskazane powyżej wyliczenie ujęte w art. 3 pkt 4 u.p.b. wskazuje bowiem cele, jakim ma służyć użytkowanie obiektów małej architektury. Wśród nich jest np. rekreacja codzienna, ale nie rekreacja indywidualna let-

⁸ Zob. wyrok NSA z 28 listopada 2019 r., sygn. akt II OSK 131/18, Lex nr 3065814. Por. też: wyrok NSA z 18 września 2019 r., sygn. akt II OSK 2507/17, Lex nr 3073340; wyrok WSA w Krakowie z 21 grudnia 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 1221/18, Lex nr 2603723.

⁹ Zob. wyrok WSA w Lublinie z 11 października 2019 r., sygn. akt I SA/Lu 244/19, Lex nr 2731351.

¹⁰ Zob. art. 3 ust. 2a u.p.b.; pod pojęciem budynku mieszkalnego jednorodzinnego należy rozumieć budynek wolnostojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku – szerzej na ten temat zob. np. A. Despot-Mładanowicz, [w:] Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), op. cit., art. 3.

¹¹ Zob. art. 3 pkt 4 lit. a u.p.b.

¹² Zob. art. 3 pkt 4 lit. b u.p.b.

¹³ Zob. art. 3 pkt 4 lit. c u.p.b.

¹⁴ Zob. wyrok NSA z 18 października 2016 r., sygn. akt II OSK 19/15, Lex nr 2169057. Por. też wyrok NSA z 23 kwietnia 2020 r., sygn. akt II OSK 1472/19, Lex nr 3043464.

¹⁵ Zob. wyrok NSA z 18 lipca 2018 r., sygn. akt II OSK 2077/16, Lex nr 2527196; wyrok WSA w Rzeszowie z 24 października 2019 r., sygn. akt II SA/Rz 795/19, Lex nr 3038528.

niskowa, polegająca na sezonowym użytkowaniu obiektu przystosowanego do zamieszkiwania ludzi¹⁶. Podkreślenia wymaga również niewielki rozmiar inwestycji kwalifikowanej jako obiekt małej architektury, a za taki – choć jest to pojęcie nieostre – niewątpliwie nie może zostać uznany obiekt budowlany o znacznych rozmiarach nawet, gdy ma znajdować się na działce o dużej powierzchni¹⁷. Obiektem małej architektury, jak wskazuje się w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, nie jest także np. plac zabaw czy siłownia zewnętrzna, ale poszczególne ich elementy, składające się na funkcjonalną całość. I tak np. plac zabaw to wyodrębniony funkcjonalnie zespół obiektów małej architektury, służący codziennej rekreacji dzieci, a siłownia zewnętrzna – wykonywaniu ćwiczeń¹⁸.

Ostatnim rodzajem obiektów budowlanych są budowle definiowane przez ustawodawcę jako takie obiekty budowlane, które nie są ani budynkiem, ani obiektem małej architektury¹⁹. Jednocześnie ustawodawca wskazał przykładowy katalog obiektów budowlanych kwalifikowanych jako budowle²⁰. Z powyższego wynika zatem, że – jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych – budowlą jest każdy inny obiekt budowlany niż budynek oraz obiekt małej architektury, który jest podobny do wytworów ludzkiej działalności wskazanych w art. 3 pkt 3 u.p.b.²¹ Za taki uznaje się np. mur oporowy, gdyż konstrukcje oporowe mają przede wszystkim za zadanie zabezpieczanie

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Gdańsku z 16 stycznia 2009 r., sygn. akt II SA/Gd 184/08, Lex nr 475223.

¹⁷ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 23 lutego 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 1272/17, Lex nr 2464960.

¹⁸ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 1 lipca 2020 r., sygn. akt II SA/Gl 179/20, Lex nr 3040536. Por. też wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 18 grudnia 2019 r., sygn. akt II SA/Go 783/19, Lex nr 2762406.

¹⁹ Zob. art. 3 pkt 3 u.p.b.

²⁰ W przywołanym powyżej przepisie wskazano bowiem, że budowlami są takie obiekty budowlane, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. Zob. też art. 3 pkt 3a u.p.b., w którym obiekt liniowy zdefiniowano jako obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable zainstalowane w kanalizacji kablowej, kable zainstalowane w kanale technologicznym oraz kable telekomunikacyjne dowieszone do już istniejącej linii kablowej nadziemnej nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.

²¹ Zob. wyrok NSA z 27 stycznia 2010 r., sygn. akt II OSK 186/09, Lex nr 597412.

terenu przed osuwaniem się gruntu, z terenu położonego wyżej, podczas gdy ogrodzenia oddzielają od siebie części terenu. Jeżeli zatem dominującą funkcją konstrukcji jest zabezpieczanie przed osuwaniem się ziemi, co może potwierdzać rodzaj użytych do jej wzniesienia materiałów, stanowi ona mur oporowy kwalifikowany jako budowla. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie sądowo-administracyjnym, kwalifikując obiekt budowlany, należy uwzględnić w szczególności jego przeznaczenie rozumiane jako funkcję, którą ma pełnić²².

Charakterystyka obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata

W u.p.b. ustawodawca nie zawarł definicji wiaty, a nadto przepisy tej ustawy nie odsyłają do żadnego innego aktu ustawowego zawierającego przedmiotową definicję. Określając cechy charakteryzujące wiatę, trzeba zatem posilkować się zakresem semantycznym tego pojęcia w języku potocznym. Wiatę należy więc postrzegać jako zadaszenie, obiekt w postaci przekrycia podpartego słupami lub nadwieszono, który zasadniczo pozbawiony jest ścian, choć może posiadać lekkie ścianki niemające charakteru przegród budowlanych²³. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniach sądów administracyjnych, w których wskazuje się, że wiata jest obiektem budowlanym składającym się z konstrukcji dachowej wspartej na słupach²⁴. Oznacza to, że podstawową cechą wiaty jest wsparcie budowli na słupach, które stanowią zasadniczy element konstrukcyjny, wiążący ją trwale z gruntem²⁵. Prezentowane jest również stanowisko, zgodnie z którym wiata jest obiektem budowlanym stanowiącym dach wsparty na słupach, który jest związany lub niezwiązany trwale z gruntem²⁶. Mając na uwadze, że – jak wskazuje się w orzecznictwie sądowo-administracyjnym – na potrzeby sklasyfikowania danego obiektu jako budowli nie jest wymagane trwałe związanie go z gruntem²⁷, możliwe jest przyjęcie sta-

²² Zob. wyrok NSA z 21 października 2014 r., sygn. akt II OSK 2840/13, Lex nr 1592144.

²³ Zob. W. Szolginia, *Architektura*, Warszawa 1992, s. 160. Zob. też *Słownik języka polskiego*, w którym wskazano, że wiata to lekka budowla w postaci dachu wspartego na słupach, wzniesiona np. nad przystankiem lub parkingiem – <https://sjp.pwn.pl/sjp/wiata:2535588> (data dostępu: 15.09.2021). Por. również S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Warszawa 2003, s. 404.

²⁴ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 15 listopada 2018 r., sygn. akt VIII SA/Wa 479/18, Lex nr 2608674.

²⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 26 czerwca 2019 r., sygn. akt VII SA/Wa 3077/18, Lex nr 3079591; wyrok WSA w Kielcach z 13 grudnia 2018 r., sygn. akt II SA/Ke 709/18, Lex nr 2604912.

²⁶ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 2 października 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 392/19, Lex nr 2733093.

²⁷ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 4 sierpnia 2021 r., sygn. akt II SA/Gl 553/21, Lex nr 3217780.

nowiska, iż trwale związanie z gruntem nie jest cechą charakterystyczną obiektu kwalifikowanego jako wiata, choć – w ocenie autorki – bezpieczeństwo użytkowania takiego obiektu wymaga trwałego związania z gruntem. Przyjmuje się nadto, że częściowe wyposażenie wiaty w ściany nie zmienia jej charakteru, zwłaszcza gdy ściany te nie stanowią elementu konstrukcyjnego, a funkcję nośną spełniają słupy²⁸. Wskazuje się również, że wiata stanowi obiekt budowlany, który nie jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych²⁹.

Wiata jako obiekt budowlany posiadający dach

Jak wskazano powyżej, obiekt kwalifikowany jako wiata to konstrukcja dachowa wsparta na słupach. W związku z powyższym każdy obiekt będący wiatą musi posiadać dach. Zauważenia wymaga przy tym, że przepisy u.p.b. nie zawierają definicji tego pojęcia ani nie odsyłają do takiej definicji ujętej w innym akcie normatywnym. W języku potocznym dach oznacza część konstrukcji obiektu ograniczającą go od góry, która zabezpiecza m.in. przed opadami atmosferycznymi, wiatrem i promieniowaniem ultrafioletowym³⁰. Znaczeniem tego pojęcia należy zatem posiłkować się określając cechy charakterystyczne tej części obiektu budowlanego. Wyróżniane są różne rodzaje dachu, np. pulpitowy, jednospadowy, dwuspadowy, czterospadowy, naczółkowy, kopulasty, mansardowy, namiotowy, przy czym kryterium tego podziału stanowi jego kształt³¹. Należy również przyjąć, że każdy z wymienionych rodzajów dachu może stanowić element wieńczący obiekt budowlany kwalifikowany jako wiata.

Zaakcentować należy jednocześnie, że w orzecznictwie sądowoadministracyjnym wskazuje się na konieczność odróżniania wymogów stawianych różnym obiektom budowlanym³². Oznacza to, że brak jest uzasadnienia dla stawiania względem dachu przykrywającego obiekt budowlany będący wiatą takich samych wymogów jak wobec np. dachów budynków mieszkalnych. Te ostatnie, poza wskazanymi powyżej funkcjami dachu, powinny chronić nadto przed utratą ciepła przez obiekt, który wieńczy, a wymogu takiego nie sposób stawiać dachom wiat, które to obiekty budowlane nie mają za zadanie chronić przed zimą.

²⁸ Zob. wyrok WSA w Kielcach z 13 grudnia 2018 r., II SA/Ke 709/18, Lex nr 2604912.

²⁹ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 2 października 2019 r., IV SA/Po 392/19, Lex nr 2733093.

³⁰ Zob. *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/dach.html> (data dostępu: 9.15.2021). Por. też *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2007, s. 297.

³¹ Przepisy prawa nie formułują tych definicji, co oznacza konieczność sięgania w tym zakresie do opracowań branżowych – zob. np. A. Repelewicz, K. Regulska, *Dachy: geometria i konstrukcja*, Częstochowa 2004.

³² Zob. wyrok WSA w Krakowie z 22 maja 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 321/18, Lex nr 2507640.

Zaznaczyć trzeba również, że do wiat nie można odnosić poglądu prezentowanego w orzecznictwie sądów administracyjnych w zakresie możliwości przykrycia jednym dachem kilku budynków³³. Obiekt budowlany kwalifikowany jako wiata – jak już to wskazano powyżej – zasadniczo składa się z dachu, który jest częścią determinującą wielkość przedmiotowego obiektu. Nie można zatem przyjmować, że jeden dach może wieńczyć więcej niż jedną wiatę.

Wiata jako obiekt budowlany trwale związany z gruntem

W ocenie autorki niniejszego artykułu obiekt budowlany kwalifikowany jako wiata winien być trwale związany z gruntem, choć – jak wskazano to wcześniej – prezentowany jest również pogląd odmienny. Trwale związanie obiektu z gruntem determinowane jest zaś jego konstrukcją techniczną, przy czym chodzi o powiązanie w sensie fizycznym³⁴. Chodzi zatem o takie posadowienie obiektu, które gwarantuje mu stabilność i możliwość przeciwdziałania czynnikom zewnętrznym jakimi są siły przyrody, które mogłyby go zniszczyć albo spowodować jego przemieszczenie lub przesunięcie w inne miejsce. Trwale połączenie z gruntem nie ma więc na celu przeciwdziałania działalności człowieka³⁵.

Należy przy tym zaznaczyć, że związanie obiektu z gruntem często rozumie się w ten sposób, iż ma on fundamenty, choć – jak wskazuje Sąd Najwyższy – nie są one wymagane³⁶. Na potrzeby przyjęcia trwałego związania obiektu z gruntem rozstrzygające jest bowiem to, w jaki sposób opiera się on na czynnikach, które mogą spowodować jego zniszczenie lub przesunięcie. O trwałości tego związania decyduje zatem jego intensywność, która może zaistnieć zarówno w sytuacji, gdy obiekt jest połączony z fundamentem w całości zagłębionym w gruncie, jak i obejmować takie przypadki, gdy wielkość, masa i względy bezpieczeństwa, w tym opieranie się oddziaływaniom atmosferycznym wskazują na stabilne posadowienie obiektu. Obiekty trwale związane z grun-

³³ Zob. wyrok NSA z 5 lutego 2020 r., sygn. akt II OSK 2952/18, Lex nr 3072402, w którym wskazano, że kilka budynków może być pokrytych jednym dachem, jeśli brak jest wspólnego poddasza, a ściana łącząca obie części obiektu ma odpowiednią odporność ogniową. Samodzielność konstrukcyjna oznacza bowiem, że występują odrębne budynki (np. budynki jednorodzinne zrealizowane w formie zabudowy bliźniaczej).

³⁴ Por. T. Asman, Z. Niewiadomski, [w:] Z. Niewiadomski (red.), op. cit., s. 42.

³⁵ Zob. wyrok NSA z 18 maja 2020 r., sygn. akt I OSK 1579/19, Lex nr 3020838; wyrok NSA z 24 września 2019 r., sygn. akt II OSK 2447/18, Lex nr 2751289; wyrok NSA z 28 kwietnia 2020 r., sygn. akt II OSK 1899/19, Lex nr 3085281; wyrok WSA w Olsztynie z 4 marca 2021 r., sygn. akt II SA/Ol 679/20, Lex nr 3150384; wyrok WSA w Gdańsku z 20 stycznia 2021 r., sygn. akt II SA/Gd 415/20, Lex nr 3146074; wyrok WSA w Gdańsku z 8 lipca 2020 r., sygn. akt II SA/Gd 647/19, Lex nr 3029072.

³⁶ Zob. postanowienie SN z 26 listopada 2019 r., sygn. akt IV CSK 418/18, Lex nr 2784013.

tem są bowiem odporne na działanie warunków atmosferycznych jakimi są np. podmuchy wiatru.

Weryfikacja tej cechy obiektu budowlanego może sprowadzać się jednak do ustalenia, że posiada on fundamenty, przy czym również to pojęcie nie zostało zdefiniowane w przepisach u.p.b., a jednocześnie ustawodawca nie odesłał do żadnego innego aktu ustawowego zawierającego taką definicję. Z zakresu semantycznego tego pojęcia w języku potocznym należy wywodzić jednak, że fundamentem jest osadzona w gruncie dolna część obiektu³⁷. Nadto, jak wskazuje się w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, dolna płaszczyzna fundamentu powinna znajdować się pod powierzchnią ziemi, a jego przeniesienie w inne miejsce musi wymagać prac ziemnych. Podnosi się także, iż fundament jest elementem konstrukcyjnym obiektu, który zapewnia jego stabilność i trwałość oraz przenosi jego ciężar na grunt³⁸, przy czym może być wykonany z różnych materiałów budowlanych i z zastosowaniem różnych technologii³⁹.

Wiata jako obiekt budowlany, który nie jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych

Charakterystyczne dla obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata jest również to, że nie jest on wydzielony z przestrzeni zewnętrznej za pomocą przegród budowlanych. Wiata jest bowiem takim obiektem budowlanym, który – co do zasady – jest pozbawiony wszystkich albo większości przegród zewnętrznych⁴⁰. Podkreślenia wymaga przy tym, że nawet jeśli możliwe jest wskazanie przestrzeni przypisanej do obiektu będącego wiatą to, przestrzeń ta nie jest wydzielona za pomocą przegród budowlanych. Obiekt taki może być

³⁷ Zob. wyrok WSA w Szczecinie z 15 października 2020 r., sygn. akt II SA/Sz 151/20, Lex nr 3088369. Zob. też *Encyklopedię PWN*, w której wskazano, że fundamentem jest „najniżej położony element konstrukcyjny obiektu budowlanego przenoszący oddziaływanie (obciążenia) konstrukcji nośnej na podłoże gruntowe” – <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/dach.html> (data dostępu: 15.09.2021).

³⁸ Zob. wyrok WSA w Szczecinie z 15 października 2020 r., sygn. akt II SA/Sz 151/20, Lex nr 3088369. Zauważenia wymaga jednak, że w orzecznictwie sądowoadministracyjnym prezentowany jest również pogląd, zgodnie z którym bloczki betonowe mogą tworzyć fundament – zob. wyrok NSA z 10 kwietnia 2019 r., sygn. akt II OSK 1499/17, Lex nr 2650604.

³⁹ Zob. wyrok WSA w Kielcach z 3 lipca 2020 r., sygn. akt II SA/Ke 917/19, Lex nr 3040524. Por. też wyrok WSA w Gdańsku z 20 stycznia 2021 r., sygn. akt II SA/Gd 415/20, Lex nr 3146074.

⁴⁰ Zob. wyrok NSA z 9 stycznia 2019 r., sygn. akt II OSK 3465/18, Lex nr 2604876; wyrok NSA z 17 marca 2020 r., sygn. akt II OSK 603/19, Lex nr 3038270; wyrok WSA w Poznaniu z 2 października 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 392/19, Lex nr 2733093; wyrok WSA w Gdańsku z 19 lutego 2020 r., sygn. akt II SA/Gd 389/19, Lex nr 2939060.

zatem wyodrębniony z przestrzeni ściankami wykonanymi z materiałów, które nie mają cechy trwałości jak np. płótno, cienka dykta czy folia⁴¹.

Wydzielenie natomiast obiektu z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych wyklucza jego kwalifikację jako wiaty. Podkreślenia wymaga przy tym, że – mając na względzie ciągły rozwój technik budowlanych – pojęcie trwałej ściany nie oznacza wyłącznie przegrody murowanej, gdyż istnieje możliwość wyodrębnienia obiektu z przestrzeni zewnętrznej np. ścianą ze stali ocynkowanej⁴². Jednocześnie zauważyć trzeba, że posiadanie przez obiekt ścian z otworami nie jest jednoznaczne z tym, że nie jest on wyodrębniony z przestrzeni. Ściana nie traci bowiem swojej funkcji wyodrębniającej obiekt z przestrzeni zewnętrznej przez to, że posiada otwory⁴³. Podobnie nie traci swojej funkcji ściana, w której wykonano otwór drzwiowy lub okienny, ale nie zamontowano drzwi lub okna. Niezamontowanie bowiem tych elementów w ścianie obiektu nie powoduje zmiany jej funkcji, jaką jest wydzielenie obiektu z przestrzeni⁴⁴.

Równocześnie podkreślenia wymaga, że ścianki, w które może być wyposażony obiekt budowlany kwalifikowany jako wiata, nie mogą stanowić elementu jego konstrukcji. Ich demontaż musi być zatem możliwy i nie powinien stanowić zagrożenia dla konstrukcji przedmiotowego obiektu budowlanego.

Reglamentacja administracyjnoprawna w zakresie budowy obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata

Z przedstawionej powyższej charakterystyki obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata wynika, że wiata nie jest budynkiem w rozumieniu art. 3 pkt 2 u.p.b., ale budowlą, o której mowa w art. 3 pkt 3 u.p.b. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych⁴⁵, przy czym wskazuje się również, że wiata może być kwalifikowana nie tylko jako budowla, ale także jako obiekt małej architektury, np. wiata śmietnikowa. Jednak – jak wskazuje się w orzeczeniach sądowniczo-administracyjnych – o tym, czy wiata jest budowlą, czy też obiektem małej architektury, decyduje w szczególności

⁴¹ Na temat przegród budowlanych zob. wyrok WSA w Gdańsku z 11 grudnia 2008 r., sygn. akt III SA/Gd 213/08, Lex nr 477247, a także K. Małysa-Sulińska, *Przesłanki wydania zaświadczenia o samodzielności lokalu wykorzystywanego zgodnie z przeznaczeniem na cele inne niż mieszkalne*, „Casus” 2020, nr 98/99, s. 27.

⁴² Por. wyrok NSA z 19 października 2017 r., sygn. akt I OSK 3267/15, Lex nr 2404349.

⁴³ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 17 lipca 2019 r., sygn. akt II SA/Po 255/19, Lex nr 2700461.

⁴⁴ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 12 lutego 2020 r., sygn. akt II SA/Rz 1400/19, Lex nr 3034177.

⁴⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 15 listopada 2018 r., sygn. akt VIII SA/Wa 479/18, Lex nr 2608674.

jej wielkość, sposób konstrukcji oraz przeznaczenie⁴⁶. Wiata nie powinna być natomiast kwalifikowana jako budynek, gdyż obiekt budowlany posiadający wszystkie cechy budynku nie jest wiatą⁴⁷. Należy podkreślić przy tym, że ewentualna kwalifikacja wiaty jako budynku przez inne organy, np. podatkowe, nie jest wiążąca w postępowaniu prowadzonym w oparciu o przepisy u.p.b., gdyż organy procedujące w oparciu o regulacje ujęte w przywołanym akcie normatywnym samodzielnie dokonują takiej kwalifikacji⁴⁸.

Wskazane powyżej przypisanie wiaty do jednej z kategorii obiektów budowlanych determinuje tryb, jaki powinien poprzedzać legalne rozpoczęcie jej budowy. Podkreślenia wymaga przy tym, że zgodnie z regulacją ogólną ujętą w art. 28 ust. 1 u.p.b. zasadą jest, iż roboty budowlane polegające na budowie wiaty można rozpocząć na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. Wiąże się to z wszczęciem i przeprowadzeniem przy udziale stron postępowania jurysdykcyjnego, którego przedmiotem jest m.in. zatwierdzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego, względnie projektu budowlanego⁴⁹, i udzielenie pozwolenia na prowadzenie robót budowlanych w oparciu o zatwierdzony projekt, a rozstrzygnięcie w tym zakresie przybiera postać decyzji administracyjnej⁵⁰.

Wskazany powyżej tryb nie stanowi jednak wyłącznego przejawu reglamentacji możliwości przystąpienia do wykonywania robót budowlanych, polegających na budowie obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata, gdyż w przypadkach określonych przez ustawodawcę są one objęte obowiązkiem

⁴⁶ Por. wyrok NSA z 11 marca 2020 r., sygn. akt II FSK 1044/18, Lex nr 2979694; wyrok WSA w Lublinie z 20 grudnia 2018 r., sygn. akt II SA/Lu 680/18, Lex nr 2610877; wyrok WSA w Gdańsku z 9 maja 2018 r., sygn. akt II SA/Gd 165/18, Lex nr 2493225. Por. też wyrok WSA z 30 stycznia 2015 r., sygn. akt II SA/Kr 1626/14; wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 10 czerwca 2021 r., sygn. akt I SA/Go 121/21, Lex nr 3191994.

⁴⁷ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 2 października 2019 r., sygn. akt IV SA/Po 392/19, Lex nr 2733093.

⁴⁸ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 7 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Rz 1303/18, Lex nr 2651296. Por. też wyrok WSA w Lublinie z 11 października 2019 r., sygn. akt I SA/Lu 246/19, Lex nr 2731444.

⁴⁹ Od 19 września 2020 r. obowiązują regulacje, zgodnie z którymi projekt budowlany składa się z trzech części, którymi są: projekt zagospodarowania działki lub terenu, projekt architektoniczno-budowlany, projekt techniczny, przy czym występując o pozwolenie na budowę, inwestor jest zobligowany przedłożyć – inaczej niż to miało miejsce przed 19 września 2020 r., gdy istniał obowiązek złożenia całego projektu budowlanego – tylko dwie jego pierwsze części. Zgodnie jednak z regulacją art. 25 z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 471) i zgodnie z regulacją art. 26 przywołanej powyżej ustawy nowelizującej do 19.09.2021 r. do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę można dołączyć projekt budowlany sporządzony na podstawie przepisów u.p.b. w brzmieniu sprzed 19 września 2020 r.

⁵⁰ Szerzej na ten temat zob. K. Małysa-Sulińska, *Administracyjnoprawne aspekty inwestycji budowlanych*, Warszawa 2012, s. 145 i nast.; Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kruś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2019, s. 465 i nast.; A. Ostrowska, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 28.

zgłoszenia zamiaru ich wykonywania. Ustawodawca przewiduje również przypadki, gdy wykonywanie robót budowlanych związanych z obiektem budowlanym kwalifikowanym jako wiata nie wymaga ani uzyskania pozwolenia na budowę, ani dokonania zgłoszenia zamiaru ich wykonywania.

Zgłoszenie zamiaru wykonywania robót budowlanych uruchamia uproszczoną procedurę administracyjną w zakresie przyzwolenia na ich prowadzenie⁵¹. Ustalenia w tym zakresie zapadają w toku postępowania prowadzonego bez udziału stron, którego pozytywne zakończenie nie wiąże się z wydaniem decyzji administracyjnej. Decyzja taka jest bowiem wydawana wówczas, gdy organ wnosi sprzeciw wobec dokonanego zgłoszenia zamiaru przystąpienia do wykonywania robót budowlanych. Nadto w tym postępowaniu zasadniczo nie następuje zatwierdzenie projektu budowlanego lub jego części⁵², gdyż wymóg jego przedłożenia w tym trybie stanowi wyjątek od zasady⁵³. I tak legalna budowa obiektu kwalifikowanego jako wiata może wiązać się z obowiązkiem dokonania zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych. Zgłoszeniem zamiaru wykonywania robót budowlanych objęta jest bowiem budowa wolnostojących wiat o powierzchni zabudowy do 35 m² z zastrzeżeniem, że łączna liczba takich obiektów na działce nie może przekraczać dwóch na każde 500 m² powierzchni działki⁵⁴. Nadto obowiązkiem tym objęte są również obiekty budowlane usytuowane na terenach zamkniętych, ustalonych decyzją Ministra Obrony Narodowej lub ministra właściwego do spraw wewnętrznych⁵⁵, a wśród takich mogą znajdować się wiaty o powierzchni zabudowy powyżej 35 m². Wskazać należy również, że tryb ten ustawodawca przewidział również wobec budowy przeznaczonej wyłącznie na cele gospodarki leśnej i położonych

⁵¹ Zgodnie jednak z regulacją art. 29 ust. 5 u.p.b. inwestor zamiast dokonania zgłoszenia dotyczącego budowy, o której mowa w ust. 1, lub robót budowlanych, o których mowa w ust. 3, może wystąpić z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Por. też K. Małysa-Sulińska, *Reglamentacja robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego jednorodzinnego*, „Causus” 2015, nr 77, s. 37 i nast.

⁵² Zob. przypisy 49.

⁵³ Sporządzenie projektu budowlanego jest wymagane np. przy dokonywaniu zgłoszenia budowy wolnostojącego budynku mieszkalnego jednorodzinnego, którego obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których został zaprojektowany. Zob. art. 30 ust. 2a pkt 4 i 5 oraz ust. 4b i 4c u.p.b. Szerzej na temat zgłoszenia robót budowlanych zob. K. Małysa-Sulińska, *Postępowania w sprawach inwestycyjno-budowlanych*, [w:] A. Matan (red.), *Postępowania autonomiczne i szczególne. Postępowania niejurysdykcyjne*, seria: System Prawa Administracyjnego Procesowego, t. 4, Warszawa 2021, s. 413 i nast.; A. Kosicki, [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2021, Lex, art. 30. Por. też K. Sobieralski, *Milczące załatwienie sprawy*, [w:] B. Adamiak (red.), *Weryfikacja rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, seria: System Prawa Administracyjnego Procesowego, t. 2, cz. 5, Warszawa 2019, Lex; M. Szewczyk, E. Szewczyk, *W sprawach załatwianych milcząco*, [w:] W. Chróścielewski (red.), *Zakres przedmiotowy i podmiotowy postępowania administracyjnego ogólnego*, seria: System Prawa Administracyjnego Procesowego, t. 2, cz. 1, Warszawa 2018, Lex.

⁵⁴ Zob. art. 29 ust. 1 pkt 14 lit. c u.p.b.

⁵⁵ Zob. art. 29 ust. 1 pkt 4 u.p.b.

na gruntach leśnych Skarbu Państwa, sytuowanych na obszarze „Natura 2000” gospodarczych obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy do 35 m², przy rozpiętości konstrukcji nie większej niż 4,80 m⁵⁶, a takimi mogą być m.in. wiaty. Wreszcie dokonanie zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych jest wymagane przed przystąpieniem do budowy obiektów małej architektury w miejscach publicznych⁵⁷, przy czym – jak już wcześniej wskazano – wiata, przy spełnieniu wymogów niewielkiego rozmiaru oraz przeznaczeniu wpisującemu się w regulację art. 3 pkt 4 u.p.b., może być kwalifikowana jako ten rodzaj obiektu budowlanego.

Nie wymaga natomiast ani uzyskania pozwolenia na budowę, ani dokonania zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych budowa wiat przystankowych i peronowych⁵⁸, a także sytuowanych na działce, na której znajduje się budynek mieszkalny, lub przeznaczonej pod budownictwo mieszkaniowe wiat o powierzchni zabudowy do 50 m², z zastrzeżeniem że łączna liczba tych wiat na działce nie może przekraczać dwóch na każde 1000 m² powierzchni działki⁵⁹. Nadto wyłączona spod reglamentacji administracyjnoprawnej na tym etapie procesu budowlanego jest budowa – przeznaczonych wyłącznie na cele gospodarki leśnej i położonych na gruntach leśnych Skarbu Państwa, z wyjątkiem sytuowanych na obszarze „Natura 2000” – gospodarczych obiektów budowlanych o powierzchni zabudowy do 35 m², przy rozpiętości konstrukcji nie większej niż 4,80 m⁶⁰, a takimi mogą być m.in. wiaty. Wreszcie przedmiotową reglamentacją administracyjnoprawną na tym etapie procesu budowlanego nie jest objęta budowa obiektów małej architektury lokalizowanych poza miejscami publicznymi⁶¹, a wiata – jak już wyjaśniono wcześniej – może być kwalifikowana jako ten rodzaj obiektu budowlanego.

Podsumowanie

Reasumując powyższe, należy wskazać, że obiekt budowlany kwalifikowany jako wiata musi spełniać łącznie trzy cechy: musi posiadać dach, być trwale związany z gruntem oraz nie być wydzielonym z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. To zaś oznacza, że obiekt taki – co do zasady – jest kwalifikowany jako budowla, a przy spełnieniu dodatkowych przesłanek jako obiekt małej architektury. Następuje to wówczas, gdy wiata jest obiektem o niewielkich rozmiarach, a nadto jej przeznaczenie koresponduje z przeznaczeniem jednej z kategorii obiektów wskazanych w art. 3 pkt 4 u.p.b.

⁵⁶ Zob. art. 29 ust. 1 pkt 18 u.p.b.

⁵⁷ Zob. art. 29 ust. 1 pkt 28 u.p.b.

⁵⁸ Zob. art. 29 ust. 2 pkt 5 u.p.b.

⁵⁹ Zob. art. 29 ust. 2 pkt 2 u.p.b.

⁶⁰ Zob. art. 29 ust. 2 pkt 8 u.p.b.

⁶¹ Zob. art. 29 ust. 1 pkt 19 u.p.b.

Z powyższego wynika zaś, że w odniesieniu do obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata mogą mieć zastosowanie nie tylko przepisy wprost dedykowane temu rodzajowi obiektów, ale również te, w których ustawodawca używa terminu budowla lub obiekt małej architektury. Zasadą jest zatem budowa wiaty w oparciu o decyzję o pozwoleniu na budowę, przy czym ustawodawca przewidział wyjątki w tym zakresie, dopuszczając w określonych przypadkach realizację takiego obiektu w oparciu o skutecznie dokonane zgłoszenie zamiaru wykonywania robót budowlanych czy nawet bez środków reglamentujących na tym etapie procesu budowlanego. Podkreślenia wymaga jednak, że przywołanych regulacji w zakresie reglamentacji budowy obiektu budowlanego kwalifikowanego jako wiata nie można stosować w odniesieniu do obiektów budowlanych spełniających wskazane w art. 3 pkt 2 u.p.b. cechy budynku. Niedopuszczalne jest bowiem kwalifikowanie jako wiaty obiektu budowlanego, który jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, a jest to jedna z cech budynku.

Wykaz literatury

- Adamiak B., G. Łaszczyca, A. Matan, K. Sobieralski (red.), *Weryfikacja rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, Warszawa 2019, Lex.
- Asman T., Niewiadomski Z., [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Despot-Mładanowicz A., [w:] Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2021, Lex.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, PWN, Warszawa 2003.
- Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/dach.html>.
- Kosicki A., [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2021, Lex.
- Leoński Z., Szewczyk M., Kruś M., *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Małysa-Sulińska K., *Administracyjnoprawne aspekty inwestycji budowlanych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Małysa-Sulińska K., *Kwalifikacja obiektu budowlanego jako budynku w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo budowlane przesłanką pozytywną objęcia obowiązkowym ubezpieczeniem budynku rolniczego od ognia i innych zdarzeń losowych*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2021, nr 3.
- Małysa-Sulińska K., *Postępowania w sprawach inwestycyjno-budowlanych*, [w:] A. Matan (red.), *Postępowania autonomiczne i szczególne. Postępowania niejurysdykcyjne*, seria: System Prawa Administracyjnego Procesowego, t. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Małysa-Sulińska K., *Przesłanki wydania zaświadczenia o samodzielności lokalu wykorzystywanego zgodnie z przeznaczeniem na cele inne niż mieszkalne*, „Casus” 2020, nr 98/99.
- Małysa-Sulińska K., *Reglamentacja robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego jednorodzinnego*, „Casus” 2015, nr 77.

- Niewiadomski Z., (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Ostrowska A., [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Repelewicz A., Regulska K., *Dachy: geometria i konstrukcja*, Wyd. Politechniki Częstochowskiej, Częstochowa 2004.
- Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/wiata;2535588>.
- Słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 2007.
- Sobieralski K., *Milczące załatwienie sprawy*, [w:] B. Adamiak (red.), *Weryfikacja rozstrzygnięć w postępowaniu administracyjnym ogólnym*, seria: System Prawa Administracyjnego Procesowego, t. 2, cz. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Szolginia W., *Architektura*, Sigma Not, Warszawa 1992.

Summary

Qualification of a building object as a shelter vs. restrictions on its construction

Keywords: construction law, features of a shelter, building object, edifice, building, small architecture object.

The rule is that construction works can start on the basis of building permission. However, the legislator provided for exceptions to this rule, mentioning construction works which do not require such permission. This article analyses these provisions and specifies which of them can be applied to the construction of building objects classified as shelters. Consequently, it specifies the features of an object qualified as a shelter and points out that this lies within the category of building objects described as edifices or – provided that additional conditions are satisfied – small architecture objects.

Nataliia Martsenko

West Ukrainian National University in Ukraine

ORCID: 0000-0003-0947-5179

nata.martsenko@gmail.com

Influence of artificial intelligence on the legal system

Introduction

Every year our life is becoming more dynamic. The development of advanced technologies is changing the format of civil-law relations in their classical sense (used by lawyers or ordinary citizens). Today, the norm for us is the use of artificial intelligence technologies in assessing credit risks, implementing them in the courts, legal departments of large companies, public authorities and management, in manufacturing, in the conclusion of smart contracts and, ultimately, in our homes (in the use of smart home technology). We don't even think about over using artificial intelligence programs almost every day. For example, email spam filters, face recognition, search recommendations, smart personal assistants (Siri), shared apps (Uber), etc.

Such changes are positive, as modern artificial intelligence technologies are designed to simplify a person's life, assist him or her in work or in accessing public services. However, they are accompanied by several unknown legal doctrines that need detailed scrutiny.

In general, the legal profession is one of those that most felt the ambiguous effect of modern technology being on the verge of upheaval¹. This is due to the introduction of artificial intelligence technologies into the work of lawyers when such technologies replace them².

¹ R. Susskind, D. Susskind, *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, 67, OUP 2015.

² For example, many contract documents are drawn up at the Coca-Cola Law Department using artificial intelligence technology. This minimizes the work time of lawyers by engaging them for more strategic tasks. At the same time, this leads to more consistent agreements. See: M. Heric, N. Goldman, *Corporate Legal Eagles Start to Embrace Artificial Intelligence*, Bain & Company Brief, 5 February 2019, <https://www.bain.com/insights/corporate-legal-eagles-start-to-embrace-artificial-intelligence/> (accessed: 15.04.2020). In addition, law firms use artificial intelligence

Indeed, the modern world seeks to meet the needs of the consumer as soon as possible, most effectively, with the least material costs. These processes are accelerated, but they are impersonal and are carried out by machines by algorithmic processes, which are not fully known to us. This obscurity is threatening to a person locally and globally.

The danger is also the creation and use of solutions that are not justified, legitimate or that simply do not allow detailed explanations of their behaviour³.

By interacting with artificial intelligence, people can lose their sense of autonomy in decision making because the machine will do everything for it. With the use of artificial intelligence technology, we not only dramatically change the format of elementary private relations man-to-thing, but we also change the understanding of the place of man in the system of things. For decades, man has struggled for basic tenets of democracy, such as freedom. But now we see a willingness to sacrifice this freedom for the sake of comfort life, the efficiency of economic and political processes.

In his book “Ending Democracy”, David Runciman emphasizes the problems of democracy in the modern world, which he sees in particular as the diminishing participation of man in controlling power. The role of the technical expertise of acts and actions of government outweighs the usual format of democratic control by the community, which, nevertheless, remains more accessible and understandable to most citizens⁴.

The risk of this is that innovators do not always consider human rights when designing their technologies. And the state is not ready to put innovations within certain legal limits so as not to hinder their development.

The role of law and the doctrine of law in the process of reconciling human interests and the development of modern technologies can hardly be overestimated. Law must be firm in its position on the direction of technological innovation for the benefit of man.

Law and artificial intelligence: the limits of interaction

Accepting the challenges of the information society, the legal doctrine seeks to adapt to processes governed without human participation by artificial intelligence. Legal scientists are eager to find out the specifics of autonomous machine solutions because, under such conditions, human life is subject to

technology to support or even replace lawyers in their core business. See: Ch. Veith et al., *How Legal Technology Will Change the Business of Law*, January 2016, https://issuu.com/jeroenzweers/docs/legal_tech_report_2016 (accessed: 15.04.2020).

³ D. Gunning, D.W. Aha, *DARPA's Explainable Artificial Intelligence (XAI) Program*, “AI Magazine” 2019, vol. 40(2), p. 44–58.

⁴ D. Runciman, *How Democracy Ends*, Profile Books Ltd., 2018.

decisions generated by artificial intelligence. This aspect of the digital world and its implications pose problems for legal analysis⁵.

However, human life is of the highest value, so there can be no compromise and risk here. The Law stands on guard of human life, the protection of democracy and personal freedom, even in the face of such a high level of scientific and technological progress. At the same time, the content and essence of legal regulation in today's world are changing the format – they are becoming much broader in scope, requiring interdisciplinary knowledge and dynamic response. The role of lawyers today is to take on the challenges of the modern world and in the context of the constant increase in economic efficiency when using artificial intelligence technologies, to preserve and protect people from the possible harmful effects of technology.

Questions related to law and artificial intelligence in one way or another are complex and very voluminous. Today, there are not many studies in legal science that would analyze the impact of artificial intelligence on the will of a person in civil relationships, the legal regime of artificial intelligence, and its place in law. It's complicated. It is difficult because the right is logical as well as the computer program algorithm. And only following a clear algorithm of action will solve the problem. The coding algorithm, like the law, is a predetermined rule⁶.

The legal algorithm needs to be expanded not in content but volume⁷. Aristotle once said that “the legislator cannot foresee all the future circumstances in which the law will apply and therefore cannot ensure that the law always conforms to the basis of its justification and justification at the point of its application. Its purpose is to create a form of justice that is flexible in the application of the law»⁸.

The law should not be so specific as to take into account all possible variants of the subject's behaviour. But it must be so large as to be appropriate for use in such situations. The scope of the law is expanded through legal justification and study of the content of law rules.

⁵ H. Brooke, *Algorithms, Artificial Intelligence and the Law. Lecture for BAILII Freshfields Bruckhaus Deringer*. London Lord Sales, Justice of the UK Supreme Court, 12 November 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191112.pdf> (accessd: 15.04.2020).

⁶ Ibidem.

⁷ As know, by its logical structure, any concept consists of content and scope. The meaning of the concept is a set of features on the basis of which are generalized and distinguished in the concept of objects of a certain class. The scope of a concept is a set of objects, each of which is the carrier of the features that make up the meaning of the concept. The content and scope of the concepts are organically interconnected. These relations are expressed by the law of the inverse relation between the content and the volume of concepts. According to this law, an increase in the scope of the term leads to a decrease in the content, and a decrease in the volume – to an increase in the content. See: *Pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh fakultetiv* [Textbook for law students], 5-te vyd. pererob. ta dop. K.: Tsentr uchbovoi literatury, 2015. 320 s.

⁸ Aristotle, *Nichomachean Ethics*, V. 10. 1137b, 12–29.

The problem of legal regulation of the use of artificial intelligence in various spheres of human activity is characterized by uncertainty and has to do with the unpersuasive promotion of artificial intelligence development. In such circumstances, the law must adapt to the modern conditions of social life, the state and the coexistence of states in the conditions of these technologies globalization.

The law does not aim to study in detail the mechanisms of artificial intelligence, but the law aims to regulate the relations related to it qualitatively. Detailed regulation of the technology creation process may result in a slowdown of their development. Therefore, the right is interested in the issue, not so much of its creation as of safe use.

For this purpose, it is important to clarify several key questions: what is artificial intelligence (there is a need to define this issue from the law point of view), what are its characteristics, place in the structure of civil legal relations (whether it is an object or electronic person⁹), peculiarities of civil liability.

In addition, the actual absence of borders for the development and spread of artificial intelligence technologies necessitates the adoption of common international legal standards and close international cooperation in this field.

Problems of the artificial intelligence legal definition formation

The definition of artificial intelligence in law is extremely complex and debatable, given the lack of a philosophical fundamental concept of “intelligence”¹⁰. However, the rapid development of artificial intelligence capabilities and its fields of application poses the urgent need for legal science to seek consensus on the notion of artificial intelligence in law.

In 1956, at the Dartmouth Conference, John McCarthy proposed to understand artificial intelligence as the science and technique of creating intelligent machines, especially intelligent computer programs¹¹.

A more accurate definition is provided in the Oxford Dictionary, where artificial intelligence is understood as the theory and development of computer

⁹ European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics (2018/2088(INI)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_EN.html (accessed: 15.04.2020).

¹⁰ G. Lea, *The Struggle To Define What Artificial Intelligence Actually Means*, 3 September 2015, <https://www.popsoci.com/why-we-need-legaldefinition-artificial-intelligence> (accessed: 15.04.2020); O. Burkeman, *Why can't the world's greatest minds solve the mystery of consciousness?*, 21 January 2015, <https://www.theguardian.com/science/2015/jan/21/sp-why-cant-worlds-greatest-minds-solve-mystery-consciousness> (accessed: 15.04.2020).

¹¹ *Artificial Intelligence: A Rising Star of Mobile Technology*, 5 October 2016, <https://blog.intuz.com/artificial-intelligence-a-rising-star-of-mobile-technology/> (accessed: 15.04.2020).

systems capable to perform tasks that typically require human intelligence, such as visual perception, language recognition, decision making, and translation between languages¹².

Artificial Intelligence is the development of a flexible agent capable of adapting to a variety of situations that were previously unknown and not learned through experience, and to achieve a goal that is unavailable to traditional computer systems¹³.

Artificial intelligence performs tasks in such a way that the result is no different from the result of a person working on the same task¹⁴.

For the most part, definitions of artificial intelligence are about explaining the essence of the latter through the mechanism of its action. The definition of artificial intelligence comes down to its ability to perform tasks without the help of human intelligence. Thus, there is a comparison of human intelligence and artificial intelligence.

However, the ability of artificial intelligence to “machine learning” involves the development of an algorithm that is optimized automatically through experience and with or without limited human intervention¹⁵. The ability of artificial intelligence for continuous development has the consequence of exceeding human intelligence capabilities.

In addition, the practice of defining the artificial intelligence concepts such as weak (narrow, applied, or restricted artificial intelligence, focused on solving one or more tasks that a person can perform¹⁶), strong (or general artificial intelligence) focused on solving all the tasks that a person can perform¹⁷) and superintelligence (which has social skills and is much smarter than human intelligence in various fields of activity¹⁸) is common.

Baranov O.A. proposed to understand artificial intelligence as a set of software and hardware methods, methods and tools (computer programs) that implement one or more cognitive functions equivalent to the corresponding

¹² *Artificial intelligence*, *English Oxford Dictionaries*, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence (accessed: 15.04.2020).

¹³ J.P.A. Lenardon, *The regulation of artificial intelligence*, Tilburg 2017, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142832> (accessed: 15.04.2020).

¹⁴ L. Floridi, M. Taddeo, M. Turilli, *Turing's imitation game: still an impossible challenge for all machines and some judges – an evaluation of the 2008 Loebner contest*, “Minds and Machines” 2009, vol. 19(1), p. 145–150.

¹⁵ Financial Stability Board, *Artificial Intelligence and machine learning in financial services*, 1 November 2017, <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P011117.pdf> (accessed: 15.04.2020).

¹⁶ A. Smith, *Artificial intelligence*, 2015, <http://nationalmagazine.ca/Articles/Fall-Issue-2015/Artificial-intelligence.aspx> (accessed: 15.04.2020); T. Urban, *The AI Revolution: The Road to Superintelligence*, 22 January 2015, <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution1.html> (accessed: 15.04.2020).

¹⁷ B.J. Copeland, *Artificial intelligence (AI)*, 12 January 2017, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.

¹⁸ N. Bostrom, *How long before superintelligence?*, “International Journal of Future Studies” 1998, vol. 2, <https://nickbostrom.com/superintelligence.html> (accessed: 15.04.2020).

human cognitive functions¹⁹. He argues that legal science is sufficient to represent artificial intelligence in the form of a “black box”, which is described by the function “input-output” (that is, a functional relationship between input and output signals (information), which is equivalent to certain cognitive functions of the human brain, but for which the technical and technological details of the internal structure and functioning are not known). This means that artificial intelligence processes the processing (transformation) of input information following algorithms that implement human brain functions and knowledge previously embedded in artificial intelligence or acquired in the process of self-development, into new information that can serve a role or direct information impact to manage some processes or to act as source information for a new (next) stage of information processing²⁰.

Among legal definitions, in particular in EU law, artificial intelligence is described as highly sophisticated systems that analyze established conditions and, to a certain extent, make autonomous decisions to achieve certain goals. The Organization for Economic Co-operation and Development, in its principles approved in May 2019, indicates that “artificial intelligence is a machine system that can make predictions, recommendations, or decisions by influencing the real or virtual environment based on a set of goals. Such systems can be designed to work with different levels of autonomy”²¹.

However, for the law, it would be worth considering the definition of artificial intelligence from the point of view of its interaction with man, the principles of its application and the level of responsibility.

In this sense, the Organization for Economic Co-operation and Development’s recommendations on artificial intelligence should be addressed and adopted in June 2019 by the General Human-Centered Principles of the G20²², as well as the Coordination Plan and the Ethical Guidelines for Reliability of Artificial Intelligence²³.

The Economic Co-operation and Development Organization’s recommendations on artificial intelligence set out five interrelated principles: growth, sustainable development and prosperity; human-centric values and justice; transparency and clarity; reliability, protection and security; responsibility.

¹⁹ O.A. Baranov, *Internet rechei i shtuchnyi intelekt: vytoky problemy pravovoho rehuliuwannia* [The Internet of Things and artificial intelligence: the origins of the problem of legal regulation], *IT-pravo: problemy ta perspektyvy rozvytku v Ukraini*: zbirnyk materialiv II-yi Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (Lviv, 17 lystopada 2017 r.), NU «Lvivska politehnika», Lviv 2017, p. 18–42, <http://aphd.ua/publication-377/> (accessed: 15.04.2020).

²⁰ Ibidem.

²¹ Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, <https://www.fsmb.org/siteassets/artificial-intelligence/pdfs/oecd-recommendation-on-ai-en.pdf> (accessed: 15.04.2020).

²² G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157920.pdf (accessed: 15.04.2020).

²³ ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (accessed: 15.04.2020).

In addition to enhancing technological and industrial capacity, the European Commission's Coordination Plan provides for a legal and ethical foundation that is consistent with the values of the European Union and the European Charter on Human Rights²⁴.

It is important that these documents, which reflect the current trend in the processing of personal data, emphasize ethics and human rights protection. At the same time, the main issues are freedom, dignity, autonomy, privacy, non-discrimination, equality, social justice and labour rights.

Therefore, summarizing the above, it should be noted the following features of artificial intelligence, which are conceived for the legal regulation of these technologies:

- artificial intelligence is created by man and is the product of his mental (creative, technical) activity;
- artificial intelligence can perform the tasks set by man before him;
- it can think and act rationally;
- the purpose of artificial intelligence is to reduce human effort and assist in making intelligent decisions;
- capable of machine learning and autonomy from human actions;
- is a complex concept because it combines the knowledge of various fields of science (philosophy, mathematics, economics, neuroscience, psychology, computer engineering, management theory, linguistics).

The debate over the definition of the artificial intelligence legal regime

Artificial intelligence technologies are progressing dynamically and human contribution to their activities will be minimized over time; it seems – they act independently²⁵. In this case, when they reach such a level of autonomy, how should their place in the legal field be determined? Does the degree of artificial intelligence autonomy (from a person) affect their legal regime?

The legal regime regulates social relations by limiting or increasing the amount of legal personality, the number of law objects and by establishing a special mechanism of legal regulation²⁶. In addition to the elements of the legal regulation mechanism (norms of law, legal facts, legal relations, acts of

²⁴ Coordinated Plan on Artificial Intelligence (COM(2018) 795 final), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-795-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (accessed: 15.04.2020).

²⁵ S. Chopra, F. Laurence, *White A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, 2011, p. 249.

²⁶ D.D. Kosse, *Pravovyi rezhym ta mekhanizm pravovoho rehulivannia: oznaky ta spivvidnoshennia* [Legal regime and mechanism of legal regulation: signs and correlations], "Derzhava i pravo" 2009, vyp. 44, p. 25–31.

realization of rights and obligations, enforcement) within the framework of which the legal regime is exercised, the structure of the latter includes such components as the subject and its legal status, object, methods of interaction of specific types of subjects with objects and guarantees system (first of all legal liability for violation of the regime)²⁷.

The existing doctrine of law offers possible analogies on which the legal regime of artificial intelligence can be agreed.

Defining the place of artificial intelligence in law, it is understood as²⁸:

- subject, person (compare its status with a legal entity, person (child or employee), equate to the legal regime of the animal);
- object (equating artificial intelligence to commodity).

This distribution is to some extent conditional since it is first and foremost related to the identification of responsibility for actions (activities) related to the use of artificial intelligence.

The ability of the subject of the right to have rights and exercise them, as well as to take responsibility for their actions is perhaps the most important condition for legal personality. Therefore, the resolution of the question of artificial intelligence legal personality in the context of the theory of responsibility is quite acceptable.

First of all, the concept of the subject of law (person) should be extended to artificial intelligence. In this context, the legal position of artificial intelligence is compared with that of a legal entity, animals, children or employees.

The equation in the legal status of a legal entity and artificial intelligence is actively substantiated in the scientific literature. Such parallels are drawn not only in terms of legal status but also in the context of legal liability. However, the content of any legal entity is people and they directly form the position of the legal entity on its behalf. The ability of artificial intelligence to self-reproduction and machine learning completely distances artificial intelligence from humans. Moreover, artificial intelligence, which is devoid of sensitivity, is guided solely by algorithmic processes and is not capable of expressing emotions that can affect its behaviour (both positive and negative). Therefore,

²⁷ Ibidem.

²⁸ J. Chen, P. Burgess, *The boundaries of legal personhood: how spontaneous intelligence can problematise differences between humans, artificial intelligence, companies and animals*, 2019, <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10506-018-9229-x> (accessed: 15.04.2020); Sh. Bayern, T. Burri, T.D. Grant, D.M. Häusermann, F.Möslein, R. Williams, *Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regulators*, "Hastings Sci. & Tech. L.J." 2017, vol. 9(135), https://repository.uchastings.edu/hastings_science_technology_law_journal/vol9/iss2/1 (accessed: 15.04.2020); S. Chopra, F. Laurence, *White A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, 2011, p. 249; P. Opitz, *Civil Liability and Autonomous Robotic Machines: Approaches in the EU and US*, "Stanford-Vienna TTLF Working Paper", no. 43, <http://ttlf.stanford.edu>; https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/02/opitz_wp43.pdf (accessed: 15.04.2020).

comparing the legal regime of artificial intelligence with a legal entity raises more questions than answers and requires more thorough research.

An analogy is drawn with animals, which at first glance seems plausible since animals and robots are entities, they can think and act independently of their human owners²⁹. The purpose of comparing robots to animals is not to fully identify them, but to justify the unpredictability of robots and animals in terms of the user. However, there is one fundamental argument against the application of animal liability theory. It is that animals act according to instincts, whereas autonomous systems are controlled by algorithmic processes “similar to rational human thinking”³⁰. This is their essence – the robots are mechanical, and the animals are biological. However, in the US and the EU, some lawyers propose liability rules governing responsibility for the actions of wild and domestic animals to apply to robots and their owners.

The possibility of dealing with autonomous work as children is also considered. They suggest that the owners of autonomous systems can be held responsible for the actions of their robots³¹. Considering Robots as Children, Negligence and Inadequate Care May Be Responsible under US Law³². In most European countries, parents have a similar responsibility for their children³³.

At first glance, such an analogy to legal personality is valid, since autonomous robots can be seen as adapted and unpredictable as young children³⁴. Robots could be compared to children because of their “relatively high intelligence and low moral responsibilities”³⁵. In addition, minors are managed by parents and can often change their behaviour according to parental influence³⁶.

²⁹ Y. Wilks, *Responsible Computers?*, IJCAI’85: Proceedings of the 9th International Joint Conference on Artificial Intelligence, August 1985, vol. 2, p. 1279–1280, <https://www.ijcai.org/Proceedings/85-2/Papers/117.pdf> (accessed: 15.04.2020); see also: Chopra/White, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, 2011, p. 120.

³⁰ P. Čerka, J. Grigienė, G. Sirbikytė, *Liability for damages caused by artificial intelligence*, “Computer Law & Security Review” 2015, vol. 31(3), p. 376–389.

³¹ P. Opitz, op. cit.

³² F.P. Hubbard, *Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, “Florida Law Review” 2014, vol. 66(1803), https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2027&context=law_facpub (accessed: 15.04.2020).

³³ P. Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, “Cambridge Studies in International and Comparative Law” 2010, p. I–X.

³⁴ R. Janal, *Die deliktische Haftung beim Einsatz von Robotern – Lehren aus der Haftung für Sachen und Gehilfen*, “Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht” 2016, vol. 141, p. 143.

³⁵ S.N. Lehmann-Wilzig, *Frankenstein Unbound – Towards a legal definition of Artificial Intelligence*, “Futures” 1981, vol. 442, p. 450.

³⁶ Ch. Leroux, R. Labruto, Ch. Boscarato, F. Caroleo, J-P. Günther et al., *Suggestion For A Green Paper on Legal Issues in Robotics*, Grant Agreement, no. 248552, public report, December 2012, p. 55, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ry-jyp.pdf (accessed: 15.04.2020).

But comparing robots and children is questionable for fundamental reasons. The presence of certain similarities in the legal personality of robots and children does not change the fact that the basic public goals for robots and children are different³⁷. As children grow up, they become fully-fledged and independent entities in society. And artificial intelligence, in general, remains under human control. Even the capabilities of machine learning and the unpredictability of artificial intelligence technologies do not change their goal of being under human control³⁸.

The possibility of comparing robot and employee is acceptable under the well-known doctrine of the responsible chief in the US and the EU³⁹. Unambiguously, such a theory contributes to the spread of artificial intelligence technologies in production, offices and others. Thus, an employer in the United States bears the responsibility to third parties for the cruel acts of their employees⁴⁰. Although this type of responsibility is not directly related to the actions of the chief, it is strict enough.

Many problematic issues are first and foremost related to the continuous improvement of artificial intelligence and its ability to make autonomous decisions. However, even autonomy in the decision-making process and blaming artificial intelligence, in the end, will not make it possible to compensate for the harm done. That is why the owner should be responsible for the actions of artificial intelligence, even if they go beyond employment and were not managed and produced by artificial intelligence on their own⁴¹.

The employer should understand the risks of using sophisticated and autonomous artificial intelligence technologies, which are primarily related to the possible loss of control over their activities (in particular, the ways and means of artificial intelligence).

On the subject of understanding artificial intelligence technology as an object of law, it is equally interesting and debatable. Artificial Intelligence is seen as an object of high risk. At the same time, the use of the object of high risk involves the use of rigid liability⁴².

A continuous constructive complication of the activity of artificial intelligence and robots, despite technical harassment, carries with it several threats to

³⁷ R. Janal, *Die deliktische Haftung beim Einsatz von Robotern – Lehren aus der Haftung für Sachen und Gehilfen*, "Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht" 2016, vol. 141, p. 143.

³⁸ Ibidem.

³⁹ P. Čerka, J. Grigienė, G. Sirbikytė, op. cit., p. 376–389.

⁴⁰ F.P. Hubbard, op. cit.

⁴¹ R. Janal, *Die deliktische Haftung beim Einsatz von Robotern – Lehren aus der Haftung für Sachen und Gehilfen*, "Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht" 2016, vol. 141, p. 143.

⁴² D.B. Dobbs, *The Law of Torts*, Hornbook series Practitioner treatise series, West Group, 2001, p. 1737; P. Čerka, J. Grigienė, G. Sirbikytė, op. cit., p. 376–389.

humans. At the same time, unlike the objects of high-risk sources, the analysis of which we are accustomed to seeing in the rule of law, artificial intelligence can behave in a completely different way, completely unforeseen rule of law.

In this context, Cerka defined the source of danger as “a specific object of the physical world that has specific properties” and as an example cites artificial intelligence that is dangerous given its ability to gather information from the environment and respond autonomously⁴³.

However, the more autonomous systems penetrate our lives, the less likely they are to be considered dangerous⁴⁴. It might be correct to classify artificial intelligence technologies by certain factors, such as, for example, the level of independence, the ability to learn, and the level of risk. This would allow these technologies to be graded as objects of law and more stringent legal requirements applied.

Analyzing the possible options for determining the legal status of artificial intelligence, it is most appropriate to understand it as an object of law, which has a special legal regime. The definition of artificial intelligence as a source of increased danger will promote a cautious approach to its use in the most important areas of human life.

According to Paul Opitz, “the theory of dangerous activity may not be a long-term solution”⁴⁵. However, at this stage, it is the right decision that will not hinder the development of scientific and technological progress and at the same time protect the person from the possible risks.

Legal risks and artificial intelligence: an overview of the obvious issues

Artificial intelligence has come into our lives not so unexpectedly, but it has dynamically changed the order of things we are used to. Man has always sought to make his life easier, reduce his efforts to succeed, modernize production, make efficient use of available resources. However, it would seem that such great achievements did not come by themselves, but created several risks for the person – the creator or consumer of modern technologies.

Lawyers are well aware of the phrase “Jus est ars boni et aequi” (“law is the art of good and justice”). Entire systems of law are built on centuries-old ideas of justice. Justice is the foundation of law. This is beyond doubt.

Reflecting on contemporary politics in the book “On Mercy”⁴⁶, Malcolm Bull argues that mercy, not justice, is the basis for politics. He understands

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ F.P. Hubbard, *op. cit.*

⁴⁵ P. Opitz, *op. cit.*

⁴⁶ M. Bull, *On Mercy*, Princeton University Press, 2019, p. 208.

mercy as an act of the more strong to vulnerable. He argues that in a world dominated by artificial intelligence, we are all becoming vulnerable to power beyond our knowledge and control; so, according to him, we have to program the power of mercy on machines⁴⁷.

However, mercy and other emotions are inherent in man, but not artificial intelligence, which is guided solely by algorithmic processes. For a person to be protected in the world of modern technology, there must be a clear system of legal obligations for developers and users of artificial intelligence.

We need to find effective legal mechanisms that will not destroy the effectiveness of artificial intelligence technologies but will be designed with particular care for human values and fundamental human interests⁴⁸. Technologies must be compatible with human rights. This is not a requirement of time, but a requirement of common sense.

Apart from the need for a legal balance with human rights, there is the problem of a relatively low level of technical knowledge in society. For example, in the case of transition to electronic services in public administration or medicine, the question arises of their accessibility, first of all, for the elderly, children.

The next problem is the need for law and legal doctrine to adapt to the world of modern technology. It is necessary to clearly define with the questions of the legal regime of artificial intelligence, the peculiarities of its use in various spheres of human life, responsibility for the possible harmful activity. These questions are fundamental. Our future depends on them.

It is also worrying that the issue of technology is changing the format of democracy that we have known for decades. Technology should not prevail over democracy. The law, as a product of democracy, must protect the freedom of the individual, while at the same time functioning in society as the product of a common consensus, an expression of the will. This begs the question: will not modern technologies in public administration limit the effectiveness of public control over the actions of the authorities, which we have seen through direct communication between society and the authorities? Will there not be a loss of human-state connection in general?

Technologies also influence political processes. Today, technology is a means to a political end. Will we lose the freedom of our thought in this case? Will technology not dictate the limits of our freedom in its full sense? These issues need detailed study.

Moreover, artificial intelligence seeks to attract our attention, and this can affect the formation of our will. James Williams, in his book, *Stand Out*

⁴⁷ Ibidem. J. Williams, *Stand out of our Light*, Cambridge University Press, 2018, p. 106, https://static1.squarespace.com/static/58727b5a9de4bbf0b38db631/t/5b827bd0b8a045cacc86f99b/1535278036430/Stand_out_of_our_Light.pdf%20 (accessed: 15.04.2020).

⁴⁸ Ibidem.

of Our Light, states that will is the source of democracy. He notes that the digital economy is damaging to the will of the people and that it is “hitting the very foundations of democracy”. This can “directly threaten” not only individual freedom and autonomy but also collective freedom⁴⁹. Subordinating a person’s life to code-driven processes means that the code can gain control of our thinking, reducing human choices and choices.

And lastly, it is a question of responsibility. There are no compromises here. Civil liability should be specific if the damage was caused by the use of artificial intelligence.

The problem is that our liability laws envisage a person as the subject of responsibility⁵⁰, and in this case, artificial intelligence is understood as a tool.

The tool should be fully managed by the person using it. However, the possibilities for machine learning and the unpredictability of artificial intelligence extends the meaning of the tool. In this regard, a number of scientists and institutions have made suggestions for future adjustments to the liability system, including the introduction of a strict liability statute for owners or users of intelligent robotic machines⁵¹.

Prospects for the development of artificial intelligence within the framework of civil law

With the use of artificial intelligence in various spheres of human activity, civil law regulation of several civil law institutions such as contract law, property law, institute of civil liability changes. Such changes are justifiably slow since hasty rules will not contribute to the sustainability of the law and may threaten the entire legal system. However, active use of artificial intelligence already requires some decisions of the legislator or at least adaptation of these relations to the current norms of civil law.

For example, the regulation requires widely used “reasonable contracts” that can be fully or partially concluded and executed without human

⁴⁹ J.F. Weaver, *Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws*, 26 November 2013, p. 234, [https://books.google.com.ua/books?id=UY6OAwAAQBAJ&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Weaver,+Robots+Are+People+Too,+18+\(2014&source=bl&ots=Sqk9HBMPCX&sig=ACfU3U1DGIFi1hjR7vy9RxXk2godP1ZKA&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKewiC9_eA68HnAhVqkIsKHV12DDMQ6AEwAnoECAYQAQ#v=onepage&q=Weaver%2C%20Robots%20Are%20People%20Too%2C%2018%20\(2014&f=false](https://books.google.com.ua/books?id=UY6OAwAAQBAJ&pg=PR4&lpg=PR4&dq=Weaver,+Robots+Are+People+Too,+18+(2014&source=bl&ots=Sqk9HBMPCX&sig=ACfU3U1DGIFi1hjR7vy9RxXk2godP1ZKA&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKewiC9_eA68HnAhVqkIsKHV12DDMQ6AEwAnoECAYQAQ#v=onepage&q=Weaver%2C%20Robots%20Are%20People%20Too%2C%2018%20(2014&f=false) (accessed: 15.04.2020).

⁵⁰ P. Opitz, op. cit.

⁵¹ R. de Caria, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, “European Review of Private Law” 2019, no. 6, https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1651566/464500/R.%20de%20Caria%2c%20The%20Legal%20Meaning%20of%20Smart%20Contracts%2c%20ERPL_26_0602.pdf (accessed: 15.04.2020).

intervention⁵². The law should ensure the security of such agreements and guarantee the expression of the true will of the parties to avoid error, fraud or deception. As the agreement between the buyer and seller is implemented by the code that exists in the blockchain when the code conditions are fulfilled, the goods are released and the contract is executed. With such mobility, the right called for by legal means is to guarantee the parties “reasonable contracts” their stability and security. The coding algorithm must meet human rights standards. It is important.

Or if the artificial intelligence used by the parties to the contract to optimize the contracting process decides on its own, can we consider it the will of the parties to the contract? These issues should be reflected in the rule of civil law.

Property law will also need to be adapted. If computers using artificial intelligence generate intellectual property, who owns that property? There are many risks and prospects too. Today, artificial intelligence technologies are writing articles for the New York Times, and tomorrow they will write “wise laws” for us. Changes in lawmaking and the legal profession are already present and smart technologies are helping to increase the technical level of the lawmaking process. However, these technologies are unlikely to help us solve the problems of the philosophical approach to understanding law.

In addition, lawyers need to understand the peculiarities of artificial intelligence decision-making. To do this, the right must strike a balance between the confidentiality of the creation and activities of artificial intelligence and human rights.

A strict civil liability regime is required to reduce the risks of artificial intelligence. It should be noted that the prospect of introducing unified artificial intelligence standards and mandatory insurance requirements are positive. However, this may not be enough soon to fully guarantee the protection of human rights and digital equality.

Therefore, a further draft law should be to develop an appropriate structure of individual rights that will enable a person to control his or her digital life⁵³.

Nevertheless, there is an urgent need for international cooperation to establish coherent rules for the use of artificial intelligence. At the same time, ethical considerations, consumer interests, and the need for confidentiality should be common to all. This will be the most difficult task with important consequences for the well-being of our societies in the coming years⁵⁴.

⁵² L. Hodge, *Law and technological change*, British Irish Commercial Bar Association Signet Library, Edinburgh, Justice of The Supreme Court of the United Kingdom 4 April 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190404.pdf> (accessed: 15.04.2020).

⁵³ H. Brooke, *op. cit.*

⁵⁴ *Ibidem.*

And the last. Having introduced artificial intelligence into our lives, we must understand that these are great resources. The state must understand not only the benefits of artificial intelligence but also be prepared to finance the development of these technologies. There must be reasonable control by the state. Support and control.

Conclusion

Artificial Intelligence provides tremendous opportunities to improve human life. However, these opportunities go hand in hand with great risks for man and all mankind. As practice shows, artificial intelligence technologies have no boundaries – they are rapidly expanding and gaining popularity in our daily lives.

Of course, we prefer quick decisions, forgetting that they are not made by us, but artificial intelligence makes for us. We give tacit consent when we do not protect our rights to private information and the right to freedom in general. Freedom of thought, reason, development. Will we endure this duel when we forget how to think? I doubt it.

Law must find appropriate concepts and practical ways of building the digital world. And not necessarily specific rules of conduct, they can be abstract enough, but as effective as possible.

The law is a vehicle for the protection of human values⁵⁵. The law should provide structures for artificial intelligence to be used to enhance human capacity, dignity, and not eliminate them.

References

- Aristotle, *Nichomachean Ethics*, V. 10. 1137b, 12–29.
- Artificial intelligence*, English Oxford Dictionaries, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence.
- Artificial Intelligence: A Rising Star of Mobile Technology*, 5 October 2016, <https://blog.intuz.com/artificial-intelligence-a-rising-star-of-mobile-technology/>.
- Baranov O.A., *Internet rechei i shtuchnyi intelekt: vytoky problemy pravovoho rehuliuвання* [The Internet of Things and artificial intelligence: the origins of the problem of legal regulation], IT-pravo: problemy ta perspektyvy rozvytku v Ukraini: zbirnyk materialiv II-yi Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (Lviv, 17 lystopada 2017 r.), NU «Lvivska politekhnik», Lviv 2017, <http://aphd.ua/publication-377/>.
- Bayern S., Burri T., Grant T.D., Häusermann D.M., Möselein F., Williams R., *Company Law and Autonomous Systems: A Blueprint for Lawyers, Entrepreneurs, and Regu-*

⁵⁵ Ibidem.

- lators, "Hastings Sci. & Tech. L.J." 2017, vol. 9(135), https://repository.uchastings.edu/hastings_science_technology_law_journal/vol9/iss2/1.
- Bostrom N., *How long before superintelligence?*, Oxford Future of Humanity Institute, University of Oxford, originally published in "International Journal of Future Studies" 1998, vol. 2, <https://nickbostrom.com/superintelligence.html>.
- Brooke H., *Algorithms, Artificial Intelligence and the Law. Lecture for BAILII Freshfields Bruckhaus Deringer*, London Lord Sales, Justice of the UK Supreme Court, 12 November 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191112.pdf>.
- Bull M., *On Mercy*, Princeton University Press, 2019.
- Burkeman O., *Why can't the world's greatest minds solve the mystery of consciousness?*, 21 January 2015, <https://www.theguardian.com/science/2015/jan/21/-sp-why-cant-worlds-greatest-minds-solve-mystery-consciousness>.
- Chen J., Burgess P., *The boundaries of legal personhood: how spontaneous intelligence can problematise differences between humans, artificial intelligence, companies and animals*, 2019, <https://doi.org/10.1007/s10506-018-9229-x>.
- Chopra S., Laurence F., *White A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, University of Michigan Press, 2011, <https://doi.org/10.3998/mpub.356801>.
- Copeland B.J., *Artificial intelligence (AI)*, 12 January 2017, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
- Čerka P., Grigienė J., Širbikytė G., *Liability for damages caused by artificial intelligence*, "Computer Law & Security Review" 2015, vol. 31(3), <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.03.008>.
- De Caria R., *The Legal Meaning of Smart Contracts*, "European Review of Private Law" 2019, no. 6, https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1651566/464500/R.%20de%20Caria%2c%20The%20Legal%20Meaning%20of%20Smart%20Contracts%2c%20ERPL_26_0602.pdf.
- Dobbs D.B., *The Law of Torts*, Hornbook series Practitioner treatise series, West Group, 2001.
- ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.
- Financial Stability Board, *Artificial Intelligence and machine learning in financial services*, 1 November 2017, <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P011117.pdf>.
- Floridi L., Taddeo M., Turilli M., *Turing's imitation game: still an impossible challenge for all machines and some judges – an evaluation of the 2008 Loebner contest*, "Minds and Machines" 2009, vol. 19(1), <https://doi.org/10.1007/s11023-008-9130-6>.
- Giliker P., *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, "Cambridge Studies in International and Comparative Law" 2010, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511779008>.
- Gunning D., Aha D.W., *DARPA's Explainable Artificial Intelligence (XAI) Program*, "AI Magazine" 2019, vol. 40(2), <https://doi.org/10.1609/aimag.v40i2.2850>.
- G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157920.pdf.
- Heric M., Goldman N., *Corporate Legal Eagles Start to Embrace Artificial Intelligence*, "Bain & Company Brief" 2019, https://www.bain.com/contentassets/89762d77cb024139a224cade94a1a00e/bain-brief_digital-in-legal.pdf.
- Hodge L., *Law and technological change*, British Irish Commercial Bar Association Signet Library, Edinburgh, Justice of The Supreme Court of the United Kingdom, 4 April 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-190404.pdf>.

- Hubbard F.P., *Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, "Florida Law Review" 2014, vol. 66(1803), https://scholarcommons.sc.edu/cgi/view-content.cgi?article=2027&context=law_facpub.
- Janal R., *Die deliktische Haftung beim Einsatz von Robotern – Lehren aus der Haftung für Sachen und Gehilfen*, "Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht" 2016, vol. 141, <https://doi.org/10.5771/9783845280066>.
- Kosse D.D., *Pravovyi rezhym ta mekhanizm pravovoho rehuliuвання: oznaky ta spivvidnoshennia (Legal regime and mechanism of legal regulation: signs and correlations)*, "Derzhava i pravo" 2009, vyp. 44.
- Lea G., *The Struggle To Define What Artificial Intelligence Actually Means*, 3 September 2015.
- Lehmann-Wilzig S.N., *Frankenstein Unbound – Towards a legal definition of Artificial intelligence*, "Futures" 1981, vol. 442, [https://doi.org/10.1016/0016-3287\(81\)90100-2](https://doi.org/10.1016/0016-3287(81)90100-2).
- Lenardon J.P.A., *The regulation of artificial intelligence*, Tilburg University, Tilburg 2017, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142832>.
- Leroux Ch., Labruto R., Boscarato Ch., Caroleo F., Günther J-P. et al., *Suggestion For A Green Paper on Legal Issues in Robotics*, Grant Agreement. Number: 248552, public report, December 2012, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf.
- Opitz P., *Civil Liability and Autonomous Robotic Machines: Approaches in the EU and US*, "Stanford-Vienna TTLF Working Paper", no. 43, <http://ttlf.stanford.edu>, https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/02/opitz_wp43.pdf.
- Pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh fakultetiv* [Textbook for law students], 5-te vyd. pererob. ta dop. K.: Tsentri uchbovoi literatury, 2015.
- Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, <https://www.fsmb.org/siteassets/artificial-intelligence/pdfs/oecd-recommendation-on-ai-en.pdf>.
- Runciman D., *How Democracy Ends*, Profile Books Ltd., 2018.
- Smith A., *Artificial intelligence*, 2015, <http://nationalmagazine.ca/Articles/Fall-Issue-2015/Artificial-intelligence.aspx>.
- Susskind R., Susskind D., *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, OUP 2015, 16, <https://doi.org/10.3399/bjgp17X693377>.
- Urban T., *The AI Revolution: The Road to Superintelligence*, 22 January 2015, <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-2.html>.
- Veith Ch. et al., *How Legal Technology Will Change the Business of Law*, January 2016, https://issuu.com/jeroenzweers/docs/legal_tech_report_2016.
- Weaver J.F., *Robots Are People Too: How Siri, Google Car, and Artificial Intelligence Will Force Us to Change Our Laws*, 26 November 2013, <https://doi.org/10.5860/choice.51-6140>.
- Williams J., *Stand out of our Light*, Cambridge University Press, 2018, <https://doi.org/10.1017/9781108453004>.
- Wilks Y., *Responsible Computers?*, IJCAI'85: Proceedings of the 9th international joint conference on Artificial intelligence, August 1985, vol. 2.

Summary

Influence of artificial intelligence on the legal system

Keywords: artificial intelligence, legal system, civil law, legal personality, the object of law, subject of law (person).

Due to the extremely rapid development of technologies and artificial intelligence, there are changes in civil law relations and their legal regulation. Lawyers and legislators are trying to solve the new problems facing the legal system by using classical approaches in legal regulation. However, such decisions are not always effective. On the one hand, lawyers seek to regulate in detail the mechanism of creation and use of artificial intelligence. On the other hand, the state contributes to their development intending to win the world race for the most advanced technologies. The problem is also what place the artificial intelligence in law should occupy. Is it an object or subject of law (person, an entity)? These issues are philosophical and need deep research. The author offers his thoughts on the solution to this issue. This article explores the features of the interaction between law and artificial intelligence, the legal regime of artificial intelligence, and the risks that arise when addressing the place of artificial intelligence in law.

According to the authors, the law should find appropriate practical ways to build the digital world. It does not have to be specific rules of conduct. Artificial intelligence laws can be abstract enough, but as effective as possible. Artificial intelligence must be used to enhance human dignity, and not to eliminate it.

Streszczenie

Wpływ sztucznej inteligencji na system prawny

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, system prawny, prawo cywilne, osobowość prawna, przedmiot prawa, podmiot prawa.

W związku z niezwykle szybkim rozwojem technologii i sztucznej inteligencji zachodzą zmiany w stosunkach cywilnoprawnych i ich regulacji prawnej. Prawnicy i ustawodawcy próbują rozwiązywać nowe problemy stojące przed systemem prawnym, stosując klasyczne podejścia w regulacji prawnej. Jednak takie decyzje nie zawsze są skuteczne. Z jednej strony prawnicy dążą do szczegółowego uregulowania mechanizmu tworzenia i wykorzystania sztucznej inteligencji. Z drugiej strony państwo przyczynia się do ich rozwoju, aby wygrać światowy wyścig o najbardziej zaawansowane technologie. Problemem jest też

to, jakie miejsce powinna zajmować w prawie sztuczna inteligencja. Czy jest to przedmiot lub podmiot prawa (osoba, podmiot)? Zagadnienia te mają charakter filozoficzny i wymagają szczegółowych badań. Autorka przedstawia swoje przemyślenia na temat rozwiązania tego problemu. W artykule omówiono cechy interakcji między prawem a sztuczną inteligencją, reżim prawny sztucznej inteligencji oraz zagrożenia, które pojawiają się w przypadku zajmowania się miejscem sztucznej inteligencji w prawie.

Zdaniem autorki prawo powinno znaleźć odpowiednie praktyczne sposoby budowania cyfrowego świata. Nie muszą to być konkretne zasady postępowania. Prawa sztucznej inteligencji mogą być tak abstrakcyjne, jak i skuteczne jak to tylko możliwe. Ważne, aby sztuczna inteligencja służyła wzmacnianiu ludzkiej godności, a nie jej eliminowaniu.

Piotr Misztal

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0002-8097-1602

pmisztal@wpia.uni.lodz.pl

Zdalne posiedzenia aresztowe w trybie art. 250 § 3b–3h Kodeksu postępowania karnego. *Uwagi de lege lata i de lege ferenda*

Uwagi wprowadzające

Zdalne posiedzenia aresztowe pojawiły się w polskim porządku prawnym 24 czerwca 2020 r. na skutek wejścia w życie ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19¹. Możliwość prowadzenia e-posiedzeń aresztowych stanowi *novum* w polskim procesie karnym. Natomiast jeszcze przed wejściem w życie wskazanej noweli ustawa karnoprosesowa pozwalała na:

- przesłuchanie świadka przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku (art. 177 § 1a zd. pierwsze k.p.k.);
- przesłuchanie świadka anonimowego (*incognito*) przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość (184 § 4 k.p.k.);
- przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny (art. 185a § 4 k.p.k.);

¹ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 1072 z późn.zm.)

– przesłuchanie małoletniego świadka który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku w sprawie o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXV i XXVI, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny (art. 185b § 1 k.p.k.);

– przesłuchanie oskarżonego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku w trybie art. 377 § 4 k.p.k.;

– przeprowadzenie czynności procesowych w postępowaniu przyspieszonym przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku w przypadku odstąpienia od przymusowego doprowadzenia do sądu sprawcy (art. 517b § 2a k.p.k.).

Warto nadmienić, że obok e-posiedzeń aresztowych nowela z 19 czerwca 2020 r. wprowadziła możliwość:

– wyrażenia zgody przez przewodniczącego na udział prokuratora w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, o ile złożył on taki wniosek i jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne (art. 374 § 3 k.p.k.);

– zwolnienia z obowiązku stawienia na rozprawie oskarżonego, oskarżyciela posiłkowego albo oskarżyciela prywatnego, którzy są pozbawieni wolności, jeżeli zostanie zapewniony udział tych stron w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku (art. 374 § 4 k.p.k.).

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że „zaproponowane zmiany w zakresie Kodeksu postępowania karnego mają na celu poszerzenie możliwości zdalnego przeprowadzania wybranych czynności postępowania karnego, co służyć będzie zwiększeniu jego szybkości, zmniejszeniu kosztów i uciążliwości ponoszonych przez uczestników procesu w związku z koniecznością stawienia na rozprawie, a równocześnie stworzy możliwości ograniczenia zagrożeń wynikających ze stanu epidemii dla osób uczestniczących w tych czynnościach w charakterze organu procesowego lub uczestnika”². Projektodawca wskazał tym samym, że za rozszerzeniem zdalnego procedowania przemawiają przede wszystkim względy ekonomiki i szybkości. Dostrzeżono także,

² Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, Sejm IX kadencji, druk nr 382.

że obecny katalog czynności, które mogły być przedsięwzięte w formie zdalnej, nie był zbyt obszerny, co nie przystawało do współczesnego rozwoju technologicznego oraz potrzeb uczestników postępowania. W pisemnych motywach projektu dostrzeżono także, że wybór tej formy prowadzenia sprawy karnej wiąże się z mniejszą uciążliwością dla jej uczestników, pozwala na znaczne zmniejszenie zagrożenia szerzenia się pandemii koronawirusa w Polsce. Dodatkowo podkreślono, że za wprowadzeniem możliwości zdalnego przeprowadzenia posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania może przemawiać fakt, że tymczasowe aresztowanie jest stosowane także względem osób, które odbywają jednocześnie karę pozbawienia wolności w innej sprawie, często przebywając w jednostkach penitencjarnych oddalonych o setki kilometrów od sądu.

Przesłanki stosowania instytucji

Analiza przepisów art. 250 § 3b–3h k.p.k. pozwala na wyodrębnienie przesłanek pozytywnych oraz jednej negatywnej e-posiedzenia aresztowego. Do przesłanek pozytywnych zalicza się:

- posiadanie przez sąd właściwy do rozpoznania wniosku prokuratora urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie tego posiedzenia na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku celem zapewnienia udziału podejrzanego w posiedzeniu;
- przebywanie oskarżonego poza budynkiem sądu w związku z jego pozbawieniem wolności;

Przesłanka negatywna aktualizuje się, w sytuacji w której oskarżony jest głuchy, niemy lub niewidomy (art. 250 § 3f k.p.k.).

Przesłanki pozytywne

Posiadanie urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie posiedzenia na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, stanowi warunek *sine qua non* zarządzenia posiedzenia zdalnego. Brak możliwości technicznych unicestwia zatem przeprowadzenie telekonferencji. Przez zapewnienie udziału podejrzanego w posiedzeniu należy rozumieć zagwarantowanie realnej możliwości przedsięwzięcia obrony. Ustawodawca wymienia jedynie dla przykładu prawo do złożenia wyjaśnień. Katalog ten nie jest zamknięty, o czym świadczy, po pierwsze, użycie sformułowania „w szczególności”; po drugie, odesłanie w art. 250 § 3h do treści art. 517ea k.p.k. Podejrzaný oraz jego obrońca mogą zatem składać wnioski oraz inne oświadczenia oraz dokonywać czynności procesowych wyłącznie ustnie do protokołu

(art. 250 § 3h w zw. z art. 517ea § 1 zd. pierwsze k.p.k.). Ponadto pisma procesowe oskarżonego i jego obrońcy, których nie można było przekazać do sądu, mogą być przez nich odczytane na posiedzeniu. Z chwilą ich odczytania wywołują one skutek procesowy i są traktowane jako czynności dokonane w formie ustnej (art. 250 § 3h w zw. z art. 517ea § 2 k.p.k.).

Lege non distinguente przepisy art. 250 § 3b–3h k.p.k. mają zastosowanie w stosunku do osoby, która jest pozbawiona wolności. Chodzi tu zarówno o osobę zatrzymaną, w stosunku do której prokurator wystąpił z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, jak i tę, która odbywa równolegle karę pozbawienia wolności w innej sprawie.

Powyższe wskazuje, że przesłanki pozytywne są zdecydowanie zbyt ogólne pod względem treści normatywnej i wymagają uszczegółowienia. Sięgnięcie po możliwość przeprowadzenia posiedzenia zdalnego musi mieć swoje racjonalne podstawy. Ponadto powinno być niezależne od arbitralnej władzy sądu. Obecnie decyzja zależy wyłącznie od władzy uznaniowej organu procesowego. Dlatego *de lege ferenda* postulować należy zmianę art. 250 § 3b k.p.k. poprzez doprecyzowanie, że może ono aktualizować się w dwóch wypadkach. Po pierwsze, gdy jest to usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami; po drugie, gdy zgodę wyraził sam oskarżony. Pojęcie „szczególnie uzasadnionych okoliczności” jest znane ustawie karnoprosesowej. Wprowadzenie tego rodzaju klauzuli generalnej narzucałoby sięganie po tę formę przeprowadzenia posiedzenia w sytuacjach ekstraordynaryjnych. Za taką okoliczność można uznać przykładowo stan epidemii wywołany zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, który nakłada na osoby znajdujące się w Polsce liczne ograniczenia, nakazy i zakazy. Sięgnięcie po telekonferencję w tak zakreślonym wypadku może mieć swoje społeczne uzasadnienie. Ochrona bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia przeważa nad prawem oskarżonego do udziału w posiedzeniu sądu w formie stacjonarnej. Sąd Najwyższy w Norwegii w wyroku z 14 maja 2020 r. w sprawie o sygn. akt HR-2020-972-U uznał, że organ procesowy decydując o stacjonarnej lub zdalnej formie posiedzenia aresztowego powinien dokonać oceny ewentualnego ryzyka rozprzestrzeniania się pandemii koronawirusa i zestawić go z gwarancjami procesowymi podsądnego na konkretnym etapie postępowania³. W przedmiotowej sprawie czynność przesłuchania podejrzanego odbyła się w formie zdalnej pomimo sprzeciwu oskarżonego. Sąd Najwyższy uznał, że doszło do uchybienia gwarancjom procesowym oskarżonego (art. 5 ust. 3 EKPC). Organ procesowy zaakcentował, że posiedzenie zdalne może być uznane za w pełni legalne, pod warunkiem że sąd dokona właściwej oceny, równoważąc ryzyko rozprzestrzeniania się koronawirusa z prawami oskarżonego.

Drugą przesłanką, warunkującą możliwość wydania zarządzenia o wyznaczeniu posiedzenia zdalnego, byłaby zgoda samego oskarżonego. Nie-

³ <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2020-05-14/norway-supreme-court-overrules-detention-order-issued-following-remote-proceedings/> (data dostępu: 24.10.2021).

budzące wątpliwości zrzeczenie się prawa do udziału w stacjonarnym posiedzeniu nie tylko pozostawałoby w zgodzie z zasadą rzetelnego procesu, ale stanowiłoby także przejaw starorzymskiej zasady w myśl której chcącemu nie dzieje się krzywda (*volenti non fit iniuria*). E-posiedzenie aktualizowałoby się każdorazowo, gdy oskarżony wyrażałby taką wolę i to bez konieczności badania przez organ procesowy, czy w sprawie zachodzą ekstraordynaryjne okoliczności przemawiające za odstąpieniem od tradycyjnego forum rozpoznania wniosku prokuratora. Powyższe pozostawałoby w zgodzie z linią orzecniczą ETPCz, która umożliwia zrzeczenie się przez oskarżonego pewnych praw składających się na zasadę rzetelnego procesu, o ile oświadczenie to jest świadome i dobrowolne.

Przesłanka negatywna

Odstąpienie od przymusowego doprowadzenia do sądu podejrzanego i przeprowadzenie posiedzenia przy użyciu urządzeń technicznych jest niedopuszczalne w wypadku oskarżonego, który jest głuchy, niemy lub niewidomy (art. 250 § 3f k.p.k.). Wprowadzenie takiej reglamentacji jest w pełni uzasadnione, gdyż osoba ta z uwagi na całkowitą dysfunkcję zmysłu nie może w pełni realizować prawa do obrony. Należy z całą doniosłością podkreślić, że zakres podmiotowy tego ograniczenia jest zdecydowanie zbyt wąski. Wydaje się słusznym poszerzenie go także w stosunku do oskarżonego, co do którego zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności *ad tempore criminis* (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.), jak i jego stanu zdrowia psychicznego *ad tempore procedendi* (art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k.). Właściwości i warunki osobiste takiej osoby przemawiają za dokonaniem tej czynności procesowej w formie stacjonarnej.

Ocena regulacji w kontekście prawa oskarżonego do sądu

Tymczasowe aresztowanie wiąże się z czasowym pozbawieniem wolności. Sięganie po ten najbardziej dolegliwy środek zapobiegawczy musi mieć swoje racjonalne, logiczne uzasadnienie. Ustawodawca wprowadza szereg mechanizmów, które mają przeciwdziałać arbitralnemu stosowaniu tymczasowego aresztowania. Stanowią one *sui generis* bezpieczniki, które mają na celu ochronę gwarancji procesowych podsądnego. Jednym z takich instrumentów jest prawo do wysłuchania oskarżonego przez niezawisły i bezstronny sąd (*the right to be heard*). Stosownie do art. 249 § 3 zd. pierwsze k.p.k. przed zastosowaniem tego środka sąd przesłuchuje oskarżonego, chyba że jest to niemożliwe z powodu jego ukrywania się lub jego nieobecności w kraju. Jest to prze-

jaw prawa oskarżonego do sądu. Przesłuchanie podejrzanego na posiedzeniu jest obowiązkowe⁴. Trafnie w orzecznictwie podkreśla się, że zaniechanie przeprowadzenia tej czynności procesowej nie usprawiedliwia inna niż wymieniona *expressis verbis* w 249 § 3 zd. pierwsze *in fine* k.p.k. okoliczność, w tym stan epidemii koronawirusa⁵. Pominięcie przesłuchania podejrzanego stanowi kwalifikowane naruszenie prawa do obrony, które może rzutować na rzetelność całego procesu karnego⁶. Zasadnie podnosi się, że uchybienia tego nie konwaliduje nawet fakt aktywnego udziału obrońcy w posiedzeniu⁷.

W takim ujęciu pojawia się pytanie, czy dla właściwej realizacji prawa do sądu postawienie oskarżonego przed oblicze organu procesowego musi mieć charakter fizycznej obecności? Na etapie prac nad projektem cytowanej już ustawy nie brakowało wypowiedzi wskazujących na to, że tylko taka forma zapewnia możliwość realnej obrony przed zarzutami oskarżenia. Helsińska Fundacja Praw Człowieka w wystąpieniu do przewodniczącego Senackiej Komisji Rodziny, Polityki Senioralnej i Społecznej podkreśliła, że obecność podejrzanego na posiedzeniu stacjonarnym umożliwia lepszą ocenę jego wyjaśnień, zmniejsza arbitralność w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania⁸. Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał wprost, że proponowana zmiana przepisów niweczy prawo oskarżonego do podejmowania skutecznych akcji obronczych⁹.

W świetle art. 45 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Uprawnienie to zostało podwyższone do wartości konstytucyjnej. O randze tego prawa świadczy też fakt, że jest ono zapewnione w ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych. Na gruncie EKPC każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko nie-

⁴ M. Kurowski, P. Sydor, „Śledcze” czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym w aspekcie praktycznym, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 101.

⁵ Postanowienie SA w Krakowie z 4 maja 2020 r., sygn. akt II AKz 269/20, KZS 2020, nr 6, poz. 68.

⁶ Postanowienie SA we Wrocławiu z 7 marca 2018 r., sygn. akt II AKz 142/18, OSAW 2018, nr 1, poz. 374; postanowienie SA w Krakowie z 2 marca 2018 r., sygn. akt II AKz 100/18, KZS 2018, nr 3, poz. 32.

⁷ Postanowienie SA w Warszawie z 15 marca 2012 r., sygn. akt II AKz 128/12, Lex nr 1217805.

⁸ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/06/druk-senacki-nr-142-uwagi-HFPC.pdf> (data dostępu: 26.10.2021).

⁹ Opinia Rzecznika Praw Obywatelskich z 12 czerwca 2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Opinia%20RPO%20ws.%20Tarczy%20Antykryzysowej%204.0%20dla%20Marsza%C5%82ka%20Senatu,%2012.06.2020.pdf> (data dostępu: 26.10.2021).

mu sprawie karnej (art. 6 ust. 1 zd. pierwsze EKPC)¹⁰. Przepisy konwencyjne zapewniają oskarżonemu między innymi prawo do posiadania odpowiednich możliwości do przygotowania obrony, bronięcia się osobiście (art. 6 ust. 3 lit b i c EKPC. Natomiast MPPOiP zakłada, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, przy orzekaniu co do zasadności oskarżenia przeciw niemu w sprawach karnych bądź co do jego praw i obowiązków w sprawach cywilnych (art. 14 ust. 1 zd. drugie MPPOiP). Ponadto na gruncie art. 14 ust. 3 lit a i d MPPOiP oskarżony ma prawo do dysponowania odpowiednimi możliwościami w celu przygotowania obrony, obecności na rozprawie i bronięcia się osobiście.

Powyższe regulacje zawierają wiele podobnych rozwiązań, w szczególności w zakresie prawa do uzyskania „odpowiednich możliwości” w celu realizacji prawa do obrony, podejmowania samodzielnych akcji obrończych. Z drugiej strony dostrzegalne są także pewne różnice. MPPOiP wprowadza wprost prawo oskarżonego do udziału w rozprawie. Takiego rozwiązania nie można literalnie wyprowadzić z przepisów EKPC. Nie ulega przy tym wątpliwości, że prawo do aktywnego udziału w rozprawie mieści się niewątpliwie w realizacji obrony osobistej oskarżonego. Ponadto, choć wskazane przepisy nie dotyczą udziału oskarżonego w posiedzeniach sądowych, nie ma najmniejszych wątpliwości, że mają one zastosowanie także do tego forum prowadzenia sprawy karnej. Warto nadmienić, że powyższe normy nie stanowią *expressis verbis*, aby udział oskarżonego sprawie karnej miał mieć miejsce wyłącznie w formie stacjonarnej.

Problematyka przeprowadzenia rozprawy w formie zdalnej była już przedmiotem kilkukrotnej oceny ETPCz w kontekście zgodności z zasadą rzetelnego procesu karnego (*fair trial*). Dlatego koniecznym i celowym jest dokonanie krótkiego przeglądu spraw zawisłych przed Trybunałem.

W sprawie Marcello Viola przeciwko Włochom ETPCz uznał, że udział oskarżonego w rozprawie ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia rzetelnego i sprawiedliwego procesu karnego. Trybunał podkreślił, że samo wykorzystanie urządzeń technicznych celem przeprowadzenia czynności procesowych na odległość nie świadczy o automatycznym naruszeniu praw oskarżonego, jeżeli przeprowadzenie wideokonferencji służy realizacji społecznie uzasadnionego celu i uwzględnia faktyczną możliwość realizacji prawa do obrony. Marcello Viola był oskarżony o czyny o dużej społecznej szkodliwości, w tym działania w ramach zorganizowanej grupy przestępczej (włoskiej mafii). Był uznawany za więźnia szczególnie niebezpiecznego, którego obecność na sali rozpraw mogła spowodować zagrożenie dla życia, zdrowia wielu osób oraz

¹⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

moralności publicznej¹¹. Istniała obawa, że oskarżony może w sposób bezprawny wpływać na toczące się postępowanie, w szczególności nakłaniać świadków do składania fałszywych zeznań, a nawet podjąć próbę ucieczki. Wnioskodawca w skardze do Trybunału podniósł, że jakość połączenia audio oraz video była bardzo słaba. Ponadto w toku rozprawy przeprowadzono dowody, co nie pozwalało mu na efektywną realizację prawa do obrony. Warto w tym miejscu nadmienić, że Marcello Viola nie formułował tego rodzaju uchybień w postępowaniu kasacyjnym. Trybunał nadmienił, że przez udział w rozprawie należy rozumieć nie tyle fizyczną obecność przed organem procesowym, co realną możliwość przedstawienia swojego stanowiska oraz bieżącego śledzenia postępowania. Uznano, że takie warunki zostały zapewnione oskarżonemu. Ponadto zaakcentowano zasadnie, że art. 6 ust. 3 lit c, w zakresie w jakim umożliwia oskarżonemu prawo do podejmowania samodzielnej obrony, nie zakreśla warunków wykonywania tego uprawnienia, pozostawiając tym samym wybór odpowiednich środków umawiającym się państwom stronom. Zadaniem Trybunału jest jedynie zweryfikowanie, czy dobór owych środków pozostaje w zgodzie z duchem Konwencji, w szczególności z zasadą rzetelnego procesu karnego¹².

W sprawie Golubev przeciwko Rosji Trybunał odrzucił skargę obywatela Rosji uznając ją za oczywiście bezzasadną na zasadach określonych w art. 35 ust. 3 i 4 EKPC. Oskarżony w toku rozprawy głównej brał w niej aktywny udział. Był także reprezentowany przez adwokatów. Natomiast w postępowaniu odwoławczym przed Sądem Najwyższym nie był on obecny w gmachu sądu lecz pozostał w areszcie śledczym, gdzie uczestniczył w rozprawie za pośrednictwem urządzeń audio oraz video. Golubev w ogóle nie wnioskował o jego fizyczne doprowadzenie przed oblicze sądu, choć przepisy prawa krajowego dawały mu taką możliwość, pod warunkiem złożenia oświadczenia z odpowiednim wyprzedzeniem. W przedmiotowej sprawie brak było dowodów, aby skarżący kwestionował przesłuchanie go za pośrednictwem aparatury przenoszącej obraz i dźwięk na odległość. Ponadto ETPCz zauważył, że oskarżony był w toku rozprawy przed Sądem Najwyższym reprezentowany przez dwóch adwokatów, którzy podejmowali na jego rzecz wszelkie niezbędne środki mające na celu uzyskanie dla niego korzystnego rozstrzygnięcia. W rozstrzygnięciu Trybunału dostrzeżono, że podczas rozprawy przed Sądem Najwyższym oskarżony nie miał możliwości bieżącego konsultowania się ze swoimi przedstawicielami procesowymi, co mogłoby *prima facie* prowadzić do uznania, że postępowanie było nierzetelne, gdyż stawiało obronę w niekorzystnej pozycji procesowej w stosunku do oskarżenia. Jednakże zdaniem Trybunału uciążliwość ta została konwalidowana, poprzez umożliwienie swobodnego kontaktu

¹¹ A. Lach, *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9, s. 29.

¹² Wyrok ETPC z 5 października 2006 r., 45106/04, Viola v. Włochy, Lex nr 265229.

oskarżonego z adwokatami, przy zachowaniu pełnej poufności jeszcze przed rozprawą. ETPCz podkreślił również, że w realiach przedmiotowej sprawy skarżący mógł zadecydować, aby jeden z przedstawicieli był w czasie procedowania przed Sądem Najwyższym w jednostce penitencjarnej a drugi w budynku organu procesowego. Złożenie takiego wniosku nie byłoby niezgodne z przepisami prawa krajowego. Trybunał zaakcentował także, że nawet jeżeli przyjąć, że skarżący nie miał możliwości sprzeciwienia się dokonaniu czynności procesowych zdalnie, to nie może zejść z pola widzenia, że postępowanie przed Sądem Najwyższym swą materią znacząco różniło się od tego przed sądami powszechnymi. Przed Sądem Najwyższym nie przeprowadzono żadnych nowych dowodów. Oskarżony oraz jego obrońcy znali materiał dowodowy oraz mogli przygotować linię obrony jeszcze przed rozpoczęciem rozprawy. Dostrzeżono również, że oskarżony miał pełną swobodę w zakresie wypowiedzania się oraz zadawania pytań osobom przesłuchiwanym pomimo tego, że znajdował się w jednostce penitencjarnej¹³.

W sprawie Sakhnovskiy przeciwko Rosji skarżący również nie uczestniczył osobiście w toku rozprawy odwoławczej przed Sądem Najwyższym, a jedynie śledził jej przebieg za pośrednictwem urządzeń przenoszących obraz i dźwięk na odległość. W skardze do ETPCz skazany podkreślił, że doszło do rażącego naruszenia jego prawa do obrony. Po pierwsze, nie miał on sposobności spotkania się osobiście z obrońcą wyznaczonym ad hoc w areszcie śledczym przed rozprawą; po drugie, kwestionował on możliwość przeprowadzenia telekonferencji w jego sprawie¹⁴. Faktycznie w przedmiotowej sprawie do kontaktu między oskarżonym a jego obrońcą doszło w ramach tej samej sesji telekomunikacyjnej co sama rozprawa odwoławcza. Dla zapewnienia poufności kontaktów między oskarżonym a jego przedstawicielem Sąd Najwyższy nakazał wszystkim uczestnikom opuszczenie sali rozpraw. Trybunał uznał, że tak późne wyznaczenie obrońcy faktycznie uniemożliwiało uzgodnienie ze skarżącym linii obrony. Dostrzegł także, że Sąd Najwyższy powinien podjąć dalsze czynności w celu zagwarantowania prawa do realnej i skutecznej obrony przed zarzutami oskarżenia. Z uwagi na stwierdzenie powyższego naruszenia nie było celowe rozpoznanie drugiego z zarzutów skarżącego odnoszącego się do przeprowadzenia czynności procesowych z bezpośrednim przekazywaniem obrazu i dźwięku na odległość.

W sprawie Shulepov przeciwko Rosji postępowanie odwoławcze było prowadzone za pomocą wideokonferencji. Zdaniem skarżącego wpływało to na jego sytuację prawną, w szczególności w zakresie możliwości zaprezentowania swojej obrony, tym bardziej, że nie był on reprezentowany na rozprawie odwo-

¹³ Decyzja ETPC z 9 listopada 2006 r., 26260/02, Golubiev v. Rosja, Lex nr 482871.

¹⁴ M.A. Nowicki, *Sakhnovskiy przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 2 listopada 2010 r., skarga nr 21272/03*, [w:] idem, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2010*, Warszawa 2011, s. 132.

ławczej przez adwokata. Shulepov został oskarżony o zabójstwo. Zgodnie z prawem krajowym (art. 51 rosyjskiego kodeksu postępowania karnego) powinien być on reprezentowany przez obrońcę. Prawo rosyjskie nakłada na organy procesowe obowiązek badania, czy nie zachodzą przesłanki obrony obligatoryjnej i to na każdym etapie postępowania. Trybunał w tym przypadku uznał, że doszło do naruszenia Konwencji (art. 6 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 3 lit. c EKPC), gdyż interes wymiaru sprawiedliwości wymagał wyznaczenia mu obrońcy *ad hoc* celem dopełnienia wysokim standardom rzetelnego procesu karnego, nawet jeśli *ad casum* oskarżony wprost się tego nie domagał. Ponadto uznano, że w sprawie doszło do nieuprawnionego zachwiania równowagi sił, gdyż skarżący nigdy nie zrzekł się prawa do rzetelnego procesu. Prokurator był obecny na rozprawie odwoławczej, a oskarżony pozbawiony profesjonalnej pomocy mógł jedynie prezentować swoje stanowisko w drodze wideokonferencji¹⁵.

W sprawie Medvedev przeciwko Rosji podkreślono, że zapewnienie udziału oskarżonego w postępowaniu może mieć miejsce przy użyciu systemu połączeń video, o ile będzie ono działać prawidłowo a oskarżonemu zostanie zapewniona możliwość śledzenia przebiegu rozprawy, wygłaszania ustnych uwag oraz zadawania pytań osobom uczestniczącym w czynnościach procesowych. Na gruncie przedmiotowej sprawy nie doszło do naruszenia przepisów Konwencji. Twierdzenia skarżącego o braku należytej jakości połączenia audio-video uznano za gołosłowne i niemające potwierdzenia w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Trybunał uznał, że wykorzystanie telekonferencji nie wpływało na jego faktyczny udział w rozprawie i nie było dla niego szkodliwe¹⁶.

Analiza powyższych orzeczeń prowadzi do wniosku, że telekonferencja sama w sobie nie narusza prawa oskarżonego do sądu, czy też prawa do podejmowania aktywnej obrony, z tym jednak zastrzeżeniem, że połączenie audio i video jest należytej jakości, a oskarżony może nie tylko przedstawić swoje stanowisko, ale także śledzić tok czynności w czasie rzeczywistym. Wobec tego należy uznać, że oskarżony nie traci swojego uprawnienia do aktywnego podejmowania obrony. Zmienia się jedynie sposób jego realizacji. Oskarżony nie jest obecny fizycznie w budynku sądu, a uczestniczy w posiedzeniu za pośrednictwem urządzeń przenoszących obraz i dźwięk na odległość. Przyrządy techniczne muszą zapewniać nie tylko możliwość złożenia wyjaśnień przez oskarżonego, składania wniosków dowodowych, ale także odebrania przez niego oświadczeń procesowych wyartykułowanych przez innych uczestników postępowania. W takim ujęciu obowiązujące przepisy dają podsądnemu taką sposobność. Trafnie w literaturze przedmiotu podkreśla się, że telekonferencja

¹⁵ Wyrok ETPC z 26 czerwca 2008 r., 15435/03, Shulepov v. Rosja, Lex nr 400250.

¹⁶ Wyrok ETPC z 24 kwietnia 2012 r., 34184/03, Medvedev v. Rosja, Lex nr 1147952.

jest narzędziem, które służy realizacji zasady bezpośredniości¹⁷. Obecny poziom technologiczny pozwala na zapewnienie właściwego połączenia audio i video, czyniąc tym samym zadość nie tylko gwarancjom procesowym oskarżonego, ale także całego wymiaru sprawiedliwości. Poza tym istnieje możliwość okazywania do kamery dowodów rzeczowych, udostępnienia skanów akt sprawy.

Kontakt z obrońcą w trakcie posiedzenia w przedmiocie tymczasowego aresztowania

Prawo do poufnego kontaktu oskarżonego z obrońcą stanowi jeden z filarów rzetelnego procesu karnego. Brak możliwości swobodnego porozumienia się oskarżonego ze swoim przedstawicielem procesowym wiąże się z faktycznym osłabieniem jakości świadczonej pomocy prawnej, która traci na swej użyteczności¹⁸. Dlatego też nie sposób zgodzić się z projektodawcą, który w uzasadnieniu wskazał, że „proponowane przepisy w sposób precyzyjny regulują zagadnienia formy udziału obrońcy w posiedzeniu w przypadku zaniechania doprowadzania podejrzanego do sądu oraz zapewnienia efektywnego korzystania w takich przypadkach z pomocy obrońcy, spełniając wszelkie gwarancje wynikające z prawa do obrony w aspekcie formalnym i materialnym”. Analiza przedmiotowej instytucji karnoprosesowej prowadzi do wyprowadzenia zgoła odmiennych wniosków.

Zgodnie z art. 250 § 3d k.p.k., w wypadku odstąpienia od przymusowego doprowadzenia strony biernej do sądu, obrońca bierze udział w posiedzeniu w miejscu jej przebywania, chyba że obrońca stawia się w tym celu w sądzie lub sąd zobowiąże go do udziału w posiedzeniu w budynku sądu z uwagi na konieczność uchylenia ryzyka nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego. Z powyższego przepisu można wyodrębnić następujące układy procesowe. Po pierwsze, udział obrońcy w posiedzeniu w miejscu przebywania oskarżonego; po drugie, obecność przedstawiciela procesowego w budynku sądu z jego inicjatywy, po trzecie, partycypowanie obrońcy w posiedzeniu stacjonarnym, gdy sąd go zobowiąże do tego rodzaju zachowania. W tym ostatnim wypadku decyzja tego rodzaju nie może mieć jednak cech arbitralności i może zostać podjęta jedynie, gdyby zachodziła obawa braku rozpoznania wniosku prokuratora przed upływem przepisanej prawem karnym procesowym terminu. Wprowadzenie możliwości przeprowadzenia zdalnego posiedzenia aresztowego wymusiło zmianę redakcji art. 248 § 2 k.p.k. W obowiązującym stanie prawnym zatrzymanego należy zwolnić, nie tylko

¹⁷ R. Koper, *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 5, s. 85.

¹⁸ Wyrok ETPC z 5 października 2006 r., 45106/04, Viola v. Włochy, Lex nr 265229.

jeżeli w ciągu 24 godzin od przekazania go do dyspozycji sądu nie doręczono mu postanowienia o zastosowaniu wobec niego tymczasowego aresztowania, ale także gdy nie ogłoszono mu tego postanowienia na posiedzeniu przeprowadzonym w sposób określony w art. 250 § 3b k.p.k. Można wyodrębnić również czwarty układ procesowy, który nie wynika *expressis verbis* z treści omawianego przepisu. W przypadku, gdy oskarżony posiada więcej niż jednego obrońcę, jeden z nich mógłby znajdować się w miejscu jego przebywania a inny w budynku właściwego sądu, co skutkowałoby niewątpliwie wzmocnieniem jego gwarancji procesowych.

Warto w tym miejscu odnotować, że odmienną regulację przewidziano na gruncie postępowania przyspieszonego. Jeżeli odstąpiono od przymusowego doprowadzenia do sądu sprawcy i zapewniono mu uczestniczenie we wszystkich czynnościach sądowych, w których ma on prawo uczestniczyć, w szczególności złożenie przez niego wyjaśnień, przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku ustanowiony obrońca każdorazowo uczestniczy w tych czynnościach w miejscu przebywania sprawcy stosownie do art. 517b § 2c k.p.k. Należałoby postulować *de lege ferenda* rozważenie przyjęcia tego rozwiązania także na gruncie e-posiedzeń aresztowych, co niewątpliwie wzmocniłoby gwarancje procesowe oskarżonego, w szczególności w zakresie realizacji prawa do obrony formalnej. Tymczasem przepis art. 250 § 3e k.p.k. zakłada, że w wypadku, gdy obrońca bierze udział w posiedzeniu przebywając w innym miejscu niż oskarżony, sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony i zezwolić na telefoniczny kontakt obrońcy z oskarżonym, chyba że uwzględnienie wniosku może zakłócić prawidłowy przebieg posiedzenia lub stwarza ryzyko nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego.

Powyższy przepis może budzić poważne wątpliwości interpretacyjne. Jego redakcja nie czyni zadość zasadom prawidłowej legislacji. Zarządzenie przerwy następuje na wniosek podejrzanego lub jego obrońcy. Organem, który decyduje w tym zakresie, jest sąd. Wykładnia literalna prowadzi do spostrzeżenia, że wniosek nie ma charakteru wiążącego, o czym świadczy użycie zwrotu „sąd może zarządzić przerwę”. Z treści omawianej normy wynikałoby zatem, że kontakt podejrzanego z obrońcą zależy wyłącznie od władzy dyskrecyjnej sądu, co oznaczałoby trudną do zaakceptowania sytuację, w której decyzja w tym zakresie podejmowana byłaby w sposób arbitralny. Tymczasem wydaje się, że intencją ustawodawcy było to, aby sądy uwzględniały wnioski strony biernej oraz jej przedstawiciela procesowego, a jedynie wyjątkowo podejmowały negatywną decyzję procesową, pod warunkiem ziszczenia się co najmniej jednej okoliczności wskazanej *in fine* w art. 250 § 3e k.p.k. Obecnie uwzględnienie wniosku nie jest możliwe, gdyby miało to na celu zakłócić prawidłowy

przebieg posiedzenia lub stwarzało ryzyko nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego.

Warto przy tym zauważyć, że w przepisie mowa jest o obawie zakłócenia prawidłowego przebiegu posiedzenia, a nie prawidłowego toku postępowania. Ten drugi zwrot jest charakterystyczny dla stosowania środków zapobiegawczych. Głównym ich celem jest właśnie ochrona właściwego i niezakłóconego toku postępowania przed każdą bezprawną ingerencją (w tym przede wszystkim ze strony oskarżonego). Na marginesie trudno wyobrazić sobie, jak osobisty kontakt z klientem mógłby negatywnie rzutować na prawidłowy przebieg posiedzenia. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było to, aby nie dochodziło do nadmiernego przewlekania czasu trwania posiedzenia, co przecież mieści się w zakresie pojęciowym drugiej przesłanki negatywnej. Odnosząc się z kolei do tej okoliczności, należy podkreślić z całą doniosłością, że w istocie ustawodawca przerzuca negatywne konsekwencji nieprawidłowej organizacji pracy sądu na oskarżonego. Strona bierna nie ma realnego wpływu na sprawne rozplanowanie czynności „okołaresztowych” przez organy procesowe (sporządzenie wniosku przez prokuratora, przekazanie go do właściwego sądu, wyznaczenie posiedzenia, rozpoznanie wniosku). Obowiązki te ciążyą odpowiednio na sędzię oraz na prokuratorze. Sąd każdorazowo ma 24 godziny na rozpoznanie wniosku prokuratora i czas ten nie może być wydłużony nawet jeśli prokurator wystąpił z nim przed upływem 48 godzin od chwili zatrzymania.

W przypadku decyzji pozytywnej oskarżony ma prawo do kontaktu telefonicznego z obrońcą. *Lege non distinguente* ustawodawca nie pozwala na korzystanie z innych, powszechnie dostępnych komunikatorów umożliwiających przekaz obrazu i dźwięku na odległość. Ograniczenie to w dobie obowiązującego rozwoju techniki jest trudne do zaakceptowania, tym bardziej że – jak już wskazywano – ustawa karnoprocesowa pozwala na przeprowadzenie niektórych czynności procesowych za pośrednictwem telekonferencji. Należałoby zatem postulować poszerzenie możliwości sposobu komunikacji oskarżonego z obrońcą. Za takim stanowiskiem przemawia konieczność realizacji prawa do rzeczywistej obrony. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że przekaz wizji a nie tylko fonii ułatwia kontakt, umożliwia bardziej efektywne podejmowanie czynności zawodowych przez obrońcę oraz sprzyja ustaleniu linii obrony.

Ustawodawca nie określił w żaden sposób jak taki kontakt telefoniczny miałby przebiegać. Niestety, poza jego zainteresowaniem wydają się być kwestie tak ważne, jak konieczność zapewnienia poufności kontaktu adwokata lub radcy prawnego z klientem, dochowanie tajemnicy zawodowej, w tym przede wszystkim obrończej. Istnieje zatem konieczność doprecyzowania sposobu oraz formy kontaktu w drodze odpowiedniego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. Rozmowa oskarżonego z obrońcą powinna odbywać się w taki sposób, aby osoby trzecie nie mogły zapoznać się z jej treścią. Należy zatem postulować,

aby w czasie kontaktu z obrońcą podejrzany znajdował się w specjalnie przystosowanym do tego pomieszczeniu bez asysty osób trzecich. W przeciwnym razie tajemnica obrończa miałaby jedynie charakter pozorny, co nie da się pogodzić nie tylko z zasadą rzetelnego procesu karnego, ale także z funkcją jaką pełnią przedstawiciele palestry w demokratycznym państwie prawa. Z oczywistych względów połączenie nie może być rejestrowane przez organy procesowe.

Obecna regulacja pozostaje zatem w oczywistej kolizji z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹⁹. Państwa członkowskie zapewniają, aby podejrzani lub oskarżeni mieli prawo do spotykania się na osobności i porozumiewania się z reprezentującym ich adwokatem, także przed przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania lub organ sądowy (art. 3 ust. 3 lit a Dyrektywy). Nie ma też wątpliwości, że nie zachodzą w tym zakresie okoliczności pozwalające na czasowe odstępstwo od stosowania tych praw w rozumieniu art. 3 ust. 6 Dyrektywy. Ponadto na gruncie Dyrektywy państwa członkowskie respektują zasadę poufności porozumiewania się pomiędzy podejrzanymi lub oskarżonymi a ich adwokatem przy korzystaniu z prawa dostępu do adwokata przewidzianego w niniejszej dyrektywie. Takie porozumiewanie obejmuje spotkania, korespondencję, rozmowy telefoniczne oraz inne formy porozumiewania się, dozwolone na mocy prawa krajowego (art. 4 Dyrektywy). Norma ta ma charakter bezwzględny i nie przewiduje żadnych wyjątków od reguły.

Powyższe rozważania dotyczą sytuacji, w której oskarżony posiada już obrońcę. W praktyce w przeważającej części przypadków w ogóle nie będzie on korzystał z pomocy profesjonalisty. Z uwagi na bardzo krótkie terminy zatrzymania oraz podjęcia decyzji w przedmiocie wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania udział obrońcy z urzędu nawet, gdy zachodzą ku temu okoliczności jest niezwykle rzadki, wręcz iluzoryczny. Obowiązujący przepis (art. 249 § 3 k.p.k.) nie daje możliwości wyznaczenia obrońcy *ad hoc* na żądanie podejrzanego bez wykazywania swej niezamożności, tak jak ma to miejsce na gruncie posiedzeń w przedmiocie przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego (rt.. 249 § 5 k.p.k.). Norma

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz.U. UE. L. z 2013 r., Nr 294, s. 1).

wskazan art. 249 § 3 zd. drugie k.p.k. zakłada jedynie, że należy dopuścić do udziału w przesłuchaniu ustanowionego obrońcę, jeżeli się stawi; zawiadomienie obrońcy o terminie przesłuchania nie jest obowiązkowe, chyba że oskarżony o to wnosi, a nie utrudni to przeprowadzenia czynności. Rozumując *a contrario*, w posiedzeniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania oskarżony nie może liczyć na ustanowienie mu obrońcy *ad hoc* bez wykazania swojej niezamożności. Konieczna jest zatem zmiana treści tego przepisu, aby zagwarantować udział obrońcy *ad hoc* bez konieczności udowodnienia okoliczności wskazanych w art. 78 § 1 k.p.k.

W świetle art. 3 ust. 1 Dyrektywy w sprawie prawa dostępu do adwokata państwa członkowskie zapewniają, aby podejrzani i oskarżeni mieli prawo dostępu do adwokata w takim terminie i w taki sposób, aby osoby te mogły rzeczywiście i skutecznie wykonywać przysługujące im prawo do obrony. W myśl art. 3 ust. 3 lit b Dyrektywy państwa członkowskie zapewniają, aby podejrzani lub oskarżeni mieli prawo do obecności i skutecznego udziału ich adwokata w czasie ich przesłuchiwanie. Zgodnie z art. 4 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski, w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania państwa członkowskie zapewniają przyznanie pomocy prawnej z urzędu bez zbędnej zwłoki, najpóźniej przed przesłuchaniem przez policję, inny organ ścigania lub organ sądowy, lub przed przeprowadzeniem czynności dochodzeniowo-śledczych lub dowodowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. c²⁰.

Wnioski końcowe

Wprowadzenie do polskiego procesu karnego posiedzeń zdalnych w przedmiocie tymczasowego aresztowania należy postrzegać jako przejaw tendencji do stopniowego przystosowania go do zmieniającego się życia społecznego oraz rozwoju technologicznego. Umożliwienie korzystania z dobrodziejstw technicznych pozwala na optymalizację celów postępowania karnego, sprzyja w szczególności ekonomice i szybkości postępowania. O ile zatem sama idea stworzenia e-posiedzeń zasługuje na aprobatę, to obecne regulacje wymagają niezbędnych korekt. Nie może zejść z pola widzenia, że szybkość postępowania nie może być realizowana kosztem dochodzenia do prawdy materialnej. Dotyczy to nie tylko końcowego rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 z dnia 26 października 2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (Dz.U. UE. L. z 2016 r., Nr 297, s. 1 z późn. zm.).

karnej oskarżonego, ale także kwestii incydentalnych jak decyzja w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego.

Trzeba zatem uzupełnić art. 250 § 3b k.p.k. o przesłanki uprawniające do zastosowania posiedzeń zdalnych. Obecnie decyzja w tym przedmiocie jest zależna od władzy uznaniowej sądu. Warto zaproponować uzależnienie sięgnięcia po e-posiedzenia od zaistnienia szczególnie istotnych okoliczności oraz wyrażenia zgody samego oskarżonego. Takie ograniczenia stanowiłyby mechanizmy przeciwdziałające arbitralności sądu w zakresie podejmowanej decyzji.

Przepis art. 350 § 3e k.p.k. w aktualnym brzmieniu nie czyni zadość standardom rzetelnego procesu karnego, w szczególności w kontekście realizacji prawa oskarżonego do obrony formalnej. Brak gwarancji udzielenia poufnego kontaktu z obrońcą rzutuje negatywnie na sytuację prawną podsądnego. Prowodzi to do nieuzasadnionego różnicowania pozycji podejrzanego, który jest obecny fizycznie na posiedzeniu w sądzie od tego, który uczestniczy w czynności procesowej zdalnie. Warto także dostosować polskie przepisy do wskazanych w tekście dyrektyw, które do chwili obecnej nie zostały implemmentowane do polskiego porządku prawnego. Szeroki dostęp do pomocy prawnej na tak wczesnym etapie czyniłby zadość wysokim standardom rzetelnego procesu karnego.

Wykaz literatury

- Koper R., *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 5.
- Kurowski M., Sydor P., „Śledcze” czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym w aspekcie praktycznym, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1.
- Lach A., *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9.
- Nowicki M.A., *Sakhnovskiy przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 2 listopada 2010 r., skarga nr 21272/03*, [w:] Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2010*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.

Summary

E-arrest meetings under the terms of art. 250 § 3b–3h of the Code of Criminal Procedure. Postulates *de lege lata* and *de lege ferenda*

Keywords: criminal procedural law, criminal trial, e-arrest meetings, the accused's right to a court, the accused's right to defence, fair criminal trial.

This article relates to e-meetings based on art. 250 3b–3f of the Code of Criminal Procedure. The above legal regulations appeared in the Polish criminal trial on June 24, 2020. The aim of the article is to present the most important shortcomings of e-detention sessions and to propose changes that will adapt it to the principle of a fair criminal trial. So far, this subject has not been of wider interest to representatives of the science of procedural criminal law. The study presents: the ratio legis of the e-meeting, the conditions of its application, and assesses the e-meeting in the context of the accused's right to a court and the right to defence. The author took into account the most important judgments of the European Court of Human Rights relating to the possibility of taking procedural actions at a distance with the simultaneous transmission of image and sound. The article presents *de lege ferenda* postulates addressed to the legislator to improve this institution. The author proposes to create two conditions for the use of e-arrest meetings. First, the emergence of particularly important circumstances in the case. Second, the consent of the accused to conduct a procedural act via teleconference. Currently, the decision in this matter depends on the discretionary power of the court. Such limitations would constitute mechanisms preventing the arbitrariness of the court in the scope of its decision. What is more, an accused who is not present in court does not have unconditional consent to contact a lawyer to establish a line of defence, which also requires an immediate change.

Małgorzata Moras

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0003-3511-7076

morasm@uek.krakow.pl

Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie wybranych zagadnień związanych z obowiązkiem zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a przede wszystkim skutków prawnych uchylania się od wspomnianego obowiązku. Kwestie te były już niejednokrotnie podejmowane w doktrynie¹, tym niemniej warto je omówić z uwagi na wejście w życie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.² (dalej jako p.z.p.), co nastąpiło 1 stycznia 2021 r. Wątpliwości, jakie w praktyce budzą nowe przepisy, w szczególności w zakresie dopuszczalności wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, przepadku wadium czy też prawa zamawiającego do dochodzenia zawarcia umowy o zamówienie publiczne na drodze postępowania sądowego w przypadku uchylania się od zawarcia umowy finalnej przez zwycięskiego wykonawcę, skłaniają do ponownego podjęcia związanej z tym tematem refleksji.

¹ Zob. m.in. A. Gawrońska-Baran, W. Dzierżanowski, *Obowiązek zawarcia umowy finalnej – przegląd bieżących trudności interpretacyjnych*, „Kwartalnik PZP” 2018, nr 4; eadem, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w zamówieniach publicznych – de lege ferenda*, „Kwartalnik PZP” 2015, nr 3, Legalis; Z. Gordon, *Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Kazimierz Dolny 2011; idem, *Konsekwencje przetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*, „Kwartalnik PZP” 2018, nr 1, Legalis; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005; idem, *Umowy o zamówienie publiczne w zarysie*, Warszawa 2018.

² T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i oferta w ujęciu Prawa zamówień publicznych

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma cywilnoprawny charakter³. Opiera się o model przetargowy uregulowany w przepisach ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r.⁴ (dalej jako k.c.). Jego podstawą jest wielostronny (w trybie zamówienia z wolnej ręki – dwustronny) stosunek proceduralny nawiązywany w sposób adhezyjny, mający charakter wielostopniowy⁵. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy (art. 7 pkt 18 p.z.p.). Źródłem obowiązku zawarcia umowy są natomiast czynności prawne uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁶. Zobowiązanie do zawarcia umowy po stronie zamawiającego kształtuje się, co do zasady, już na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz opublikowania warunków zamówienia⁷. Wszczęcie postępowania przetargowego jest wiążące dla zamawiającego, a jego zakończenie w inny sposób niż przez zawarcie umowy należy zakwalifikować jako wyjątkowe i dopuszczalne jedynie przy ziszczeniu się przesłanek unieważnienia postępowania przetargowego, ujętych w ustawie w sposób enumeratywny. Co więcej, w przypadku przesłanki dotyczącej sytuacji uchylania się od zawarcia umowy przez zwycięskiego wykonawcę, zamawiający może podjąć dodatkowe czynności mające na celu finalne udzielenie zamówienia publicznego (art. 263 p.z.p.). Cywilistyczny model przetargowy, opierający się o konstrukcję oferty, wykorzystywany jest w większości trybów o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanych w nowym Prawie zamówień publicznych⁸. Pojęcie oferty jest tożsame z pojęciem oferty uregulowanym na gruncie Kodeksu cywilnego⁹. Oferta stanowi oświadczenie woli wykonawcy, wyrażające stanowczą decyzję zawarcia umowy¹⁰. Następuje to na warunkach określonych w dokumentach

³ Zob. np. R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 62; M. Lubiszewski, *Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4, s. 46.

⁴ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm.

⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 62.

⁶ Z. Gordon, *Konsekwencje przetargowego...*, s. 17.

⁷ Ibidem, s. 18; M. Moras, *Forma elektroniczna w zamówieniach publicznych na tle nowej regulacji prawnej*, „Kwartalnik PZP” 2017, nr 2, s. 48, Legalis.

⁸ R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, [w:] M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 15.

⁹ Tak przykładowo: M. Grabarczyk, *Związanie ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 166; R. Szostak, *O spójności...*, s. 15; M. Lubiszewski, op. cit., s. 46.

¹⁰ Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2008, s. 230.

zamówienia¹¹, a wskutek jej złożenia dochodzi do nawiązania wspomnianego porozumienia przedkontraktowego¹².

Kluczowym momentem postępowania przetargowego, mając na uwadze przedmiot niniejszego artykułu, jest przyjęcie najkorzystniejszej oferty (z wyjątkiem trybu zamówienia z wolnej ręki). Ma ono miejsce zwykle w tym samym czasie, co komunikowany na zewnątrz oraz mający charakter informacyjny wybór najkorzystniejszej oferty, choć nie zostało to *expressis verbis* wyrażone w przepisach ustawowych¹³. Nie dochodzi jednak do automatycznego zawarcia umowy o zamówienie publiczne z uwagi na konieczność spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie (art. 70³ § 3 zd. 2 w zw. z art. 70² §3 k.c.). Wybór najkorzystniejszej oferty i akt jej przyjęcia kreują obowiązek zawarcia umowy finalnej, który zostaje zawieszony z mocy prawa z uwagi m.in. na konstrukcję *standstill period*¹⁴ lub też konieczność ustanowienia należytego zabezpieczenia umowy o zamówienie publiczne. To właśnie akt przyjęcia oferty stanowi dodatkowe zdarzenie cywilnoprawne¹⁵ skutkujące nawiązaniem pomiędzy zamawiającym a zwycięskim wykonawcą dwustronnego stosunku obligacyjnego o treści określonej przyjętą ofertą (art. 70³ § 1 k.c.)¹⁶. Pomiedzy zamawiającym a zwycięskim wykonawcą dochodzi do nawiązania umowy przedwstępnej (art. 389–390 k.c.)¹⁷. Pozostałe oferty nie upadają.

Termin związania ofertą a obowiązek zawarcia umowy

Obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne wynika ze stanu związania ofertą, analogicznie jak na gruncie modelu przetargowego uregulowanego w Kodeksie cywilnym¹⁸. Zawarcie umowy o zamówienie publiczne

¹¹ Należy podkreślić, że w gestii oferenta leży określenie tych postanowień oferty, które zgodnie z warunkami zamówienia są swobodnie proponowane przez oferentów.

¹² Zob. więcej na ten temat Z. Radwański (red.), op. cit., s. 363.

¹³ Krytycznie na ten temat: R. Szostak, *O spójności...*, s. 17.

¹⁴ Celem ustanowienia klauzuli *standstill* jest ochrona interesów wykonawców, którzy w okresie zawieszenia zawarcia umowy mogą skorzystać ze środków ochrony prawnej.

¹⁵ P. Machnikowski, Z. Radwański, [w:] A. Olejniczak, Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 2, wyd. trzecie, Warszawa 2019, s. 473 i 474, Legalis; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 156 i nast.

¹⁶ R. Szostak podnosi, że nadal można spotkać się z chybionym poglądem, że wybrana oferta utrzymuje się w przetargu, co oznacza m.in. konieczność podtrzymania związania tą ofertą, ponieważ stanowi bezpośrednią podstawę dla zawarcia umowy o zamówienie publiczne – krytycznie na ten temat: R. Szostak, *O spójności...*, s. 17.

¹⁷ Należy zasygnalizować, że w doktrynie prezentowany jest też pogląd, wedle którego z chwilą doręczenia zwycięskiemu oferentowi oświadczenia o wyborze i przyjęciu jego oferty dochodzi do zawarcia umowy *sui generis* zbliżonej do umowy przedwstępnej z odpowiednim zastosowaniem art. 389–390 k.c. Zob. R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 67 i przywołana tam literatura oraz idem, *O spójności...*, s. 17.

¹⁸ M. Lubiszewski, op. cit., s. 46, Z. Gordon, *Konsekwencje przetargowego...*, s. 20.

może nastąpić w okresie związania ofertą, a także po upływie tego terminu. W drugim przypadku istotny jest jednak moment przyjęcia najkorzystniejszej oferty. Jak już wspomniano, przyjęcie przez zamawiającego oferty w okresie związania ofertą kreuje dwustronny układ obligujący do zawarcia umowy o zamówienia publiczne. Zamawiający i zwycięski wykonawca mają uprawnienie kształtujące, polegające na wyznaczeniu terminu na podpisanie umowy¹⁹. Na gruncie uchylonej ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej jako p.z.p. z 2004 r.) największe kontrowersje wzbudzała kwestia dopuszczalności wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie prezentowano w tym zakresie rozbieżne poglądy²⁰. Kwestię tę rozstrzygnięto w nowym Prawie zamówień publicznych. W myśl nowych przepisów prawnych, odchodząc od uregulowań Kodeksu cywilnego, dopuszczono, aby wybór i przyjęcie najwyższej ocenionej oferty następowały po upływie terminu związania ofertą. Następuje to w oparciu o pisemną zgodę wykonawcy na wybór jego oferty (art. 252 ust. 2 p.z.p.), stanowiącą odpowiedź na wniosek zamawiającego. Jak wskazuje się w doktrynie, pozytywną odpowiedź wykonawcy należy traktować – jak się zdaje – jako ponowioną ofertę, wywołaną przez zamawiającego²¹. Jednocześnie przedmiotowa zgoda stanowi podstawę dla wyboru i przyjęcia ponowionej oferty, co jest charakterystyczne dla trybu przetargowego, i skutkuje powstaniem relacji dwustronnej między zamawiającym a zwycięskim wykonawcą zobowiązującej do zawarcia umowy o zamówienie publiczne²². Co więcej, pozostali wykonawcy nadal uczestniczą w postępowaniu przetargowym, mimo że już wcześniej ich oferty upadły, a przetarg uległ rozwiązaniu²³, i mogą korzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej. Wykonawca, który wyraził zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą, nie może kierować do zamawiającego żądania o podjęcie czynności polegającej na wyborze jego oferty, po tym jak przekazał pisemną zgodę w tym zakresie zamawiającemu. Ustawodawca bowiem kreuje obowiązek zamawiającego jedynie w odniesieniu do wezwania wykonawcy o wyrażenie zgody na wybór jego oferty, a nie do jej przyjęcia i wyboru przez zamawiającego²⁴. Opieszałość zama-

¹⁹ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 67; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 30.

²⁰ M. Lubiszewski, op. cit., s. 45. Zagadnienie dopuszczalności wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą na gruncie p.z.p. z 2004 r. zostało szeroko skomentowane w doktrynie; zob. m.in.: W. Dzierżanowski, *Związanie ofertą a możliwość jej wyboru w przetargu publicznym*, „Kwartalnik PZP” 2018, nr 3, s. 14–16, Legalis; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 30–31; M. Michta, *Termin związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2017, nr 5, s. 14–16.

²¹ M. Lubiszewski, op. cit., s. 47.

²² M. Grabarczyk, *O niektórych przesłankach odrzucenia oferty w świetle bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej*, „Kwartalnik PZP” 2019, nr 1, s. 86, Legalis.

²³ R. Szostak, *O spójności...*, s. 15.

²⁴ M. Lubiszewski, op. cit., s. 48.

wiającego może nasilać także brak regulacji prawnej w zakresie wskazania terminu związania ponowioną ofertą.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się albo zawarciem umowy, albo unieważnieniem postępowania. To pierwsze jest możliwe po dokonaniu wyboru (i przyjęcia) najkorzystniejszej oferty. Jeżeli zamawiający zaniecha tej czynności, pozostanie zakończenie postępowania przetargowego poprzez jego unieważnienie. W takim przypadku wykonawcom, których oferty nie podlegały odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu (art. 261 p.z.p.)²⁵. Wykluczyć należy odszkodowanie w postaci podwójnego wadium, ponieważ dyspozycja art. 70⁴ § 2 k.c. obejmuje sytuacje, gdy oferta wykonawcy została wybrana. Odrzucić należy też możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego, w przypadku gdy wykonawca związany ofertą ponowioną uchyla się od zawarcia umowy. Zresztą zamawiający zobowiązany został do zwrotu wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą (art. 98 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), a wyrażając zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą nie jest zobowiązany do wniesienia nowego wadium czy ewentualnie przedłużenia jego ważności, ponieważ wymóg ten dotyczy jedynie sytuacji, gdy dochodzi do przedłużenia terminu związania ofertą (art. 97 ust. 6 p.z.p.). Brak zgody²⁶ wykonawcy na wybór jego najwyżej ocenionej oferty nie rodzi żadnych sankcji lub dolegliwości po jego stronie²⁷. Zamawiający natomiast został zobowiązany do skierowania wniosku do wykonawcy, którego oferta była kolejną najwyżej ocenioną, o wyrażenie zgody na jej wybór, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, np. pozostałe w postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu. Dokonuje tego jednokrotnie. Ustawodawca nie rozstrzygnął o losie postępowania przetargowego w sytuacji braku zgody dwóch kolejnych wykonawców, co może rodzić dalsze problemy praktyczne z uwagi na brak szczególnej przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego²⁸. Zważywszy jednak na długie, ustawowe okresy związania ofertą oraz obowiązek zamawiającego polegający na jednokrotnym zwróceniu się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazany przez niego okres, z zastrzeżeniem ustawowych terminów maksymalnych, zastosowanie powyżej analizowanych regulacji prawnych nie powinno mieć miejsca w praktyce lub stanowić przypadek jednostkowy w skali kraju.

²⁵ Ibidem.

²⁶ M. Lubiszewski wskazuje, że brak zgody może nastąpić przez wyraźną lub milczącą odmowę, a także skutek wygaśnięcia wyrażonej zgody – M. Lubiszewski, op. cit., s. 49.

²⁷ M. Grabarczyk, *O niektórych...*, s. 68 wraz z przywołanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

²⁸ Zob. więcej M. Lubiszewski, op. cit., s. 49.

Uchylenie się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne – uwagi definicyjne

Natomiast w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty następuje w terminie jej związania, dochodzi do nawiązania umowy przedwstępnej obligującej każdą ze stron do zawarcia umowy. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca mogą jednak uchylać się od wypełnienia tego obowiązku, co może rodzić odpowiednie konsekwencje prawne. Przez uchylenie się „uznaje się kwalifikowaną postać odmowy zawarcia umowy, której podstawowym elementem jest bezpodstawność takiego oświadczenia woli”²⁹. Uchylenie może przejawiać się przez wyraźne działanie albo zaniechanie w sposób niebudzący wątpliwości, wskazujący na brak zamiaru zawarcia umowy. W jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO) podkreśliła, że uchylenie się wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Zdaniem KIO „trzykrotne niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylenie się”³⁰. „Uchylenie się” wykonawcy może też wystąpić w przypadku, gdy w warunkach zamówienia zastrzeżono wymóg ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a wykonawca odmawia wywiązania się z tej powinności, stanowiącej przesłankę skuteczności umowy³¹. Kwalifikacja odmowy jako uchylenia się od zawarcia umowy powinna nastąpić przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych sprawy. Odmowa może mieć bowiem uzasadnienie prawne (np. odmowa zamawiającego z uwagi na niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę). Brak wówczas podstaw do zobligowania drugiej strony do zawarcia umowy o zamówienie publiczne czy też do zastosowania sankcji lub innych dolegliwości.

Konsekwencje uchylenia się od zawarcia umowy przez wykonawcę

Uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy o zamówienie publiczne może powodować różne konsekwencje uzależnione od stanu faktycznego sprawy. W doktrynie brak jest jednolitego stanowiska w kwestii dopuszczalności dochodzenia przymusowego zawarcia umowy przed sądem w przypadku, gdy zwycięski wykonawca uchylił się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania. Część doktryny jest zdania, że zamawiający nie może dochodzić na drodze sądowej

²⁹ W. Dzierzanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit. s. 34; wyrok SN z 16 grudnia 2005 r., sygn. akt III CK 344/05, Lex nr 172178.

³⁰ Wyrok KIO z 4 marca 2014 r., sygn. akt KIO 288/14, Lex nr 1438492.

³¹ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 73–74.

zawarcia umowy³². By realizować cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, zamawiający powinien dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród pozostałych ofert oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę po stworzeniu nowego rankingu (art. 263 p.z.p.). W doktrynie prezentowane jest też stanowisko przeciwne, jednakże zostało ono wyrażone na podstawie brzmienia przepisów prawnych zawartych w p.z.p. z 2004 r.³³ Rozbieżności interpretacyjne implikowało wprowadzenie do art. 94 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. zwrotu „zamawiający może...”, co według niektórych oznaczało, że sądowe dochodzenie zawarcia umowy o zamówienie publiczne stanowi rozwiązanie alternatywne³⁴. Argumentacja ta aktualnie nie znajduje uzasadnienia w oparciu o interpretację literalną przepisów ustawowych. Ustawodawca wyraźnie wskazał, używając alternatywy rozłącznej, że zamawiający może dokonać ponownego wyboru oferty, poprzedzając tę czynność badaniem i oceną ofert, albo unieważnić postępowanie przetargowe (art. 263 p.z.p.). Zdaje się, że wyklucza to możliwość dochodzenia przez zamawiającego na drodze sądowej zawarcia umowy o zamówienie publiczne z uchylającym się wykonawcą, nawet gdy ponowny wybór oferty nie jest możliwy. Ponadto, jak słusznie podkreślano w doktrynie, z uwagi na kwestie praktyczne związane m.in. z potrzebą szybkiego udzielenia i realizacji zamówienia publicznego dochodzenie zawarcia umowy na drodze sądowej staje się wykluczone³⁵. Ingerencja sądu i wynikające z niej zobligowanie uchylającego się wykonawcy do realizacji umowy o zamówienie publiczne może skutkować znacznymi utrudnieniami na etapie wykonywania jej postanowień i współdziałania stron. Zamawiającemu pozostaje zatem skierowanie do uchylającego się wykonawcy żądania o odszkodowanie bądź zatrzymanie wadium, jeżeli zostało w postępowaniu przewidziane³⁶ i jest nadal ważne (np. gwarancja bankowa³⁷). Wniesienie zabezpieczenia wadialnego i jego przepadek na rzecz zamawiającego, niezależnie od tego, czy poniósł on skutek odmowy podpisania umowy szkodę, czy też nie (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit a p.z.p.), skutkuje wyłączeniem odpowiedzialności majątkowej wykonawcy, choćby szkoda zamawiającego przekraczała wysokość wadium³⁸. Z uwagi na fakultatywność wadium w myśl nowych regulacji prawnych (art. 97 ust. 1 p.z.p., art. 266 p.z.p.), aktualny staje się problem odszkodowania jako alternatywy wobec brakującego wadium.

³² Ibidem, s. 74–75.

³³ Z. Gordon, *Konsekwencje przetargowego...*, s. 22.

³⁴ Tak np. KIO w wyroku z 8 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 1594/12, Legalis nr 541965; ibidem, s. 22.

³⁵ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 75.

³⁶ Ibidem, s. 74.

³⁷ Wyrok SN z 24 marca 2011 r., sygn. akt I CSK 448/10, Lex nr 798234.

³⁸ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 38; ibidem; R. Szostak, *O spójności...*, s. 18.

Jak już zostało wspomniane, skutek przyjęcia oferty wykonawcy dochodzi do nawiązania umowy przedwstępnej. Istnienie roszczenia odszkodowawczego kreowane jest zatem na podstawie art. 390 k.c. Przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej określa art. 471 k.c., regulujący odpowiedzialność odszkodowawczą *ex contractu*, z zastrzeżeniem modyfikacji wynikających z treści art. 390 k.c. Zalicza się do nich:

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę, mimo upływu terminu, z powodu okoliczności, za które odpowiedzialny jest wykonawca,
- wystąpienie szkody po stronie zamawiającego oraz
- związek przyczynowy między niespełnieniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia a szkodą³⁹.

W świetle dominującego poglądu wyrażonego w doktrynie i judykaturze „uchylenie się” od obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej kwalifikowane jest jako zawinione niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania⁴⁰. Kolejną z przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej jest wystąpienie szkody. W myśl art. 361 § 2 k.c. szkoda rozumiana jest jako uszczerbek majątkowy, obejmujący zarówno rzeczywisty uszczerbek w majątku (*damnum emergens*), polegający na zmniejszeniu aktywów (ubytkach lub stratach w majątku) albo zwiększeniu pasywów (obciążeniu majątku długami), jak i utraczony zysk (*lucrum cessans*). Konieczne jest także wystąpienie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy zawinionym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a zaistniałą szkodą. Ustalenie tego związku wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu. W pierwszej kolejności należy zweryfikować, czy „zdarzenie rozważane jako przyczyna szkody jest powiązane ze szkodą związkiem opartym na warunku koniecznym (*conditio sine qua non*)”⁴¹. Pozytywna odpowiedź w tym zakresie pozwala na przystąpienie do ustalenia, czy szkoda jest normalnym następstwem analizowanego zdarzenia, tzn. gdy przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych oraz w zwykłym porządku rzeczy jest konsekwencją danego zdarzenia⁴². Dochodzenie przez zamawiającego odszkodowania wiąże się z koniecznością ustalenia jego wysokości, co jest zadaniem trudnym. Kluczowa jest ocena *ad casum*. Jeżeli dojdzie do zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą w myśl art. 263 p.z.p., zakres poniesionej przez zamawiającego szkody będzie nieznacznym. Nie obejmuje on bowiem różnicy majątkowej pomiędzy pierwotnie uznaną za najko-

³⁹ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 665.

⁴⁰ Zob. R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 76 wraz z przytoczoną tam literaturą i orzecznictwem.

⁴¹ G. Karaszewski, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 361.

⁴² B. Fuchs, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Warszawa 2018, art. 361.

rzystniejszą ofertą a ofertą wykonawcy, z którym ostatecznie zawarto umowę⁴³; zamyka się – według dominującego w doktrynie poglądu – w granicach tzw. ujemnego interesu umowy przedwstępnej⁴⁴. Zakres odszkodowania doznaje też znacznego ograniczenia w przypadku konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek uchylania się zwycięskiego wykonawcy od zawarcia umowy. Obejmuje on bowiem jedynie koszty poniesione przez zamawiającego w celu wykonania czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ inne, odnoszące się do kosztów związanych z przeprowadzeniem postępowania przetargowego, poniesione zostałyby niezależnie od finalnego udzielenia zamówienia publicznego⁴⁵. Należy mieć nadzieję, że zamawiający będą zdawali sobie sprawę z powyższych trudności i będą wymagać wniesienia wadium w postępowaniach przetargowych, mimo jego fakultatywności.

Wątpliwości może wzbudzać kwestia dopuszczalności wielokrotnego stosowania art. 263 p.z.p. (wcześniej art. 94 ust. 3 p.z.p. z 2004 r.). W praktyce bowiem może wystąpić przypadek, gdy kolejny, wybrany zgodnie z art. 263 p.z.p., wykonawca także uchylił się od zawarcia umowy. Mając na uwadze fakt, że przedmiotowa procedura ma charakter wyjątkowy, a także literalną wykładnię przepisów prawnych, należy opowiedzieć się za możliwością jednokrotnego zastosowania art. 263 p.z.p.⁴⁶. Zamawiający unieważnia bowiem postępowanie w przypadku, gdy wykonawca uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 p.z.p. (art. 255 pkt 7 p.z.p.).

Zamawiający jako strona uchylająca się od obowiązku zawarcia umowy

Zamawiający także, choć należy to do przypadków rzadko występujących w praktyce, może być stroną bezpodstawnie uchylającą się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Brak ziszczenia się podstaw uzasadniających unieważnienie postępowania przetargowego rodzi po stronie zamawiającego obowiązek udzielenia zamówienia publicznego. Zwycięskiemu wykonawcy przysługuje prawo do dochodzenia umowy na drodze sądowej w oparciu o odpowiednio

⁴³ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 79; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 39.

⁴⁴ Tak np. R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 79; P. Machnikowski, op. cit., s. 666–667; zob. też P. Ostapa, *Ujemny interes w umowie przedwstępnej*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 2, Legalis.

⁴⁵ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 39.

⁴⁶ Tak Z. Gordon na gruncie art. 94 ust. 3 p.z.p. z 2004 r.: Z. Gordon, *Konsekwencje przetargowego...*, s. 26.

stosowane przepisy Kodeksu cywilnego (art. 70² § 3 k.c. i art. 70³ § 3 k.c.). Rezygnując z roszczenia o zawarcie umowy, wykonawca może żądać zapłaty podwójnego wadium⁴⁷ przez zamawiającego albo naprawienia szkody (art. 70⁴ § 2 k.c.). Jeżeli wadium nie zostało ustanowione, wykonawcy pozostaje dochodzenie odszkodowania. Ze względu na brak szczególnych rozwiązań ustawowych, za wyjątkiem odpowiedzialności zamawiającego na gruncie art. 261 p.z.p. (zob. dalsze uwagi), a także mając na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące skutków aktu przyjęcia oferty wykonawcy, właściwy jest w tym przypadku reżim odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 i n. k.c.), operujący przesłanką winy domniemanej⁴⁸. W doktrynie słusznie podnosi się postulat *de lege ferenda*, zgodnie z którym odpowiedzialność zamawiającego – jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odszkodowawcza i wadialna) powinna zostać uregulowana jako odpowiedzialność na zasadzie ryzyka⁴⁹. Jest to uzasadnione w świetle dyspozycji art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 89/665/EWG⁵⁰ w ujęciu nadanym przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE)⁵¹.

W odniesieniu do zakresu odszkodowania obciążającego zamawiającego należy opowiedzieć się za dominującym poglądem prezentowanym w doktrynie, a mianowicie, że roszczenie ogranicza się do tzw. ujemnego interesu umownego⁵². Wykonawca będzie mógł domagać się zwrotu kosztów poczynionych w związku z tym, że liczył na zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a zatem tych, które zostały poczynione w związku z uczestnictwem w postępowaniu przetargowym (np. związane z ustanowieniem wadium, dokonania oględzin miejsca realizacji przedmiotu zamówienia itp.), a także poniesione na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty, związanych z bezowocnymi staraniami o zawarcie umowy⁵³. Z uwagi na bezpodstawne uchylanie się

⁴⁷ Zapłata podwójnego wadium ma wówczas charakter zryczałtowanego odszkodowania za niewywiązanie się przez zamawiającego z obowiązku zawarcia umowy finalnej.

⁴⁸ R. Szostak, *Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10, s. 56; zob. też wcześniejsze uwagi dotyczące uchylania się od zawarcia umowy przez wykonawcę.

⁴⁹ Tak: ibidem, s. 56–57.

⁵⁰ Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.U. L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33) ze zmianami, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0028/27973/Dyrektywa_89_665_EWG_stan_na_17.04.2014.pdf (data dostępu: 1.09.2021).

⁵¹ Istotne są przede wszystkim następujące orzeczenia: *Komisja v. Portugalia* (C-275/03), *GAT v. Oesterreichische Autobahnen* (C-315/01) oraz *Stadt Graz v. Strabag AG* (C-314/09) oraz *Combinatie Spijker* (C-568/08). Zob. więcej na ten temat R. Szostak, *Odpowiedzialność organizatora...*, s. 51–55.

⁵² Tak: R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 79; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 39; Z. Radwański, (red.), op. cit., s. 370.

⁵³ R. Szostak, *Umowy o zamówienie...*, s. 79.

zamawiającego od zawarcia umowy ze zwycięskim wykonawcą dochodzi *de facto* do pozbawienia go zamówienia publicznego. W doktrynie prezentowany jest słuszny pogląd, że „*de lege ferenda* mogłoby to uzasadniać żądanie odszkodowania w granicach dodatniego interesu umownego, obejmującego utracony zysk transakcyjny”⁵⁴. Niewykluczone też, że wykonawca, kierując do zamawiającego żądanie o zapłatę odszkodowania, otrzyma od niego oświadczenie „blokujące”, tzn. zamawiający oświadczy, że podpisze umowę o zamówienie publiczne. Upływ terminu wyznaczonego przez wykonawcę zamawiającemu na zawarcie umowy finalnej nie ma znaczenia dla istnienia zobowiązania z umowy przedwstępnej⁵⁵.

W przypadku roszczeń odszkodowawczych problematyczne okazało się ustalenie, czy dochodzenie naprawienia szkody przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wymaga uprzedniego stwierdzenia naruszenia przepisów tej ustawy prawomocnym orzeczeniem KIO lub prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym po rozpoznaniu skargi na orzeczenie KIO. Kwestię tę rozstrzygnął Sąd Najwyższy, który wskazał na dopuszczalność wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym bez dysponowania prawomocnym orzeczeniem właściwego organu⁵⁶. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że zgodnie z art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665/EWG państwa członkowskie mogą przewidzieć, iż w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia. Dopuszczalność tego rozwiązania została także potwierdzona w orzecznictwie TSUE⁵⁷. W polskim porządku prawnym brak jest jednak takiego uregulowania prawnego. Odpowiednie unormowanie prawne rangi ustawowej jest niezbędne także z uwagi na przepisy konstytucyjne. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że „uzależnienie skuteczności powództwa odszkodowawczego od wcześniejszego stwierdzenia w innym postępowaniu niezgodności z prawem zachowania podmiotu ponoszącego odpowiedzialność odszkodowawczą jako rozwiązanie szczególnie ograniczające gwarantowane Konstytucją (art. 45 ust. 1) prawo do sądu rozumiane, jako prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd, (...) musi opierać się na jednoznacznej regulacji ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)”. Jednocześnie zastrzegł, że zaniechanie przez wykonawcę skorzystania z systemu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych może okazać się istotne w ramach oceny przesłanek cywilnoprawnej odpowiedzialności od-

⁵⁴ Tak: idem, *Odpowiedzialność organizatora...*, s. 57.

⁵⁵ Zob. idem, *Umowy o zamówienie...*, s. 78–79.

⁵⁶ Uchwała SN z 25 lutego 2021 r., sygn. akt III CZP 16/20, OSNC 2021/7-8/48.

⁵⁷ Zob. np. wyrok TSUE w sprawie *Hochtief AG*, sygn. akt C-300/17.

szkodowawczej oraz ustalenia wysokości szkody w przypadku wytoczenia powództwa przez wykonawcę przeciwko zamawiającemu⁵⁸.

W przypadku, gdy zamawiający unieważnia postępowanie w sposób bezzasadny, by uchylić się od podpisania umowy, wykonawcy przysługuje na taką czynność odwołanie do KIO, niezależnie od szacunkowej wartości zamówienia. Uwzględnienie odwołania przez KIO prowadzi do konieczności skorygowania zaskarżonych czynności, co wiąże się ostatecznie z wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy finalnej. W doktrynie słusznie wskazuje się, że zamawiający może jedynie odpowiadać na zasadach ogólnych za skutki zwłoki w wywiązywaniu się z powinności przetargowych⁵⁹.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego skutkuje zrodzeniem odpowiedzialności odszkodowawczej po jego stronie. Wykonawcom, którzy złożyli ważne oferty, przyznano bowiem uprawnienie żądania od zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu (art. 261 p.z.p.). Przepis ten kreuje odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Dochodzenie roszczeń na podstawie art. 261 p.z.p. nie wymaga wykazania winy zamawiającego – wystarczy wystąpienie przyczyn leżących po jego stronie. Istotna jest zatem ocena przyczyny unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W celu uwolnienia się od tej odpowiedzialności zamawiający może powołać się na wystąpienie przyczyn egzoneracyjnych, wykazując, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Warto podkreślić, że zamawiający odpowiada za szkodę wyrządzoną wykonawcom z jakichkolwiek przyczyn leżących po jego stronie. Zalicza się do nich wszelkie zdarzenia, np. te od niego zależne (zawinione i niezawinione) lub zależne od jego pomocników (pracowników)⁶⁰. Przyczyny leżące po stronie zamawiającego mogą wystąpić zarówno w przypadku obligatoryjnych, jak i fakultatywnych przesłanek unieważnienia postępowania. Najczęściej ma to miejsce, gdy postępowanie unieważniane jest z uwagi na fakt, że obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publicz-

⁵⁸ W doktrynie podkreśla się, że odpowiedzialność zamawiającego, jako organizatora postępowania przetargowego, powinna być nie tylko oderwana od przesłanki winy (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), lecz również powinna być ukształtowana w oparciu o normatywny związek przyczynowy, a zatem należy ją zaostrzyć na wzór regulacji prawnej zawartej w art. 261 p.z.p. W myśl przepisów dyrektywy 89/665/EWG (art. 2 ust. 1 lit. c tej dyrektywy) odszkodowanie z tytułu uszczerbku spowodowanego naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawnych z zakresu zamówień publicznych przysługuje wszystkim podmiotom, które miały interes w uzyskaniu zamówienia publicznego. Krąg podmiotów upoważnionych do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym określono w sposób szeroki, obejmując poza wykonawcą, który miał rzeczywistą szansę na uzyskanie zamówienia także innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Za: R. Szostak, *Odpowiedzialność organizatora...*, s. 56–57.

⁵⁹ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 35.

⁶⁰ R. Szostak, *Odpowiedzialność organizatora...*, s. 57.

ne (art. 255 pkt 6 p.z.p.). Także unieważnienie postępowania przetargowego z powodu nieuzyskania przez zamawiającego środków publicznych, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia (zastrzeżone w ogłoszeniu o zamówieniu albo w zaproszeniu do negocjacji), może prowadzić do omawianej odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 257). Chodzi przykładowo o przypadek, gdy zamawiający nie otrzymał środków finansowych ze względu na swoje nieprawidłowe działanie⁶¹. W myśl analizowanego przepisu, krąg podmiotów, wobec których odpowiedzialny jest zamawiający, jest szeroki. Nie ogranicza się on bowiem do zwycięskiego wykonawcy, lecz obejmuje także pozostałych uczestników postępowania przetargowego pod warunkiem, że ich oferty nie zostały odrzucone (art. 226 ust. 1 p.z.p.). W celu zaostreżenia odpowiedzialności zamawiającego jako organizatora postępowania przetargowego dochodzi do oderwania odpowiedzialności na gruncie art. 261 p.z.p. od zasady przyczynowości adekwatnej⁶². Wskazuje się, że analizowana „odpowiedzialność zamawiającego za unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne stanowi reżim szczególny, samodzielny, mający pierwszeństwo przed ogólnymi zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej”⁶³. Odmowa zamawiającego zaspokojenia roszczenia o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu może skutkować wstąpieniem na drogę sądową. Zwrot kosztów należy się wyłącznie wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a zatem nie obejmuje to przypadków unieważnienia postępowania, w ramach których nie doszło jeszcze do złożenia oferty (art. 256 p.z.p.). Ma to choćby miejsce, gdy w ramach hybrydowych trybów przetargowych z elementami negocjacji wystąpił brak wymaganej minimalnej liczby wykonawców, ofert wstępnych lub podlegających negocjacjom albo rozwiązań (art. 258 p.z.p.). Omawiane roszczenie o zwrot kosztów nie dotyczy także unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przypadku, gdy negocjacje nie doprowadzą do zawarcia umowy, niewykluczona jest natomiast odpowiedzialność zamawiającego lub wykonawcy na gruncie art. 72 § 2 k.c. (tzw. *culpa in contrahendo*)⁶⁴.

⁶¹ Ibidem; W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 36–37.

⁶² Zob. więcej: A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 210 i nast., W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 36; wyrok SA z 7 grudnia 2016 r., sygn. akt I ACa 2025/15, Lex nr 2179369 oraz R. Szostak, *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2011, nr 1, s. 121.

⁶³ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 36.

⁶⁴ Zagadnienie związane z *culpa in contrahendo* w ramach trybu zamówienia z wolnej ręki zostało jedynie zasygnalizowane. Kwestia ta wymaga szerszej analizy, która wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

Podsumowanie

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy. Jeżeli uporządkowany ciąg czynności przetargowych doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, a wybrany oferent zostanie należycie zawiadomiony w okresie związania ofertą, zarówno zamawiający, jak i zwycięski wykonawca zobowiązani są do zawarcia umowy. Jeżeli jedna ze stron uchyła się od tego obowiązku, druga strona ma prawo żądać zawarcia umowy finalnej. W przypadku wykonawcy nie budzi wątpliwości możliwość skierowania sprawy na drogę sądową. W odniesieniu do zamawiającego prawo to należy wykluczyć z uwagi na potrzebę szybkiego udzielenia zamówienia publicznego, prawdopodobne trudności w realizacji umowy z wykonawcą uchylającym się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a także z uwagi na wykładnię literalną obowiązujących przepisów prawnych, z których wynika, że zamawiający podejmuje czynności zmierzające do zwarcia umowy z kolejnym wykonawcą, którego oferta uzyska najwyższą ocenę albo unieważnia postępowanie przetargowe. Wątpliwości interpretacyjne powoduje też dopuszczenie przez przepisy prawa możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą. Dotyczą one charakteru prawnego zgody wykonawcy na wybór jego oferty, terminu związania tą ofertą, kwestii odszkodowawczych w przypadku uchylania się wykonawcy lub zamawiającego od zawarcia umowy. Uregulowanie to należy ocenić negatywnie.

Ważną rolę w przypadku uchylania się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne odgrywa wadium, stanowiąc zryczałtowane odszkodowanie, bez konieczności wdania się w postępowanie sądowe, a także ustalenia wysokości szkody. Należy podkreślić, że przepadek wadium na rzecz zamawiającego wyłącza dalszą odpowiedzialność majątkową wykonawcy. Alternatywą o charakterze rozłącznym dla zaspokojenia roszczenia z wadium jest żądanie odszkodowania w zakresie tzw. ujemnego interesu umownego. Szczególnie trudne jest dochodzenie odszkodowania przez zamawiającego, ponieważ szkody zaistniałe po jego stronie są niełatwe do uchwycenia i różnią się w zależności od konkretnego przypadku. Zwycięski wykonawca też może zrezygnować z dochodzenia zawarcia umowy o zamówienie publiczne i zaspokoić się żądaniem podwójnego wadium (jeżeli było wymagane) albo naprawieniem szkody przez uchylającego się zamawiającego. Odpowiedzialność odszkodowawczą względem wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty niepodlegające odrzuceniu, zamawiający ponosi też w przypadku unieważnienia postępowania przetargowego z przyczyn leżących po jego stronie. Jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, niezależna od przypisania winy zamawiającemu.

Wykaz literatury

- Dzierżanowski W., *Związanie ofertą a możliwość jej wyboru w przetargu publicznym*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 3, Legalis.
- Fuchs B., [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Gawrońska-Baran A., Dzierżanowski W., *Obowiązek zawarcia umowy finalnej – przegląd bieżących trudności interpretacyjnych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 4.
- Gawrońska-Baran A., *Odpowiedzialność odszkodowawcza w zamówieniach publicznych – de lege ferenda*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3.
- Gordon Z., *Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, referaty na IV Konferencję Naukową 20–21.06.2011 r., Kazimierz Dolny 2011.
- Gordon Z., *Konsekwencje poprzetargowego obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 1, Legalis.
- Grabarczyk M., *Związanie ofertą złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, Urząd Zamówień Publicznych, Wrocław 2015.
- Grabarczyk M., *O niektórych przesłankach odrzucenia oferty w świetle bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1.
- Karaszewski G., [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Lubiszewski M., *Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, nr 4.
- Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Michta M., *Termin związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2017, nr 5.
- Moras M., *Forma elektroniczna w zamówieniach publicznych na tle nowej regulacji prawnej*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 2, Legalis.
- Olejniczak A., Radwański Z. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 2, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Ostapa P., *Ujemny interes w umowie przedwstępnej*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 2, Legalis.
- Radwański Z., [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Wyd. Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2005.
- Szostak R., *Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10.
- Szostak R., *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom ubiegającym się o zamówienie publiczne*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2011, nr 1.
- Szostak R., *Umowy o zamówienie publiczne w zarysie*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018.

Szostak R., *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych*, [w:] M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2019.

Summary

Consequences of the evasion of the obligation to conclude a public procurement contract – selected issues

Keywords: public procurement law, public contracts, the validity of a tender, liability for damages, an economic operator, a contracting authority.

If a public procurement procedure results in the selection of the most favourable tender and the successful economic operator is duly notified, both the contracting authority and the economic operator shall then conclude the contract. Evasion of this obligation by any party can cause negative legal consequences. The paper aims to present selected issues related to the consequences of evasion of the post-tender obligation to conclude a public contract according to the new public procurement law. The economic operator may demand that the contract be entered with recourse to litigation. However, the economic operator may demand payment of double bid-bond or compensation for damages resulting from the negative effect of the contract not been concluded. If the economic operator evades concluding the contract, the contracting authority shall select another tender or cancel the public procurement procedure. It is important to demand a bid-bond by the contracting authority, which determines the amount of damage. The contracting authority can retain it. If there is no bid-bond, the contracting authority is entitled to demand compensation for damages.

Jerzy Nikolajew

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-1505-9710

jerzy-nikolajew@wp.pl

Dyskryminacja ze względu na bezwyznaniowość w pracy. Rozważania na kanwie orzeczeń sądowych zapadłych w sprawie dotyczącej G.J.

Wprowadzenie

Zakaz dyskryminacyjny to zasada obowiązująca wszędzie tam, gdzie re-spektuje się podmiotowe prawa człowieka. Tego typu zakaz został wprost sformułowany w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako EKPC lub Konwencja)¹, a także w unijnych dyrektywach zobowiązujących państwa – strony Konwencji do stosowania jednolitych w tym zakresie zasad². Sama dyskryminacja pracownicza to jedna z form nierównego traktowania ze względu na rozmaite kryteria. Jednym z nich może być bezwyznaniowość, rozumiana tu jako niereligijność, jej zaprzeczenie lub nieprzynależność do żadnej religii (tacy ludzie nie wierzą w sacrum, a swoje poglądy kształtują na podstawie źródeł pozareligijnych lub antyreligijnych i nie oznacza to wcale, że nie wierzą w siły nadprzyrodzone lub bóstwa)³.

¹ Europejska konwencja z dnia 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) wraz z protokołami uzupełniającymi. W oparciu o Konwencję funkcjonuje Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako ETPC).

² Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasady równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. UE L 180 z 2000 r., s. 22); dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE L 303 z 2000 r., s. 16) i dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE L 204 z 2006 r., s. 23).

³ Zob. R. Brożyniak, *O bezwyznaniowości*, „Res Humana” 2012, nr 2, s. 30–32.

Trzeba pamiętać, że także w polskiej ustawie zasadniczej⁴ i w Kodeksie pracy⁵ (dalej jako k.p.) szeroko rozumiany zakaz dyskryminacyjny został wyraźnie wyartykułowany (art. 32 Konstytucji RP i art. 112 k.p.). W ten sposób umożliwia się pełną realizację uprawnień podmiotowych bez konieczności uwzględniania jakichkolwiek przesłanek dotyczących chociażby wyznawania religii lub niewyznawania żadnej. Kazus G.J., nauczycielki matematyki z Krapkowic, to przykład roszczeń pracowniczych związanych z dyskryminacją (taki charakter miało żądanie powódki) ze względu na jej bezwyznaniowość. W praktyce sprawa G.J. obejmuje również kwestię ekspozycji symbolu religijnego w przestrzeni publicznej, gdyż powódka nie chciała zaakceptować obecności krzyża w pokoju nauczycielskim szkoły, w której była zatrudniona. Stąd też pozew pracowniczy i dotychczasowe już rozstrzygnięcia sądów w tej sprawie musiały objąć zagadnienia związane z realizacją wolności sumienia i wyznania, poprzez uzewnętrznianie jej w formie ekspozycji krzyża i to w przestrzeni publicznej. Nadto w tym miejscu należało odnieść się do problematyki wolności religijnej w sensie pozytywnym i negatywnym, a także wolności przekonań i światopoglądu, także nieakceptującego wartości religijnych. Dodatkowo jeszcze w tej sprawie pojawiły się wątki związane ze specyficznym środowiskiem – szkołą jako miejscem publicznym i symboliką religijną w tym miejscu. Sąd pracy (w Opolu i we Wrocławiu) miał także do rozstrzygnięcia zasadność roszczeń dyskryminowanego pracownika, mobbingu w miejscu pracy i karania dyscyplinarnego pracownika w związku z jego nieetycznym zachowaniem w miejscu pracy (dwukrotne zdjęcie krzyża ze ściany)⁶.

Trzeba jednak w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że sprawa G.J. została rozstrzygnięta ostatecznie. Wyrok Sądu Najwyższego po kasacji wniesionej przez Ministra Sprawiedliwości zakończył spór krapkowickiej nauczycielki ze swoją szkołą o to, czy była dyskryminowana ze względu na jej bezwyznaniowość. Niezależnie od tego, wciąż aktualna pozostała problematyka związana z obecnością lub nieobecnością symboli religijnych także w publicznej (nie tylko wyznaniowej) szkole. Za każdym razem należy jednak mieć na względzie to, że prawo manifestowania swoich przekonań religijnych i światopoglądu wynika z godności człowieka i tylko godnościowe traktowanie każdego i w każdym miejscu daje mu poczucie pełnej, niczym nieskrępowanej wolności⁷.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

⁵ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1040, 1043 i 1495).

⁶ M. Olszówka słusznie zauważył (i jest to istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań), że „nie tylko każdy przedmiot czy wizerunek będący symbolem religijnym (np. ikona, półksiężyc) jest formą manifestowania przekonań, lecz również brak takiego materialnego symbolu religijnego, szczególnie w kontekście jego usunięcia, świadczy na ogół o odwołaniu się do określonej postawy światopoglądowej (np. laicyzm, sekularyzm, indyferendyzm, agnostycyzm), także religijnej (np. ateizm, religia świadków Jehowy)”. Zob. M. Olszówka, *Interferencja zasad prawa wyznaniowego instytucjonalnego*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2010, t. 2, s. 82–83.

⁷ Zob. F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 133.

Kazus G.J. zasługuje za rozpropagowanie, gdyż łączy w sobie wiele wątków związanych z realizacją praw podmiotowych. Także sama powódka, aktywnie uczestnicząc w mediach, potem w życiu politycznym, zyskała rozgłos swojej osoby i lokalnego środowiska, z którego pochodzi. Dlatego też zdecydowano się na chociażby wstępną analizę stanu faktycznego i prawnego, a także rozstrzygnięć zapadłych w tej sprawie⁸.

Wybrane orzecznictwo dotyczące obecności krzyża w przestrzeni publicznej

Najczęściej komentowanym (także poza środowiskiem prawniczym) wyrokiem dotyczącym obecności krzyża w przestrzeni publicznej było orzeczenie w sprawie Lautsi przeciwko Włochom⁹. Z uzasadnienia tego wyroku można wyprowadzić wnioski głównie związane z tym, że także państwo świeckie może eksponować symbole religijne w swojej przestrzeni publicznej, nie powinno przy tym angażować się po stronie żadnego światopoglądu ani filozofii. Nadto uwzględniono, że krzyż jest symbolem nie tylko religijnym ale także historyczno-kulturowym. Wyrok ETPC w tej sprawie miał także reperkusje w Polsce, gdyż wkrótce po jego ogłoszeniu (wyrok Izby) uczniowie jednego z wrocławskich liceów zażądali od dyrektora szkoły, aby ten usunął wszystkie krzyże wiszące w szkole. Z kolei wcześniej, w latach 80. XX w., w Miętne koło Garwolina i we Włoszczowej trwały protesty uczniów szkół średnich w „obronie krzyża”¹⁰.

Kwestia obecności krzyża w pomieszczeniach szkolnych stała się także przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego, podczas gdy ten miał rozstrzygnąć o konstytucyjności nauczania religii w szkole. Trybunał w dwóch osobnych orzeczeniach podkreślił, że stosowne przepisy przewidują jedynie

⁸ G.J. obecnie już przebywa na emeryturze (podobnie jak ówczesny dyrektor szkoły). Natomiast warto też przywołać fakt, że w wyborach parlamentarnych w 2019 r. startowała z pozycji nr 8 w okręgu wyborczym nr 21 z listy „Lewica Razem”. Nie uzyskała mandatu poselskiego, gdyż głosowało na nią 898 wyborców (0,22% poparcia). Członkowie partii „Razem” wystąpili także w obronie G.J. po zapowiedzi Ministra Sprawiedliwości w sprawie złożenia przez niego skargi kasacyjnej. Jednak sprawa nauczycielki z Krapkowic, szeroko komentowana w mediach, przypominała także historię tego nadodrzańskiego miasta, związanego z obecnością zakonu templariuszy, z noclegiem Napoleona Bonaparte w jednej z kamienic w krapkowickim rynku, ze słynnymi zakładami papierniczymi czy współczesnymi iluminacjami świątecznymi wykonanymi przez jednego z mieszkańców miasta, pod którego dom od kilkunastu już lat przyjeżdża gawiedź nie tylko z Opolszczyzny – www.krapkowice.pl/3088/strona-glowna/html (data dostępu: 15.02.2020).

⁹ W powyższej sprawie zapadły dwa orzeczenia. Zob. wyrok ETPC z 3 listopada 2009 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom, skarga nr 30814/06 i wyrok ETPC z 18 marca 2011 r. w sprawie Lautsi przeciwko Włochom, skarga nr 30814/06.

¹⁰ Zob. J. Nikolajew, *Symbole religijne a świeckość państwa w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, [w:] A. Mezglewski, A. Tunia (red.), *Standardy bezstronności światopoglądowej władz publicznych*, Lublin 2013, s. 94–95.

możliwość, a nie obowiązek ekspozycji krzyża w placówkach szkolnych i normy te mają charakter konstytucyjny¹¹. Chodziło tu o par. 12 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r., w myśl którego „w pomieszczeniach szkolnych może być umieszczony krzyż. W szkole można także odmawiać modlitwę przed i po zajęciach. Odmawianie modlitwy w szkole powinno być wyrazem wspólnego dążenia uczniów oraz faktu i delikatności ze strony nauczycieli i wychowawców”. Mimo zmian tego rozporządzenia w 2017 r., konstrukcja tego konkretnego przepisu pozostawiona została w wersji uprzedniej¹².

Jednak sprawę G.J. należy traktować także w kategoriach pracowniczych, gdyż dotyczyła ona nauczycielki zatrudnionej w szkole, gdzie umieszczono symbole religijne. Podobnie w Sejmie RP (także traktowanym jako miejsce wykonywania pracy przez posłów) eksperci działający na zlecenie Biura Analiz Sejmowych przygotowali opinie, które w warstwie zasadniczej potwierdzały tezę związaną z akceptacją obecności symbolu religijnego w życiu publicznym. Mimo różnic, wszyscy eksperci zgodnie uznali, że krzyż to nie tylko symbol religijny, ale także znak tożsamości europejskiej, a jego obecność w sali sejmowych obrad nie narusza zasady bezstronności państwa w sprawach światopoglądowych. Przyjęto także, że zdjęcie krzyża nie wpłynie na wizerunek Sejmu jako organu bezstronnego światopoglądowo¹³.

W ograniczonym zakresie z kazusem dotyczącym G.J. można łączyć sprawę rozstrzygniętą przez Sąd Najwyższy 16 września 1990 r. Ta dotyczyła niewykonania polecenia służbowego usunięcia krzyża ze ściany publicznej przychodni, traktowanego potem jako naruszenie obowiązków pracowniczych i *in fine* rozwiązanie stosunku pracy. Już wówczas (okres końca ustroju PRL) Sąd Najwyższy uznał krzyż za symbolikę ogólnoludzką pozytywnie oddziałującą na wszystkich¹⁴.

Także inne sądy uznawały obecność krzyża jako elementu życia religijnego. Na przykład w sprawie z powództwa osoby fizycznej przeciwko gminie o ochronę dóbr osobistych sąd skonstatował, że „symbol krzyża w doświadczeniach Narodu Polskiego poza wymową religijną w istocie wszystkich wyznań chrześcijańskich a nie tylko jednego wpisał się do świadomości społecznej także jako symbol śmierci, bólu, cierpienia, poświęcenia, oddania czci wszyst-

¹¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 30 stycznia 1991 r., K 11/90 i orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 20 kwietnia 1993 r., U 12/92.

¹² Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych (Dz.U. z 1993 r., Nr 36, poz. 155) oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 7 czerwca 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych (Dz.U. z 2107 r., poz. 1147).

¹³ Takie opinie wyrazili R. Wieruszewski, L. Morawski, D. Dudek, P. Stanisławski i R. Piotrowski. Zob. *Ekspert: Krzyż może w Sejmie pozostać*, „Wiadomości KAI” 2011, nr 51–52, s. 7.

¹⁴ Wyrok Sąd Najwyższego z 16 września 1990 r., sygn. akt I PRN 38/90, Lex nr 13181.

kim, którzy walczyli i polegli za wolność i niepodległość w okresie walki narodowowyzwoleńczej w czasie rozbiorów i w okresie walki z najeźdźcą”¹⁵.

Podobnej argumentacji użył Sąd Okręgowy w Szczecinie, uzasadniając rację obecności krzyża w sali obrad Rady Miasta w Świnoujściu (w dawnych koszarach Armii Czerwonej stacjonującej w Polsce). Sąd słusznie podkreślił, że „oprócz strictly religijnego znaczenia krzyż chrześcijański symbolizuje ponad tysiącletni dorobek cywilizacyjny nie tylko Polski ale całego świata zachodniego”. W tej sprawie sąd II instancji podzielił stanowisko sądu niższej instancji i dodatkowo zauważył oczywistą zależność między ekspozycją krzyża w miejscu pracy urzędników magistratu z ich uzewnętrznianiem swojej religii¹⁶.

Także w innej sprawie uznano, że „pozostawianie krzyża w lokalu wyborczym, na który pomieszczenie udostępniła szkoła podstawowa nie może być odczytane jako dyskryminacja innych wyznań, ani uznawane za formę kampanii wyborczej lub sposób prowadzenia agitacji na rzecz kandydatów”. Jednocześnie sąd podkreślił, że obecność krzyża w lokalu wyborczym nie może być podstawą do skutecznego zakwestionowania ważności wyborów¹⁷.

Można stwierdzić, że linia orzecznicza polskich sądów powszechnych sprowadza się do tego, że ekspozycja krzyża w miejscach publicznych to nic innego jak forma uzewnętrzniania swojej religii lub światopoglądu gwarantowana konwencyjnie (art. 9 EKPC). Sama ekspozycja symboli religijnych w przestrzeni publicznej nie może być traktowana jako działanie szkodliwe w stosunku do osób realizujących tzw. negatywną wolność religijną. Natomiast zadaniem sądu w takich sprawach jest rozstrzyganie sporu oparte przede wszystkim na zasadzie proporcjonalności interesów stron¹⁸.

Dyskryminacja pracownika ze względu na jego bezwyznaniowość

Należy podkreślić, że w sprawie G.J. wykorzystano także przepisy prawa pracy i orzecznictwo dotyczące molestowania pracownika w miejscu pracy. Zgodnie z art. 18.3a par. 5 pkt 2 k.p., przez molestowanie rozumie się niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. Według Zbigniewa Górala stwierdzenie

¹⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 28 października 1998 r., sygn. akt I ACa 612/98.

¹⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 26 marca 2010 r., sygn. akt I C 28/10 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25 listopada 2010 r., sygn. akt I Ca 363/10, Lex nr 1135961.

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 lipca 2010 r., III SW 124/10, Lex nr 707759.

¹⁸ Zob. P. Sobczyk, *Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej i ochrona uczuć religijnych. Podstawowe gwarancje i orzecznictwo*, [w:] G. Blicharz, M. Delijewski (red.), *Wolność religijna. Perspektywa prawnoporównawcza*, Warszawa 2019, s. 39. Także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., sygn. akt I ACa 609/13.

molestowania powinno być dokonywane na podstawie obiektywnych kryteriów mierzonych miarą przeciętnego pracownika, a nie jedynie w oparciu o subiektywne odczucia pracownika, gdyż w przeciwnym razie wszystkie bez wyjątku zachowania pracodawcy mogłyby zostać zakwalifikowane jako molestujące¹⁹. Poza tym w przypadku molestowania pracowniczego chodzi o wywołanie skutku w postaci naruszenia godności osobistej, a co z tym wiąże się – dotyczy to naruszenia dóbr osobistych, o których mowa w art. 23 i 24 k.c. Jednocześnie należy zauważyć, że w k.p. brakuje definicji „godności pracownika”, chociaż zgodnie z art. 11.1 k.p. pracodawca jest zobowiązany szanować godność i inne osobiste prawa pracownika. Bez wątpienia chodzi w tym miejscu o gwarancje materialnoprawne wynikające z ochrony dóbr osobistych (Kodeks cywilny), a wobec braku takiej definicji ustawowej można wykorzystać pojęcie „dóbr osobistych osoby zatrudnionej” ukształtowanego w doktrynie prawa pracy, a także w judykatach sądów powszechnych (apelacyjnych). Wynika z nich, że takimi dobrami może być poczucie własnej wartości jako pracownika i uznanie ze strony pracodawcy. Natomiast do katalogu naruszeń godności pracownika można zakwalifikować zniewagi, dopuszczanie się czynów nieobyczajnych wobec pracownika, krzywdzącą ocenę efektów jego pracy i kwalifikacji, udzielanie nieprawdziwych opinii o pracowniku, bezzasadne wymierzanie mu kar dyscyplinarnych lub ujawnianie bez jego zgody informacji objętych ochroną danych osobowych. Poza tym zachowanie molestującego powinno wywoływać dyskomfort u molestowanego pracownika i odnosić się do konkretnej jego cechy, a w efekcie doprowadzić do poczucia skrępowania pracownika²⁰.

W przypadku G. J. należy również podjąć wątek związany z konfliktem między prawem do publicznego wyrażania swoich poglądów religijnych a tzw. wolnością od religii, czyli negatywnym prawem do wolności religijnej. Za każdym razem sąd powinien proporcjonalnie rozważyć przeciwstawne argumenty stron, jednak z orzecznictwa sądów powszechnych (przynajmniej wybranego) można wyprowadzić wnioski, że „udzielenie ochrony prawu do negatywnej wolności religijnej co do zasady nastąpi wówczas, gdy osoby niewierzące przedstawiają dowody doznania konkretnej szkody wyrządzonej na skutek realizacji prawa do publicznego uzewnętrzniania religii przez osoby wierzące”²¹.

¹⁹ Zob. Z. Góral, *O kodeksowym katalogu zasad prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 161.

²⁰ Zob. H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 221; J. Jończyk, *Zagadnienie ochrony dóbr osobistych w prawie pracy*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 5–6, s. 819; Z. Góral, M. Kuba, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2017, s. 81 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 marca 2013 r., sygn. akt III APa 51/12, Lex nr 1313276; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13 listopada 2014 r., sygn. akt APa 31/14, Lex nr 1566955; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 października 2016 r., sygn. akt III APa 43/15, Lex nr 2166524; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 7 grudnia 2016 r., sygn. akt III APa 27/16, Lex nr 21911592.

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2013 r., sygn. akt III ACa 608/13, Lex nr 1428254.

Poza tym bezwyznaniowość może być także traktowana jako wolność do niewyznawania żadnej religii i w tych kategoriach podlegać musi takiej samej ochronie jak prawo do wyrażania swoich przekonań i manifestowania konkretnej religii (art. 9 EKPC). Daje to gwarancję równego traktowania tak wierzących, jak i niewierzących w zakresie realizacji ich praw podmiotowych, także w przestrzeni publicznej. Dotyczy to również zakazu dyskryminacji osób bezwyznaniowych, którym zapewniono wolność od jakiegokolwiek religii i wyznania²².

Stan faktyczny w sprawie G.J.

Wiosną 2013 r. w pokoju nauczycielskim Zespołu Szkół Sportowych nr 1 im. Janusza Korczaka w Krapkowicach (woj. opolskie) przed zapowiedzianą wizytacją biskupią z inicjatywy księdza katechety zawieszono na ścianie krzyż. Przedtem większość nauczycieli zatrudnionych w tej szkole poparła w formie pisemnej taką inicjatywę. Podpisu na liście poparcia nie złożyła nauczycielka matematyki G.J., która dwukrotnie zdjęła krzyż ze ściany, tłumacząc to później tym, że „krzyż kojarzy mi się z okrucieństwem, cierpieniem, przemocą, śmiercią i cmentarzem. Najgorsze jest to, że gdy zdecydowałam się go zdjąć, to przez kilka miesięcy musiałam wysłuchiwać, że ja nie rozumiem znaczenia krzyża. Niektórzy mówili mi nawet, że jako osoba niewierząca nie mam żadnej moralności”. Po zdjęciu krzyża ze ściany G.J. położyła go na szafie. Po upływie kilku tygodni jedna z nauczycielek powiadomiła o fakcie zniknięcia krzyża dyrektor szkoły, która na 15 października 2013 r. zwołała posiedzenie Rady Pedagogicznej szkoły w sprawie zdjęcia krzyża w pokój nauczycielskim. W ogłoszeniu o zwołaniu posiedzenia dyrektor szkoły nie umieściła informacji o porządku obrad, ale już na początku spotkania poinformowała zebranych nauczycieli o tym, że zebrali się w sprawie wyjaśnienia okoliczności usunięcia krzyża ze ściany. W trakcie posiedzenia część nauczycieli krytycznie i jednocześnie bardzo emocjonalnie odniosła się do tego zdarzenia, a za osobę winną uznano G.J. Ta przyznała się do zdjęcia krzyża, a swoje zachowanie, poza argumentacją dotyczącą niewłaściwych skojarzeń, tłumaczyła chęcią przeprowadzenia w ten sposób „eksperyment socjologicznego” (takiego właśnie użyła określenia). W trakcie tego spotkania jedna z nauczycielek zasugerowała kradzież krzyża, a także to, że G.J. mogła być również sprawczynią innych kradzieży w tej samej szkole (chodziło o magnetofon i sprzęt sportowy). Wobec niej użyto też słów wulgarnych i obraźliwych, podczas biernej postawy dyrekcji szkoły. W listopadzie 2013 r. część nauczycieli

²² Zob. także K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 49.

zawnioskowała także o sprostowanie treści protokołu z posiedzenia i w tym samym zwróciła się do dyrektora szkoły wnioskiem o wszczęcie wobec G.J. postępowania dyscyplinarnego. Dyrektor szkoły uznała zasadność tych zarzutów i w konsekwencji wymierzyła karę upomnienia, a także zobowiązała ukaraną nauczycielkę do przestrzegania przepisów obowiązujących w szkole. G.J. odwołała się od wymierzonej kary, uzasadniając swój sprzeciw zarzutami o charakterze braków formalnych (w konsekwencji dyrektor szkoły uchyliła swoją decyzję). W lokalnej prasie (grudzień 2013 r.) ukazało się oświadczenie podpisane przez kilkudziesięciosobową grupę nauczycieli krapkowickiej szkoły potępiające zachowanie swojej koleżanki z pracy. W jego treści zawarto, że „nauczycielka samowolnie, bezprawnie, dwukrotnie zdjęła krzyż (zawieszony zgodnie z wolą znaczącej większości nauczycieli). Poza tym notorycznie i świadomie pomijała i pomija nadal zasady postępowania nauczycieli obowiązujące nauczycieli w szkole. Przedstawianie siebie jako osobę skrzywdzoną w tej sytuacji należy uznać za manipulację. Działania nauczycielki niszczą dobry wizerunek szkoły”²³.

Poza tym Rada Rodziców uczniów tej szkoły zadecydowała o przeprowadzeniu ankiet wśród rodziców uczniów szkoły i jednocześnie oczekiwała deklaracji w sprawie ich wyznania. Kuratorium oświatowe uznało takie działanie za bezprawne, tak samo jak i sporządzanie list poparcia lub sprzeciwu wobec działań dyrekcji szkoły w sprawie usunięcia krzyża. W tym samym czasie radni miejscy z Krapkowic, działając w dziewięciu komisjach przez okres około 3 miesięcy, zajmowali się kwestią ustalenia, czy doszło do zachowań dyskryminacyjnych w szkole. Ostatecznie członkowie Komisji Rewizyjnej Rady Miasta w Krapkowicach uznali, że „przeważająca część nauczycieli nie stwierdziła w zachowaniu dyrektora napiętnowania czy upokarzania skarżącej. Nauczyciele nie stwierdzili również, aby byli świadkami niepoprawnych zachowań dyrektora względem skarżącej”²⁴. Tego rodzaju wnioski końcowe zostały poddane krytyce G.J., która w krapkowickiej gazecie skomentowała to w ten sposób, że „wyjaśniali, czy dochodziło do dyskryminacji w szkole w sposób kuriozalny. Pytali pracowników szkoły, czy wiedzieli, by dyrektor szkoły dyskryminowała kogoś na tle religijnym. Pytania były zadawane na imiennych ankietach, więc było wiadomo, że zdecydowana większość nauczycielek nie będzie świadczyć przeciwko swojemu pracodawcy”²⁵.

²³ Zob. M. Adamski, *Sąd: nauczycielka dyskryminowana za zdjęcie krzyża – będzie kasacja prokuratury*, „Rzeczpospolita” z 6 czerwca 2017 r., s. 2.

²⁴ Zob. R. Dimitrow, *Sprawa krzyża w szkole w Krapkowicach. Prokuratura uważa, że nie było dyskryminacji nauczycielki*, „Polskatimes” z 29 listopada 2016 r., s. 11–12.

²⁵ Zob. idem, *Matematyka dopięła swego. Krzyż jednak zniknie ze szkoły*, „Gazeta Krakowska” z 12 października 2016 r., s. 3.

Stan prawny kazusu G.J.

W konsekwencji tych działań G.J. złożyła pozew przeciwko szkole. Domagała się w nim, na zasadzie art. 13.3d k.p., odszkodowania z tytułu naruszenia przez pracodawcę zakazu dyskryminacji w postaci molestowania ze względu na bezwyznaniowość (art. 18.3a par. 5 pkt 2 k.p.), a także zasądzenia na jej rzecz roszczeń wynikających z ochrony dóbr osobistych (art. 23 k.c. w zw. z art. 300 k.p.) oraz zamieszczenia oświadczenia o odpowiedniej treści w lokalnej prasie (tygodniku). Na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Opolu – V Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 15 września 2016 r. zasądzono od strony pozwanej Zespołu Szkół Sportowych Nr 1 w Krapkowicach na rzecz powódki G.J. kwotę 5000 zł tytułem odszkodowania wraz z odsetkami ustawowymi od 22 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz nakazano stronie pozwanej opublikowanie na pierwszej lub drugiej stronie wymienionego z tytułu tygodnika oświadczenia, że dyrekcja szkoły dopuściła się względem powódki działań dyskryminujących oraz naruszyła jej godność osobistą. Obydwie strony zaskarżyły to orzeczenie, a sąd odwoławczy utrzymał w mocy wyrok z pierwszej instancji (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 31 stycznia 2017 r.)²⁶.

Prokurator regionalny we Wrocławiu wniósł od tego wyroku skargę kasacyjną, którą uzasadnił na dwa sposoby. Po pierwsze: odniósł się do ustalenia, czy na gruncie art. 18.3a par. 5 pkt 2 k.p. w zw. z art. 18.3a par.1 i 2 k.p. pracodawca ponosi odpowiedzialność w sytuacji, gdy do niepożądanych zachowań względem pracownika dochodzi ze strony współpracowników, a pracodawca podejmuje działania zgodne z posiadanymi kompetencjami zmierzające do zażegnania konfliktu między współpracownikami. Uzasadniając konieczność przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, prokurator wskazał także na inną jej przesłankę związaną z tym, czy na gruncie przyjętych w Kodeksie pracy uregulowań „niepożądane zachowanie” należy traktować podjęcie przez pracodawcę w ramach posiadanych przez niego kompetencji działań zmierzających do zakończenia konfliktu wywołanego w zakładzie pracy przez celowe i prowokacyjne zachowanie pracownika oraz czy takie zachowania stanowią przejaw dyskryminacji w formie molestowania w rozumieniu wskazanych przepisów.

Po złożeniu skargi kasacyjnej Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, działając jako *amicus curiae*, wydała opinię w tej sprawie, która została opublikowana w formie elektronicznej 30 sierpnia 2017 r.²⁷ Według jej ekspertów (Marcin Olszówka i Karol Dyda) przedmiotowa skarga kasacyjna spełniła ustawowe przesłanki określone w art. 398.8. par.1 i 2 k.p.c. (wbrew pogładowi Polskiego Towarzystwa Antydyskryminacyjnego), gdyż – jak

²⁶ Sygn. akt III APa 33/16.

²⁷ www.ordoiuris.pl/religia-w-szkole/zdjecie-krzyza-w-szkole-w-krapkowicach-opinia-amicus-curiae-dla-sadu-najwyzszego (data dostępu: 14.02.2020).

słusznie zauważono – przedstawione zagadnienie prawne stanowi ważny problem z zakresu problematyki prawa pracy oraz ochrony praw człowieka, w szczególności wolności sumienia i religii. Poza tym – według ekspertów – rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w tej sprawie miało się „przyczynić do dalszego rozwoju polskiego prawa i standardów w zakresie ochrony wolności religii”. Prawnicy z *Ordo Iuris* także zasadnie skonstatowali, że „wolność sumienia i religii jest jednym z podstawowych praw człowieka, którego ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. Obejmuje ona wolność ekspresji religijnej, której jedną z form jest obecność krzyża w przestrzeni publicznej, w tym w budynkach publicznych. W niniejszej sprawie powódka swoim prowokacyjnym zachowaniem doprowadziła do ograniczenia w prawach innych osób. Rozstrzygnięcie sądu będące przedmiotem niniejszej kasacji sprowadza się przede wszystkim do uznania za niedopuszczalne ograniczenia wolności wyrażania swoich przekonań religijnych w życiu publicznym w drodze działań bezprawnych i noszących wyraźne znamiona prowokacji”. W tej samej opinii wyrokowi Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu zarzucono błędną interpretację pojęcia „molestowanie” na gruncie prawa pracy, przypisując dyrekcji szkoły intencję wywołania reakcji innych osób, podczas kiedy to powódka przeprowadziła prowokację polegającą na „eksperymentach socjologicznych”. Jednocześnie prawnicy Fundacji wyrazili pogląd związany z tym, że zachowanie strony pozwanej było wyrazem dopuszczalnej przez prawo i proporcjonalnej reakcji na bezprawne zachowanie powódki a sam „judykat wrocławski” może doprowadzić do dalszych działań dyskryminacyjnych osób wierzących, chcących wykonywać w sposób niezakłócony swoje prawa podmiotowe (publiczne wyznawanie wiary).

W lipcu 2017 r. Sąd Najwyższy zdecydował o przyjęciu skargi do rozpoznania przez Izbę Pracy i Ubezpieczeń Społecznych i w ramach tzw. przysądu uznano, że spełnia ona wymogi formalne. Ten sam sąd 6 listopada 2018 r. oddalił prokuratorską skargę kasacyjną i w tym samym dniu przedstawiciel zespołu prasowego Sądu Najwyższego w rozmowie z Polską Agencją Prasową poinformował, że „w wyniku rozpoznania sprawy Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że zachowanie pracodawcy, które wyrażało się w stworzeniu wobec pracownicy atmosfery wrogości, narażeniu na ataki i obrazę, a także próbę ostracyzmu ze strony innych pracowników, jak również uczniów szkoły, a ponadto brak przeciwdziałania takim atakom oraz w szczególności przez brak podjęcia jakiejkolwiek próby uspokojenia atmosfery i wygaszania emocji, w celu załagodzenia sytuacji, stanowiło przejaw dyskryminacji pracownika w formie molestowania ze względu na wyznawany przez niego światopogląd”. W tej samej wypowiedzi przedstawiciel zastrzegł jednak, że „przedmiotem sprawy nie była kwestia dopuszczalności powieszenia krzyża w pokoju nauczycielskim w szkole publicznej, ani kwestia prawa osób wierzących do manifestowania swojej religii. Uwaga Sądu Najwyższego skupiała się jedynie na

ocenie zachowania dyrektora pozwanej szkoły jako pracodawcy powódki oraz jej współpracowników w okolicznościach rozpoznawanej sprawy w świetle przepisów dotyczących dyskryminacji w zatrudnieniu”²⁸.

Natomiast w lutym 2020 r., działając na zasadzie art. 89 ustawy o Sądzie Najwyższym, Prokurator Generalny RP polecił wnieść skargę nadzwyczajną od tego orzeczenia²⁹. W uzasadnieniu do tej skargi znalazło się stwierdzenie, że „ze zgromadzonego w sprawie materiału nie wynika, że światopogląd powódki zatrudnionej w szkole od 13 lat, licząc od momentu incydentu z krzyżem, nie był kiedykolwiek przedmiotem zainteresowania innych nauczycieli. W związku z tym należy uznać, że konsekwencje, które powódka poniosła, były skutkiem jej samowolnego zachowania i naruszenia regulaminu obowiązującego w szkole”. Stąd też Prokurator Generalny wniósł o uchylenie wyroku w całości i orzeczenie przez Sąd Najwyższy co do istoty sprawy³⁰.

Postępowanie w sprawie G.J. znalazło swój epilog w Sądzie Najwyższym we wrześniu 2021 r. Izba Kontroli Nadzwyczajnej w siedmioosobowym składzie wydała postanowienie o odrzuceniu skargi nadzwyczajnej Prokuratora Generalnego RP, uznając że jego „zarzuty były już rozpatrywane przez Izbę Pracy Sądu Najwyższego, a skarga nadzwyczajna nie może zmierzać do wymuszenia kolejnej kontroli orzeczenia już wcześniej weryfikowanego przez Sąd Najwyższy”³¹.

Zakończenie

Kazus G.J. należy rozpatrywać wielopłaszczyznowo. Sama powódka złożyła pozew do sądu pracy, w którym domagała się przede wszystkim zasądzenia odszkodowania przewidzianego w stosownych przepisach prawa z tytułu naruszenia przez pozwanego zasady niedyskryminacji. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu uznał, że „subiektywne odczucia pracownika, że doszło do naruszenia godności pracownika nie mają doniosłości prawnej, dopóki nie znajdują obiektywnego”. Z takiego rozumowania sądu można wyprowadzić wniosek, że organ ten zachowanie dyskryminujące utożsamiał z naruszeniem god-

²⁸ Zob. R. Dimitrow, *Krzyż w szkole w Krapkowicach. Sprawa nie będzie ponownie waltkowana w sądzie*, „Nowa Trybuna Opolska” z 17 listopada 2018 r., s. 5.

²⁹ Sprawa będzie rozpatrywana przez Izbę Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. Zob. ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 825; z 2020 r., poz. 190).

³⁰ G.J. na łamach regionalnej prasy zapowiedziała, że w razie wydania niekorzystnego dla niej orzeczenia Sądu Najwyższego (sądu kasacyjnego) złoży skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. R. Dimitrow, *Grażyna Juszczyk 7 lat temu zdjęła krzyż w szkole w Krapkowicach. Dziś mówi: czuję się nękana przez własne państwo*, „Nowa Trybuna Opolska” z 13 lutego 2020 r., s. 2.

³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 września 2021 r., sygn. akt I NSNc 104/21, Lex nr 3228657.

ności pracownika, a swoje stanowisko w tej sprawie oparł na przepisach prawa międzynarodowego i na orzecznictwie strasburskim, do czego zresztą nawiązał w uzasadnieniu wyroku z 31 stycznia 2017 r.

Po wtóre, sądy w Opolu i we Wrocławiu słusznie doszły do przekonania, że spór między dyrekcją szkoły a nauczycielką nie dotyczył faktu obecności krzyża w pokoju nauczycielskim, ale następstw zachowania strony pozwanej po zdjęciu przez powódkę krzyża. Sąd odwoławczy zarzucił pozwanym, że mimo działania w ramach własnych uprawnień nie doprowadzili do postępowania mediacyjnego. Uznano też, że dyrekcja szkoły przyczyniła się do eskalacji konfliktu (zamiast go łagodzić) i że wymierzenie kary porządkowej miało charakter postępowania dyskryminacyjnego. Zresztą na dyskryminacyjny charakter tej sprawy zwracali uwagę przedstawiciele Fundacji Łyszczyńskiego i Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego. Z kolei prawnicy z „Ordo Iuris” podkreślili znaczenie realizacji wolności religijnej oraz to, że „błędne zastosowanie regulacji prawa pracy *de facto* prowadzi do dyskryminacji osób wierzących, które chcą w sposób niezakłócony wykonywać swoje prawa podmiotowe z zakresu publicznego wyznawania wiary”.

Słuszne wydaje się stanowisko zaprezentowane w opinii pochodzącej od „Ordo Iuris”, gdyż ekspozycja krzyża w miejscu publicznym (pokoju nauczycielskim publicznej szkoły) to w istocie egzemplifikacja prawa do uzewnętrzniania swoich przekonań religijnych poprzez symbole religijne. Obecność krzyża w tym miejscu nie miała charakteru bezprawnego (przepisy rozporządzenia zezwalały na taką ekspozycję), a nadto orzecznictwo ETPC potwierdziło możliwość wykorzystania przez państwa – strony Konwencji marginesu oceny i korzystania z pewnej uznaniowości w podejmowaniu kwestii społecznych zgodnych z interesem społecznym.

Symptomatyczna jest w tej sprawie opinia wypowiedziana przez katolickiego duchownego z diecezji opolskiej (na jej terenie funkcjonuje szkoła w Krapkowicach) zamieszczona w lokalnej prasie. Według niego „smutne jest to, że po latach walki z krzyżem w czasach komunizmu pojawiają się organizacje i osoby, które znów te walkę podejmują. Krzyż to przede wszystkim symbol miłości i dobra Boga. Jest ważny dla osób wierzących. W przypadku tej szkoły większość nauczycieli była za tym, żeby krzyż znajdował się w pokoju nauczycielskim. Szkoda, że pojedyncze jednostki nie chcą tego uszanować. Przykre jest w ogóle to, że krzyż stał się zarzewiem konfliktu”³². Ta wypowiedź była reakcją rzecznika opolskiej kurii diecezjalnej na wcześniejsze tłumaczenia G.J., że „krzyż kojarzy mi się z okrucieństwem, cierpieniem, przemocą śmiercią i cmentarzem”.

³² Zob. R. Dimitrow, *Krzyż znów zniknął ze ściany pokoju nauczycielskiego*, „Nowa Trybuna Opolska” z 3 października 2016 r., s. 6–7.

W sprawie dotyczącej G.J. warto podkreślenia jest także to, żeby *in fine* uzyskać efekt (przede wszystkim orzecznicy) w postaci zaspokojenia roszczeń powódki poprzez poszanowanie jej odrębności światopoglądowej przy jednoczesnym zapewnieniu tożsamości większości, czyli nauczycieli krapkowickiej szkoły. Bez wątpienia mogłoby to mieć charakter związku z tolerancyjnym zachowaniem akceptującym prawo do odmienności (np. bezwyznaniowości G.J.) i nietraktowaniem takiej osoby jako „gorszego gatunku”. W przypadku G.J. zabrakło także tego zachowania, które w doktrynie prawa wyznaniowego nazywane jest tolerancją negatywną lub „nieżyciową zamkniętością”, czyli cierpliwością dla odmienności powódki ze strony znoszących jej zachowania pozostałych nauczycieli³³.

Wykaz literatury

- Adamski M., *Sąd: nauczycielka dyskryminowana za zdjęcie krzyża – będzie kasacja prokuratury*, „Rzeczpospolita” z 6 czerwca 2017 r.
- Brożyniak R., *O bezwyznaniowości*, „Res Humana” 2012, nr 2.
- Dimitrow R., *Grażyna Juszczyk 7 lat temu zdjęła krzyż w szkole w Krapkowicach. Dziś mówi: czuję się nękana przez własne państwo*, „Nowa Trybuna Opolska” z 13 lutego 2020 r.
- Dimitrow R., *Krzyż w szkole w Krapkowicach. Sprawa nie będzie ponownie walczona w sądzie*, „Nowa Trybuna Opolska” z 17 listopada 2018 r.
- Dimitrow R., *Krzyż znów zniknął ze ściany pokoju nauczycielskiego*, „Nowa Trybuna Opolska” z 3 października 2016 r.
- Dimitrow R., *Sprawa krzyża w szkole w Krapkowicach. Prokuratura uważa, że nie było dyskryminacji nauczycielki*, „Polskatimes” z 29 listopada 2016 r.
- Eksperti: krzyż może w Sejmie pozostać*, „Wiadomości KAI” 2011, nr 51–52.
- Góral Z., *O kodeksowym katalogu zasad prawa pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Góral Z., Kuba M., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu pracowniczym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Jończyk J., *Zagadnienie ochrony dóbr osobistych w prawie pracy*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 5–6.
- Mazurek F.J., *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Wyd. KUL, Lublin 2001.
- Misztal H., *Idea wolności religijnej*, [w:] H. Misztal, P. Stanisław (red.), *Prawo wyznaniowe*, Wyd. KUL, Lublin 2003.
- Nikołajew J., *Symbole religijne a świeckość państwa w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Lautsi przeciwko Włochom*, [w:] A. Mezglewski, A. Tunia (red.), *Standardy bezstronności światopoglądowej władz publicznych*, Wyd. KUL, Lublin 2013.
- Olszówka M., *Interferencja zasad prawa wyznaniowego instytucjonalnego*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2010, t. 2.

³³ Zob. H. Misztal, *Idea wolności religijnej*, [w:] H. Misztal, P. Stanisław (red.), *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2003, s. 59–60.

- Sobczyk P., *Obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej i ochrona uczuć religijnych. Podstawowe gwarancje i orzecznictwo*, [w:] G. Blicharz, M. Delijewski (red.), *Wolność religijna. Perspektywa prawnoporównawcza*, Inst. Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2019.
- Szewczyk H., *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Warchałowski K., *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Tow. Nauk. KUL, Lublin 2004.

Summary

The discrimination on grounds of non-denominationalism at work. The considerations based on judgments handed down in a case concerning G.J.

Keywords: employee discrimination, the freedom of conscience, religion on belief, the religious symbols in public space.

The case study by G.J. concerns discrimination against a teacher who has twice removed the cross from the wall of the teacher's room. She explained her behaviour with negative associations with this religious symbol. She was disciplined by the school management, which she considered discriminating against her on grounds of non-denominationalism. She filed a claim for damages for harassment at the workplace and obtained a favourable decision. After the conclusion of the case, an extraordinary complaint was lodged with the Supreme Court with a request to set aside the judgment in its entirety and a ruling by the Supreme Court regarding the substance of the case.

In the above case, the subject of the resolution was not the issue of the cross display in public space, but discrimination of the employee based on his beliefs and worldview and exercising subjective rights.

Radosław Olszewski

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0001-8119-1635

rolszewski@wpia.uni.lodz.pl

Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego w procesie karnym

Cofnięcie aktu oskarżenia zostało wprowadzone do Kodeksu postępowania karnego (dalej jako k.p.k.) w ramach tzw. wielkiej reformy postępowania karnego, zakładającej rozwinięcie idei kontradyktoryjności postępowania karnego, która w istocie dotyczyła przede wszystkim jurysdykcyjnego stadium procesu. Instytucja ta, ujęta w art. 14 § 2 k.p.k.¹ w postaci obowiązującej od 1 lipca 2015 r., zastąpiła odstąpienie oskarżyciela publicznego od oskarżenia, co jednak nie było wiążące dla sądu. Nowe rozwiązanie wyłączające sąd wzmocniło – w porównaniu z obowiązującą wcześniej regulacją – pozycję prokuratora występującego w charakterze oskarżyciela publicznego. W tekście zostaną przedstawione poglądy dotyczące tej konstrukcji prawnej oraz wyrażona opinia na temat jej znaczenia dla procesowej sytuacji oskarżonego, pokrzywdzonego i prokuratora. Zostanie również dokonana jej krytyczna ocena w świetle rozwiązań przyjętych w k.p.k. i ustawie o prokuraturze.

Postępowanie karne w stadium jurysdykcyjnym może być prowadzone na podstawie skargi uprawnionego oskarżyciela. Statuujący to art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. stanowi tzw. względną przesłankę procesową, co oznacza, wobec umorzenia postępowania karnego na tej podstawie, niedopuszczalność ponownego procedowania o ten sam czyn przeciwko temu samemu oskarżonemu jedynie przy niezmienionym układzie procesowym. Gdy sytuacja zmienia się i wobec tej samej osoby zostanie wniesiona skarga uprawnionego oskarżyciela, postępowanie staje się dopuszczalne². Przepis ten powinien być odczytywany łącznie z art. 14 k.p.k., określającym zasadę skargowości i reguły rządzące różnymi układami procesowymi, które mogą pojawić w związku z jej

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 534 ze zm.).

² Zob. np. A. Sakowicz, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 121–122 i wskazana tam literatura.

uksztaltowaniem. Jego konstrukcja uległa zasadniczej zmianie w 2015 r. w związku z wejściem w życie wielkiej nowelizacji z 27 września 2013 r.³ W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że kontradiktoryjność zakłada, większą niż w przyjętym pierwotnie stanie prawnym, „swobodę stron w zakresie podejmowania decyzji o zakresie ich uczestniczenia w procesie (co dotyczy innych stron niż oskarżyciel) oraz w szerszym zakresie dysponowanie przedmiotem procesu (co dotyczy oskarżyciela). Z tego powodu konieczne okazało się zaproponowanie nowego brzmienia proj. art. 14 § 2 k.p.k. i ukonstytuowanie możliwości cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej (a więc nie będzie już dopuszczalne po uchyleniu wyroku i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania). Takie cofnięcie aktu oskarżenia będzie czymś zupełnie innym niż przewidziane obecnie w art. 14 § 2 k.p.k. odstąpienie od oskarżenia. Cofnięcie aktu oskarżenia oznaczało będzie konieczność umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., z uwagi na brak skargi uprawnionego oskarżyciela”⁴.

Pozostawiając wówczas niezmienny art. 14 § 1, w § 2 przyjęto zatem rozwiązanie, zgodnie z którym oskarżyciel publiczny może cofnąć akt oskarżenia do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej⁵. Do chwili wejścia w życie tej nowelizacji funkcjonowała regulacja zakładająca odstąpienie od oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, co jednak nie było wiążące dla sądu. W literaturze formułowano wobec tego rozwiązania różne sposoby interpretacji, przyjmując m.in., że był to wyjątek od zasady skargowości albo uznawano je za sprzeczne z tą zasadą, uznając wręcz za przejaw inkwizycyjności⁶. Konstrukcja ta korespondowała z art. 32 ust. 2 obowiązującej wówczas ustawy o prokuraturze⁷, zakładającej takie odstąpienie w sytuacji, gdy wyniki postępowania sądowego nie potwierdzały zarzutów oskarżenia. Obecnie wskazuje się, że obowiązujące od 1 lipca 2015 r. rozwiązanie stanowi

³ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247) oraz ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 870. Zob. też np. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 670.

⁵ Aczkolwiek ustawodawca odwrócił skutki reformy ustawą z 11 marca 2016 r. – ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437), która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r., to w zakresie art. 14 § 2 k.p.k. pozostawił konstrukcję przyjętą nowelizacją wrześniową, zob. np. A. Sakowicz, [w:] A. Sakowicz (red.), op. cit., s. 96.

⁶ Poglądy te zostały przedstawione i omówione przez E. Kruk, *Skarga oskarżycielska jako przejaw realizacji prawa do oskarżania uprawnionego oskarżyciela w polskim procesie karnym*, Lublin 2016, s. 248–253.

⁷ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 ze zm.).

wzmocnienie zasady skargowości, jako że z chwilą wniesienia aktu oskarżenia oskarżyciel publiczny nie traci całkowitego władztwa nad skargą. Z drugiej strony decyzja o cofnięciu została pozostawiona uznaniu oskarżyciela publicznego, wobec czego nie podlega ona kontroli sądu. W związku z powyższym wprowadzenie tej konstrukcji może też być postrzegane jako wyjątek od zasady legalizmu na rzecz oportunistu⁸. Złożenie oświadczenia woli o cofnięciu aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie podlega kontroli sądu z punktu widzenia przesłanek tej decyzji, jako że ustawodawca nie przewidział okoliczności warunkujących jego złożenie. Odrębne ujęcie tych kwestii w ustawie o prokuraturze nie wpływa na możliwość dokonywania ustaleń przez sąd w przedmiocie zasadności lub bezzasadności cofnięcia aktu oskarżenia, gdyż wskazany akt prawny nie może uzupełniać kodeksowych przesłanek materialnych⁹.

Nowa formuła art. 14 § 2 k.p.k. tworzy szczególną sytuację dla oskarżonego, zwłaszcza w perspektywie realizacji jego prawa do obrony, ale także dla pokrzywdzonego jako uczestnika mogącego wpływać na przebieg jurysdykcyjnego stadium procesu karnego. Sąd Najwyższy wskazuje przy tym, odnosząc się do poglądu wyrażonego w literaturze, „że samo oświadczenie prokuratora o cofnięciu aktu oskarżenia, z uwagi na unormowania dotyczące możliwości działania oskarżycieli posiłkowych oraz pokrzywdzonego, nie powoduje automatycznie powstania negatywnej przesłanki procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela, a stanowi jedynie zrzeczenie się jego prawa do oskarżania”¹⁰. Cofnięcie aktu oskarżenia przed rozpoczęciem przewodu sądowego jest niezależne od oskarżonego, co oznacza, że w konsekwencji jego wydania sąd postanawia o umorzeniu postępowania. W toku przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji cofnięcie aktu oskarżenia dopuszczalne jest natomiast jedynie za zgodą oskarżonego. Konstrukcja art. 14 § 2 k.p.k. w zakresie konsekwencji jej stosowania podobna jest zatem do przyjętej już od początku obowiązywania Kodeksu postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r. możliwości odstąpienia od oskarżenia przez oskarżyciela prywatnego. Przepis art. 496 § 1 i 2 k.p.k. zakłada bowiem, że autonomiczne odstąpienie dopusz-

⁸ Zob. np. M. Błoński i B. Najman, *Umorzenie postępowania wskutek cofnięcia aktu oskarżenia*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, nr 94, s. 38; D. Świecki, *Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela w postępowaniu karnym skarbowym*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa 2017, s. 461–462; J. Zagrodnik, [w:] J. Zagrodnik (red.), *Proces karny*, Warszawa 2019, s. 232–233 i literatura wskazana w tych publikacjach.

⁹ M. Kurowski, *Rezygnacja z oskarżania w toku postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019, s. 59 i wskazana tam literatura.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 9 lipca 2020 r., sygn. akt IV KK 259/20, Lex nr 3153466. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przytoczył stanowisko przedstawione przez M. Kurowskiego, op. cit., 58–59.

czalne jest przed rozpoczęciem przewodu sądowego, natomiast później już tylko za zgodą oskarżonego¹¹.

Ponowne wniesienie aktu oskarżenia przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn jest niedopuszczalne¹². Należy ponadto wskazać, że uprawnienie oskarżyciela publicznego wygasa po zamknięciu przewodu sądowego, który to stan może ulec swoistemu odnowieniu w wypadku wznowienia przewodu sądowego na podstawie art. 409 k.p.k. W takiej sytuacji skuteczność cofnięcia aktu oskarżenia uzależniona jest, na zasadach ogólnych, od udzielenia zgody przez oskarżonego¹³. Ewa Kruk wskazuje, że ujęty w art. 14 § 2 zd. trzecie k.p.k. zakaz ponownego wniesienia aktu oskarżenia przeciwko temu samemu oskarżonemu o ten sam czyn objęty cofniętym aktem oskarżenia należy traktować jako przejaw nieodwoływalności oświadczenia oskarżyciela publicznego o cofnięciu aktu oskarżenia. Autorka wskazuje przy tym, że regulację tę należy postrzegać w ten sposób, że nieodwoływalność pojawia się w istocie jako wynik postanowienia o umorzeniu postępowania, wydanego na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., co interpretuje jako możliwość odwołania oświadczenia o cofnięciu do czasu wydania tego postanowienia¹⁴. Należy zwrócić przy tym uwagę na to, że w sytuacji, o której mowa w art. 14 § 2 k.p.k., gdy oskarżony sprzeciwia się cofnięciu aktu oskarżenia, postępowanie co prawda jest kontynuowane, ale nie może ono wówczas zostać uznane za w pełni kontradyktoryjne. Wynika to z faktu, że oskarżyciel publiczny pozostaje w procesie, choć jego rola nie została ustalona na płaszczyźnie normatywnej. Za właściwy należy uznać pogląd, że pozostaje on wówczas w tej roli, a nie działa jako rzecznik interesu społecznego¹⁵.

Stanisław Waltoś i Piotr Hofmański wskazują, że cofnięcie aktu oskarżenia powoduje konieczność umorzenia postępowania ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela, dochodzi zatem wówczas do stanu równego powadze rzeczy osądzonej, ma więc miejsce reguła *ne bis in idem*. Zdaniem autorów stanowi to swoisty ewenement legislacyjny, gdyż oskarżyciel publiczny ma całkowitą dowolność w podejmowaniu decyzji o cofnięciu aktu oskarżenia i nie musi się z tego nikomu, poza przełożonymi, tłumaczyć, a ponadto

¹¹ Zob. np. R. Olszewski, *Z problematyki zasady skargowości i unormowań dotyczących funkcjonowania prokuratury*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska (red.), *Istota i zasady procesu karnego. 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, Warszawa 2020, s. 281.

¹² Zob. np. D. Gruszecka, [w:] J. Skorupka, D. Gruszecka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka, *Proces karny*, Warszawa 2018, s. 151.

¹³ Zob. np. D. Świecki, op. cit., s. 464; E. Kruk, op. cit., s. 255–256.

¹⁴ E. Kruk, op. cit., s. 262.

¹⁵ M. Kurowski, *Wpływ zmian w zakresie prawa dysponowania skargą przez oskarżyciela publicznego na wybrane zasady procesowe*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska (red.), op. cit., s. 206.

cofnięcie jest nieodwoływalne, wobec czego jego błędne dokonanie nie podlega żadnym korekturom¹⁶.

Konstrukcja występująca obecnie w art. 14 § 2 k.p.k. pozwala oskarżonemu na realny wpływ na rozstrzygnięcia w przedmiocie procesu i realizowanie prawa do obrony¹⁷. Brak jego akceptacji umorzenia postępowania sądowego w wypadku cofnięcia skargi już po rozpoczęciu przewodu sądowego może być bowiem motywowany chęcią doprowadzenia do wydania wyroku uniewinniającego¹⁸. Oczywiście wiąże się to z ryzykiem co do treści przyszłego rozstrzygnięcia, ale za prawidłowe należy uznać rozwiązanie przyjęte w tym zakresie przez ustawodawcę, że ocena i gotowość do podjęcia tego ryzyka powinna należeć do oskarżonego. Za niewłaściwe należałoby uznać taki sposób procedowania, który automatycznie prowadziłby do umorzenia postępowania w następstwie decyzji procesowej oskarżyciela publicznego, wydanej na podstawie art. 14 § 2 k.p.k. Oskarżony ma bowiem prawo do wyroku uniewinniającego, co należy traktować, również w omawianym aspekcie, jako istotny element prawa do obrony. Można tu sięgnąć również po argument odwołujący się do rzetelności procesu w ujęciu proceduralnym, rozumianej jako tworzenie uczestnikowi warunków do dbałości o swoją sytuację procesową i podejmowanie działań dotyczących przedmiotu procesu. W kontekście interesów oskarżonego należy ponadto zwrócić uwagę na to, że wyrok umarzający ma zupełnie inne znaczenie społeczne niż uniewinniający. Oczywiście orzeczenie uniewinniające nie zawsze spełnia wymogi zasady prawdy materialnej, jako że ze względu na obowiązywanie zasad domniemania niewinności i *in dubio pro reo* może on być wydany również wówczas, gdy nie uda się obalić domniemania niewinności. Widoczne jest to wyraźnie w treści art. 425 § 2 zd. trzecie k.p.k., przyjmującego dopuszczalność zaskarżania samego uzasadnienia orzeczenia. Patrząc zatem z pozycji oskarżonego, legitymowanie się wyrokiem uniewinniającym będzie miało inny społeczny charakter, niż będące skutkiem cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia postanowienie o umorzeniu postępowania, którego treść w ogóle nie odnosi się do przedmiotu procesu karnego i ma charakter formalny.

Warto w tym miejscu wskazać, że w ustawie regulującej działanie prokuratury nie określono podstaw cofania skargi¹⁹. Obowiązujące aktualnie prawo

¹⁶ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 307.

¹⁷ M. Błoński i B. Najman wskazują na dopuszczalność wyrażenia przez oskarżonego zgody w formie pisemnej, a ponadto zasadnie podkreślają, że zgody nie może wyrazić, zamiast oskarżonego, obrońca, który może natomiast przekazać oświadczenie podpisane przez oskarżonego, wyrażające stanowisko odnośnie do cofnięcia aktu oskarżenia – M. Błoński, B. Najman, op. cit., s. 40.

¹⁸ Zob. np. J. Skorupka, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 63.

¹⁹ Podobnie jak w czasie obowiązywania ustawy o prokuraturze z 1985 r., M. Błoński i B. Najman wskazywali wówczas – i należy uznać te uwagi za nadal aktualne – że zabezpieczeniem przed dowolnymi decyzjami prokuratora o cofnięciu skargi jest ewentualna odpowiedzialność

o prokuraturze²⁰ przyjmuje w art. 64 § 2, że w razie gdy wyniki postępowania sądowego nie potwierdzają zarzutów oskarżenia, prokurator może cofnąć akt oskarżenia, informując o tym prokuratora bezpośrednio przełożonego. Ustawodawca pozostawił więc oskarżycielowi publicznemu swobodę, nie wskazując nawet przykładowo, jakie okoliczności powinny stać się podstawą jego decyzji²¹. Należy tu ponadto zwrócić uwagę na niespójność art. 64 § 2 k.p.k. z art. 14 § 2 k.p.k. w odniesieniu do możliwości cofnięcia aktu oskarżenia, bez zgody oskarżonego, przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie, a zatem w sytuacji, gdy trudno ocenić wyniki postępowania sądowego, jako że jeszcze nie rozpoczęło się postępowanie dowodowe²². Wątpliwości potęguje dodatkowo fakt, że po kilku latach od rozłączenia w 2009 r. funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości, w 2016 r. nastąpiło ponowne ich połączenie²³. W takim układzie, gdy na czele prokuratury stoi polityk, szczególnie istotne jest, żeby działania podejmowane przez podległych mu prokuratorów nie miały charakteru kończącego postępowanie i pozwalały oskarżonemu na decydowanie o ewentualnym kontynuowaniu postępowania, które ma zostać zakończone wydaniem merytorycznego wyroku. Są to okoliczności, które również należy mieć na uwadze w perspektywie wpływu decyzji oskarżyciela publicznego na sytuację oskarżonego, zarówno w ujęciu normatywnym, w aspekcie naczelných zasad procesowych, jak i konkretnym, odnoszącym się do interesów oskarżonego. Założenia, kształt i konsekwencje wprowadzenia naczelných zasad procesowych mają, rzecz jasna, uniwersalny i modelowy charakter, jednak ich realizacja *in concreto* musi być postrzegana przez pryzmat zmieniającej się rzeczywistości normatywnej i sytuacji faktycznej w sprawie.

Innym aspektem regulacji zakładającej dopuszczalność cofnięcia przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia jest wpływ tej czynności na interesy pokrzywdzonego, zarówno występującego do tego momentu jako quasi-strona, jak i oskarżyciel posiłkowy. Rozwiązanie przyjęte w art. 54 § 2 zd. pierwsze k.p.k. zakłada, że cofnięcie nie pozbawia uprawnień tego uczestnika postępowania²⁴. Już w ramach prac Komisji Kodyfikacyjnej przygotowującej

dyscyplinarna, a nawet karna, na podstawie art. 231 k.k., a także, że decyzja ta może być oceniana przez przełożonych przez pryzmat sprawności procesowej prokuratora w danej sprawie (choć w art. 32 ust. 2 ówczesnej ustawy nie był ujęty obowiązek poinformowania bezpośrednio przełożonego o cofnięciu skargi, uwaga R.O.) – M. Błoński, B. Najman, [w:] op. cit., s. 39.

²⁰ Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 66 ze zm.).

²¹ Zob. np. A. Sakowicz, [w:] A. Sakowicz (red.), op. cit., s. 95–96. Przesłanek decyzji prokuratora nie ma również w Kodeksie postępowania karnego, na co zwraca uwagę C. Kulesza, *Zasada skargowości*, [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karnego*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 3, cz. 1, Warszawa 2014, s. 622.

²² A. Herzog, *Bezstronność prokuratora – uwagi na marginesie artykułu K. Zgryzka*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 69–70.

²³ Zob. szerzej R. Olszewski, op. cit., s. 282–284.

²⁴ Zob. np. H. Paluszkiwicz, [w:] K. Dudka, H. Paluszkiwicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2021, s. 171–172; P. Wiliński (red.), *Polski proces karny*, Warszawa 2020, s. 124.

projekt zmian obowiązujących od 1 lipca 2015 r. zauważono, że „nowe ujęcie art. 14 § 2 k.p.k. wymaga zabezpieczenia interesów oskarżyciela posiłkowego, który nie powinien być pozbawiany swoich uprawnień z tego powodu, że oskarżyciel publiczny cofa akt oskarżenia”²⁵. Zgodnie zatem z przyjętą wówczas koncepcją pokrzywdzony, który uprzednio nie korzystał z uprawnień oskarżyciela posiłkowego, może w terminie 14 dni od powiadomienia go o cofnięciu przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia oświadczyć, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy. Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie rodzi więc stanu braku skargi oskarżyciela publicznego, o ile w sprawie występuje oskarżyciel posiłkowy uboczny, względnie pokrzywdzony bądź osoba uprawniona do wykonywania jego praw złoży odpowiednie oświadczenie we wskazanym terminie²⁶. Forma oświadczenia pokrzywdzonego nie jest określona w Kodeksie, zatem może on uczynić to ustnie do protokołu, jak i pisemnie²⁷. Dopiero bezskuteczny upływ tego terminu stanowi podstawę do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Związaną sądu i konieczność umorzenia postępowania ustaje w sytuacji występowania w sprawie oskarżyciela posiłkowego ubocznego. Natomiast pokrzywdzony, który dotychczas nie złożył oświadczenia o wstąpieniu w prawa oskarżyciela posiłkowego ubocznego, ma prawo do złożenia oświadczenia o przystąpieniu do postępowania w takim charakterze w terminie 14 dni od powiadomienia go o cofnięciu skargi przez oskarżyciela publicznego. W literaturze wypowiedane są różne stanowiska odnośnie do tej regulacji. Krytycznie wskazuje się m.in. na to, że „rozwiązanie to razi sztucznością”, jako że w istocie oznacza ono, że poprzez udział oskarżyciela posiłkowego następuje zakwestionowanie aktu unicestwienia skargi zasadniczej przez oskarżyciela publicznego w związku z jej cofnięciem, ponieważ tylko tak można racjonalnie uzasadnić dopuszczalność kontynuowania postępowania na podstawie czynności oskarżyciela posiłkowego pomimo dokonania wskazanej czynności przez oskarżyciela publicznego. Postuluje się w związku z tym wprowadzenie warunku braku sprzeciwu pokrzywdzonego (oskarżyciela posiłkowego) wobec cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, jednocześnie wskazując, że najlepszym rozwiązaniem byłoby przywrócenie instytucji odstąpienia od oskarżenia, które nie wiązałyby sądu²⁸.

Regulacja dotycząca uprawnień pokrzywdzonego rodzi również pytanie o sposób postępowania w sytuacji, w której sąd na podstawie art. 56 § 1 k.p.k.

²⁵ Uzasadnienie rządowego projektu...

²⁶ Zob. np. K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2018, s. 179.

²⁷ Zob. np. K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, [w:] A. Sakowicz (red.), op. cit., s. 244 i wskazana tam literatura.

²⁸ J. Zagrodnik, [w:] J. Zagrodnik, (red.), op. cit., s. 233–234. Zob. też M. Kurowski, *Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego a prawo pokrzywdzonego do sądu*, [w:] C. Kulesza, A. Sakowicz (red.), *Ewolucja polskiego wymiaru sprawiedliwości w latach 2013–2018 w świetle standardów rzetelnego procesu*, Białystok 2019, s. 651.

wydał wcześniej postanowienie o ograniczeniu liczby oskarżycieli posiłkowych występujących w sprawie, jeżeli jest to konieczne do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Michał Kurowski, sięgając po wykładnię funkcjonalną i systemową, dowodzi, że w przepisie art. 54 § 2 k.p.k. nie ma mowy o ograniczeniu oskarżyciela posiłkowego w kontekście brania przez niego udziału w postępowaniu (zwłaszcza że zachowuje on status oskarżyciela posiłkowego ubocznego), jak ma to miejsce w art. 56 § 1 k.p.k. Dochodzi w związku z tym do wniosku, że art. 54 § 2 zd. pierwsze k.p.k. znajduje zastosowanie nawet wobec wcześniejszego uznania przez sąd, że określony podmiot nie może brać udziału w postępowaniu. Uprawnienie to jest tym bardziej zasadne, że pokrzywdzony, który w ogóle nie wstąpił w prawa oskarżyciela posiłkowego ubocznego, teraz może to uczynić na podstawie art. 54 § 2 zd. pierwsze k.p.k., co w istocie dawałoby mu większe uprawnienia w stosunku do osoby, która wcześniej już wykazała aktywność procesową w tej sferze. Autor wskazuje także, że w takim przypadku sąd powinien uchylić swoją wcześniejszą decyzję w celu umożliwienia dostępu do procesu tak oskarżycielom posiłkowym ubocznym, których udział został ograniczony na podstawie art. 56 § 1 k.p.k., jak i pokrzywdzonym pozostającym poza postępowaniem karnym²⁹. Oczywiście taki problem nie istnieje w sytuacji, w której oskarżyciel posiłkowy uboczny w ogóle nie został objęty zakresem postanowienia wydanego na podstawie art. 56 § 1 k.p.k.

Inny układ procesowy dotyczy natomiast pokrzywdzonego, który pierwotnie uzyskał status oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, a następnie do postępowania wkroczył prokurator działający na podstawie art. 55 § 4 k.p.k., stając się oskarżycielem publicznym. Wówczas to on może cofnąć akt oskarżenia na podstawie art. 14 § 2 k.p.k., co jednak, mimo pewnych pozytywnych cech, M. Kurowski ocenia negatywnie, wskazując, że prowadzi to do sytuacji, w której oświadczenie woli odwoływane jest przez inny pomiot niż ten, który je złożył, a po drugie, wobec braku zgody pokrzywdzonego lub oskarżonego, prokurator jest zobowiązany do uczestniczenia w dalszym postępowaniu³⁰. Słusznie zatem podnosi się w literaturze, że wstąpienie do postępowania karnego na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. osłabia pozycję pokrzywdzonego, bowiem prokurator może to uczynić w celu cofnięcia skargi³¹.

²⁹ M. Kurowski, *Cofnięcie aktu...*, s. 649. Autor słusznie podkreśla przy tym, że oskarżyciel posiłkowy uboczny, wobec którego sąd zastosował art. 56 § 1 k.p.k. pozostaje oskarżycielem posiłkowym, chociaż nie mogącym działać w postępowaniu (s. 648).

³⁰ Ibidem, s. 651. Za pozytywne aspekty tego rozwiązania autor uznaje to, że z legislacyjnego i funkcjonalnego punktu widzenia zasadne jest wskazanie kręgu adresatów normy poprzez odwołanie się do faktycznego skierowania oskarżenia, a po drugie zabezpieczenie interesów pokrzywdzonego w sytuacji powstania znacznych kosztów, po czym prokurator chciałby zrezygnować z udziału w takim postępowaniu.

³¹ Zob. np. H. Paluszkievicz, [w:] K. Dudka, H. Paluszkievicz, op. cit., s. 96.

Podsumowanie

Podjęta tu problematyka, dotycząca rozwiązań uregulowanych w stosunkowo niewielkim i niewystarczającym zakresie, rodzi istotne wątpliwości interpretacyjne, związane z realizacją naczelných zasad procesowych, przede wszystkim skargowości, legalizmu, kontradiktoryjności i prawa do obrony, mając wpływ na procesowe interesy oskarżonego i pokrzywdzonego, a także pozycję prokuratora. Sposób rozstrzygnięcia tych wątpliwości wiąże się z gwarancyjną sferą postępowania karnego odnośnie do pozycji, celów i możliwości ich osiągania przez tych uczestników procesu. Choć cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego jest oceniane przede wszystkim przez pryzmat zasady skargowości i legalizmu, to należy podkreślić jej znaczenie także dla zasady prawa do obrony, widoczne w powierzeniu oskarżonemu decyzji w kwestii dalszego procedowania po rozpoczęciu przewodu sądowego. To rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, jako realizujące założenia tej naczelnej zasady procesowej w ujęciu materialnym. Natomiast w odniesieniu do pozycji pokrzywdzonego to, jak wskazano w związku z treścią art. 55 § 4 k.p.k. widoczne jest osłabienie pozycji tego uczestnika postępowania poprzez dopuszczalność cofnięcia skargi przez inny podmiot niż ten, który zainicjował postępowanie, co należy ocenić krytycznie w perspektywie zasad skargowości i kontradiktoryjności.

To, co generalnie stanowić jednak musi podstawę negatywnej oceny normatywnego ukształtowania cofnięcia aktu oskarżenia, to brak kryteriów sięgania przez oskarżyciela publicznego po tę instytucję procesową. Nie ma ich w Kodeksie postępowania karnego, a trudno też uznać za wystarczające rozwiązanie przyjęte w art. 64 § 2 ustawy o prokuraturze, które zasadniczo, jak wskazano, tożsame jest z obowiązującym w poprzedniej ustawie. Kwestie te w perspektywie rzetelnego procesu karnego powinny być uregulowane w wyraźny sposób, ograniczający uznaniowość oskarżyciela publicznego. Za zasadne należy więc uznać wprowadzenie takich kryteriów do Kodeksu, co uzasadnione byłoby ponadto tym, że w procesie karnym mogą występować także pozaprokuratorscy oskarżyciele publiczni, czerpiący swoje umocowanie do działania z ustaw szczególnych oraz rozporządzenia³². Wprowadzenie warunków dopuszczalności cofnięcia aktu oskarżenia byłoby przejawem transparentności działań oskarżycieli publicznych. Sposób procedowania w sferze cofania przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia, a także uwzględnianie inte-

³² Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1275 ze zm.); ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1683 ze zm.); ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1119); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2015 r. w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 522).

resów oskarżonego i pokrzywdzonego powinny być postrzegane w perspektywie rzetelności procesu karnego. Obecnie szczególne znaczenie w omawianej perspektywie mają motyw i sposób działania oskarżycieli publicznych, przede wszystkim prokuratorów, ich pragmatyka służbowa i w konsekwencji procesowa, jako determinująca podejmowane decyzje i realizowane czynności.

Aktualna konstrukcja art. 14 § 2 k.p.k. jest przejawem wzmocnienia pozycji prokuratora. O ile było to zrozumiałe w przyjętym w 2013 r. kontradyktoryjnym modelu postępowania sądowego, to brak już takiego uzasadnienia wobec przywrócenia w 2016 r. modelu kontradyktoryjno-inkwizycyjnego. Należy wskazać przy tym na stopniowe, widoczne w zupełnie innej już teraz rzeczywistości społecznej i normatywnej, wzmacnianie pozycji procesowej tego uczestnika procesu. Przykładem tego w ostatnim czasie może być choćby rozszerzenie jego uprawnień w odniesieniu do poręczenia majątkowego czy listu żelaznego, przyjęte ustawą z 20 kwietnia 2021 r.³³ W szerszej, kilkuletniej perspektywie tendencję tę należy ocenić negatywnie, jako naruszającą proporcje pomiędzy uprawnieniami uczestników postępowania karnego realizującymi funkcje procesowe w ramach trójczłonowego stosunku procesowego.

Wykaz literatury

- Błoński M., Najman B., *Umorzenie postępowania wskutek cofnięcia aktu oskarżenia*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2014, nr 94.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, PWN, Warszawa 1984.
- Dudka K. (red.), *Kodeks postępowania karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Dudka K., Paluszkiwicz H., *Postępowanie karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Gruszecka D., Kremens K., Nowicki K., Skorupka J., *Proces karny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Herzog A., *Bezstronność prokuratora – uwagi na marginesie artykułu K. Zgryzka*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11.
- Koper R., Marszał K., Zagrodnik J., Zgryzek K., *Proces karny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kulesza C., *Zasada skargowości*, [w:] P. Wiliński (red.), *Zasady procesu karnego*, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 3, cz. 1, Warszawa 2014.
- Kruk E., *Skarga oskarżycielska jako przejaw realizacji prawa do oskarżania uprawnionego oskarżyciela w polskim procesie karnym*, Wyd. UMCS, Lublin 2016.

³³ Art. 266 § 1a, art. 281 § 2, art. 282 § 3 k.p.k. ustawy z dnia 20 kwietnia 2021 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 1023). Ustawa weszła w życie 22 czerwca 2021 r.

- Kurowski M., *Rezygnacja z oskarżania w toku postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kurowski M., *Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego a prawo pokrzywdzonego do sądu*, [w:] C. Kulesza, A. Sakowicz (red.), *Ewolucja polskiego wymiaru sprawiedliwości w latach 2013–2018 w świetle standardów rzetelnego procesu*, Temida2, Białystok 2019.
- Kurowski M., *Wpływ zmian w zakresie prawa dysponowania skargą przez oskarżyciela publicznego na wybrane zasady procesowe*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska (red.), *Istota i zasady procesu karnego. 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Olszewski R., *Z problematyki zasady skargowości i unormowań dotyczących funkcjonowania prokuratury*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska (red.), *Istota i zasady procesu karnego. 25 lat później. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Murzynowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Sakowicz A. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Świecki D., *Cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela w postępowaniu karnym skarbowym*, [w:] T. Grzegorzczuk, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Wiliński P. (red.), *Polski proces karny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

Summary

The withdrawal of the indictment by the public prosecutor in criminal proceedings

Keywords: criminal proceedings, public prosecutor, indictment, the withdrawal of the indictment, accused, victim.

The subject matter of the article is the problem of the withdrawal of indictment by the public prosecutor in criminal proceedings. These solutions were outlined in the statute of 27 September 2013 and have been in force since 1 July 2015. The article discusses the grounds, conditions, and time limits for taking such a procedural decision. A critical issue of this decision is procedural consequences for the accused and the victim. The resolution of doubts about the interpretation entails the guarantee sphere of criminal proceedings concerning the position, aims and possibilities of attaining them by the parties to the proceedings. The procedural method in the sphere of withdrawal of

indictment by the public prosecutor and taking into consideration the interests of the accused and victim should be viewed through the prism of fairness of the criminal procedure. These issues are related to the implementation of the fundamental procedural principles, first all actionability, adversarialism, legality and the right to defence.

Paweł Polaczuk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-9753-3852

p.polaczuk@gmail.com

Głośnie dzwony kościelne jako szkodliwe oddziaływanie na środowisko w niemieckim porządku prawnym. Kilka uwag

Wstęp

W niniejszym artykule odniesiono się do zagadnienia ochrony przed hałasem emitowanym przez dzwony kościelne, wykorzystane w celach liturgicznych w niemieckim porządku prawnym¹. Przeanalizowano uwarunkowania prawne, w jakich w orzecznictwie sądów administracyjnych ukształtowały się kryteria oceny dopuszczalności immisji dźwiękowych tego rodzaju oraz praktyka ich stosowania, bez uszczerbku dla wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu². Wspomniane uwarunkowania mają nader złożony charakter.

¹ Rozstrzygnięcia sądowoadministracyjne w sporach o przekroczenie norm hałasu emitowanego przez dzwony kościelne są dziś przedmiotem szczególnego zainteresowania dogmatyki prawa konstytucyjnego, administracyjnego oraz tzw. kościelnego prawa państwowego. Przywołuje się je także w sporach o oddziaływanie dźwiękowe na środowisko, których źródłem są urządzenia nagłaśniające instalowane na meczetach. Wielu autorów nawiązuje do wspomnianych wyroków sądowych w swoich analizach podstaw prawnych roszczeń właścicieli nieruchomości sąsiadujących z meczetem, związanych z emisją hałasu oraz w analizach uwarunkowań prawnokonstytucyjnych sporów wokół budowy meczetów z minaretami, na których instaluje się urządzenia nagłaśniające; zob. szerzej P. Polaczuk, *Wezwanie muzułmanów na modlitwę a ochrona przed immisjami sąsiedzkimi w Republice Federalnej Niemiec. Kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46, s. 355–371.

² Spory wokół emisji hałasu z tego źródła rozstrzygają przede wszystkim sądy administracyjne krajów związkowych. Dopuszczalność drogi sądowoadministracyjnej w sprawach dotyczących emisji hałasu przeciwko kościołom i związkom wyznaniowym, którym nadano status podmiotów prawa publicznego na podstawie art. 137 ust. 5 zd. 1 Konstytucji weimarskiej w zw. z art. 140 Ustawy Zasadniczej RFN wynika z § 40 ust. 1 zd. 1 ustawy z 21 stycznia 1960 r. Ordynacja sądowoadministracyjna, niem. *Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991* (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist; na oznaczenie tego aktu używa się skrótowca VwGO, <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/BjNR000170960.html> (data dostępu: 4.02.2021); szerzej: wyrok

Wynikają ze sposobu ukształtowania w Ustawie Zasadniczej kompetencji ustawodawczych federacji w dziedzinie zwalczania hałasu, charakteru norm prawnych, określających wartości graniczne hałasu wydanych na podstawie ustawy z dnia 15 marca 1974 r. o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko (dalej jako ustawa o ochronie przed immisjami)³ oraz z postanowień Ustawy Zasadniczej, wysławiających gwarancje wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu. Odniesiono się do wspomnianych warunkowań celem wyjaśnienia złożoności oceny dopuszczalności hałasu emitowanego przez dzwony kościelne używane w celach liturgicznych oraz szczególnej rangi tych wolności w rozstrzygnięciach dotyczących oddziaływań na środowisko. Wspomniane ramy prawne pozwalają rozstrzygnąć spory o dopuszczalność immisji, których źródłem są dzwony kościelne wykorzystywane dla celów liturgicznych, w oparciu o wypracowane w orzecznictwie kryteria oceny. Kryteria te obejmują społeczną adekwatność, tradycję oraz powszechną akceptację. Z analizy wielu wyroków sądów administracyjnych w sprawach o szkodliwe oddziaływania dźwiękowe na środowisko, których źródłem są dzwony kościelne używane do celów liturgicznych, wynika, że ukształtowane kryteria oceny dopuszczalności immisji dźwiękowych pozwalają ważyć kolidujące z sobą dobra chronione prawem (ochrona przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko i wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu) bez uszczerbku dla tych wolności.

Federalnego Trybunału Administracyjnego z 7 października 1983 r., sygn. akt 7 C 44.81, BVerwGE 68, 62, <https://www.jurion.de/urteile/bverwg/1983-10-07/bverwg-7-c-4481/> (data dostępu: 4.02.2021); zob. także: F. Knopp, W.-R. Schenke, R.P. Schenke (red.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. Auflage, München 2013, s. 123–214. Należy dodać, że sąsiadom przysługuje także droga cywilna – powództwo, którego podstawą jest § 1004 BGB w przypadku właścicieli i § 862 ust. 1 BGB w przypadku legitymowanych ze stosunku najmu; zob. P. Bassenge, J. Ellenberger, Ch. Grüneberg, K.Thorn, G. Brudermüller, I. Götz, H.Sprau, W. Weidenkaff, D. Weidlich (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 75. Neubearbeitete Auflage, München 2016, s. 1501–1502, 1546–1552, 1610–1615.

³ Ustawa z dnia 15 marca 1974 r. o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko (niem. Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG); pełna nazwa: Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. April 2019 (BGBl. I S. 432) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/bimschg/BJNR007210974.html> (data dostępu: 19.02.2021). Na jej oznaczenie autor posługuje się także określeniem ustawa o ochronie przed immisjami.

Uwarunkowania prawne rozstrzygnięć w sprawach o immisję dźwiękowe, których źródłem są dzwony kościelne

Nie od rzeczy będzie przypomnienie, że kwestie ochrony przed hałasem są przedmiotem tzw. konkurencyjnych kompetencji ustawodawczych. Art. 74 ust. 1 niemieckiej Ustawy Zasadniczej stanowi bowiem, że ustawodawstwo konkurencyjne obejmuje m.in. gospodarkę odpadami, zanieczyszczenie powietrza oraz zwalczanie hałasu⁴. W obszarach zastrzeżonych dla prawodawstwa konkurencyjnego ustawy mogą stanowić: i federacja, i kraje związkowe, z tym zastrzeżeniem, że kraje związkowe mogą czynić użytek z kompetencji prawodawczych zgodnie z art. 72 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, który stanowi, że

⁴ J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Bundesstaat, dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2008, s. 570–575. W doktrynie podkreśla się, że w 42. Ustawie o zmianie Ustawy Zasadniczej z 1994 r. ustrojodawca odszedł od kryterium oceny potrzeby prawodawstwa federalnego (niem. Prüfung des Bedürfnisses) i zastąpił je kryterium konieczności regulacji na poziomie federalnym (niem. Prüfung der Erforderlichkeit) oraz że 52. Ustawa o zmianie Ustawy Zasadniczej nie przewiduje badania kryterium konieczności we wszystkich przypadkach prawodawstwa konkurencyjnego. Ogranicza je bowiem do obszarów wskazanych w art. 72 ust. 2 („W dziedzinach określonych w art. 74 ust. 1 punkty 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 i 26 Federacja posiada uprawnienia ustawodawcze, jeżeli i o ile ustanowienie jednakowych warunków życia na terytorium Federacji oraz zachowanie jednolici prawa i gospodarki stanowi interes całego państwa i wymaga regulacji w drodze ustawodawstwa federalnego”). Obszary regulacji niewymienione w cytowanym przepisie – jak zauważa się w doktrynie – nie są objęte wymogiem z art. 72 ust. 2. W przypadku tych kompetencji konkurencyjnych (nazywanych „Kernkompetenzen”) nie dokonuje się oceny prawodawstwa federacyjnego według wspomnianego kryterium, jak w przypadku dziedzin określonych w art. 74 ust. 1 punkty 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 i 26 (niem. Bedarfskompetenzen). Tym samym kompetencje konkurencyjne należy podzielić się na te, z którymi federacja może uczynić użytek bez oceny, zgodnie z kryterium konieczności, oraz na kompetencje konkurencyjne, z których federacja może uczynić użytek tylko wtedy, gdy ocena z punktu widzenia kryterium konieczności wypadnie pozytywnie. Zgodnie z art. 72 ust. 4 Ustawy Zasadniczej, ustawa federalna może określić, że regulacje prawne w formie ustawy federalnej, w odniesieniu do których nie istnieje już konieczność regulacji na poziomie federalnym w myśl art. 72 ust. 2, mogą być zastąpione prawem krajowym. O ile zatem odpadnie konieczność stanowienia prawa przez federację, prawo ustanowić może prawodawca krajowy. Zauważa się przy tym, że warunkiem aktywności prawodawcy krajowego jest odnośna ustawa federalna.

W doktrynie wyodrębnia się jeszcze trzecią kategorię ustawodawstwa konkurencyjnego, którą określa się w doktrynie mianem Abweichungsgesetzgebung. Została ona przewidziana w art. 72 ust. 3 Ustawy Zasadniczej. Dotyczy przypadku, gdy władze federalne skorzystały ze swojej kompetencji do stanowienia prawa. Wówczas kraje związkowe mogą na mocy ustawy przyjąć odmienne regulacje prawne w określonych dziedzinach. W doktrynie wskazuje się na przykłady takich regulacji; dotyczy to np. łowiectwa, ale poza przepisami dotyczącymi wydawania kart łowieckich, ochrony przyrody i pielęgnacji krajobrazu z zastrzeżeniem podstawowych zasad ochrony przyrody, gatunków lub przyrody morskiej, przepisów dotyczących warunków przyjmowania na wyższe studia i rodzajów dyplomów ukończenia studiów. Ustawy federalne odnoszące się do tych dziedzin wchodzi w życie najwcześniej sześć miesięcy od momentu ich ogłoszenia, o ile za zgodą Bundesratu nie postanowiono inaczej. W odniesieniu do dziedzin, o których mowa w art. 72 ust. 3, pierwszeństwo ma każdorazowo ustawa późniejsza.

„w zakresie ustawodawstwa konkurencyjnego kraje związkowe są uprawnione do wydawania ustaw, dopóki i na ile Federacja w drodze ustawy nie skorzysta ze swoich uprawnień ustawodawczych”⁵. Ustawodawca związkowy uczynił użytek z kompetencji ustawodawczej w sprawach zachowania czystości powietrza i zwalczania hałasu uchwalając ustawę o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko z 1974 r.⁶ Należy zauważyć, że kompetencje konkurencyjne z art. 74 ust. 1 pkt 24 niemieckiej Ustawy Zasadniczej nie obejmują ochrony przed hałasem, którego źródłem są zachowania społeczne (tzw. hałasem społeczny)⁷. Chodzi tu o immisje dźwiękowe pochodzące z obiektów sportowych oraz innych, które służą zaspokajaniu potrzeb w sferze sportu i rekreacji oraz obiektów wykorzystywanych na cele społeczne⁸. W doktrynie zauważa się, że regulacje prawne dotyczące hałasu pochodzącego z tychże obiektów, podobnie jak i schronisk, domów dziecka, placów zabaw, placów przeznaczonych do uprawiania sportu, teatrów oraz miejsc organizacji widowisk i koncertów, hoteli i pensjonatów, lokali i ogródków piwnych jako miejsc o znaczeniu lokalnym, stały się – od reformy federacyjnej – przedmiotem wyłącznych kompetencji ustawodawczych krajów związkowych. Wyodrębnienie kategorii hałasu spowodowanego przez ludzi dokonuje się poprzez typizację zachowań człowieka powodujących hałas oraz ocenę czynników tworzących tło skupisk ludzi wraz z urządzeniami czy instalacjami bądź obiektami przeznaczonymi do obsługi ludzi⁹. Należy także odnotować utrwalony w doktrynie pogląd, że zwalczanie hałasu, o którym mowa w art. 74 ust.1 pkt 24 Ustawy

⁵ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r. (niem. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949); pełna nazwa: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (data dostępu: 12.02.2021); brzmienie art. 72 Ustawy Zasadniczej dostępne na: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_72.html#:~:text=Grundgesetz%20f%C3%BCr%20die%20Bundesrepublik%20Deutschland,durch%20Gesetz%20Gebrauch%20gemacht%20hat (data dostępu: 12.02.2021).

⁶ Ustawa z dnia 15 marca 1974 r. o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko (niem. Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG); pełna nazwa: Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. April 2019 (BGBl. I S. 432) geändert worden ist, <https://www.gesetze-im-internet.de/bimsg/BJNR007210974.html> (data dostępu: 19.02.2021).

⁷ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r.; tekst art. 74 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec dostępny na: [https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_74.html#:~:text=das%20Recht%20der%20Wirtschaft%20\(Bergbau,12](https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_74.html#:~:text=das%20Recht%20der%20Wirtschaft%20(Bergbau,12) (data dostępu: 12.02.2021); zgodnie z art. 74 ust.1 pkt 24, „Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: (...) Die Abfallwirtschaft, die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung (ohne Schutz vor verhaltensbezogenem Lärm)”.

⁸ H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Köln 2014, s. 1874–1875.

⁹ Ibidem.

Zasadniczej, obejmuje zarówno zwalczanie źródeł hałasu, jak i tzw. ochronę pasywną, skierowaną przeciwko immisjom dźwięku. Instrumentem ochrony pasywnej pozostają zwykle ustalane wartości graniczne hałasu¹⁰.

Zarysowany układ kompetencji nie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcia w przedmiocie instrumentów ochrony przed immisjami. Kompetencje w zakresie doboru odpowiedniego środka zwalczania hałasu zachowuje federacja, która uczyniła użytek z normy kompetencyjnej wysłowionej w art. 74 ust. 1 pkt 24 Ustawy Zasadniczej. Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku 79, 174¹¹ przyjął, że z uwagi na swobodę ustawodawcy federalnego w tym zakresie nie sposób przyjąć, jakoby ustalenie wartości granicznych immisji dźwiękowych było konstytucyjnie nakazane. Innymi słowy, ustawodawca federalny ma swobodę w określaniu wartości tych immisji¹² oraz może określać wartości graniczne hałasu także w formie wytycznych, które stanowią tylko wartości orientacyjne, których przekroczenie będzie uznane za szkodliwe oddziaływanie na środowisko. Tak też uchwalona na podstawie § 48 i 66 ust. 2 ustawy instrukcja techniczna, dotycząca ochrony przed hałasem (tzw. Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm, dalej jako TA- Lärm lub instrukcja techniczna¹³), wysławia wytyczne i nie wyznacza ścisłych granic, a ledwie wartości orientacyjne poziomu hałasu mierzonego w decybelach, który prawodawca określił dla wielu rodzajów terenu oraz zróżnicował zależnie od źródeł

¹⁰ J. Isensee, P. Kirchhof (red.), op. cit., s. 573–575.

¹¹ H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), op. cit., s. 1874; tekst wyroku: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079174.html> (data dostępu: 19.02.2021).

¹² J. Isensee, P. Kirchhof (red.), op. cit., s. 573–575. Normy wysławiające kompetencje ustawodawcze określają nie tylko który ustawodawca został wyposażony w kompetencje do stanowienia ustaw, lecz określają także materię, której ustawa miałaby dotyczyć. Ani federacja, ani kraje związkowe nie mogą zrezygnować z przyznanych im kompetencji ustawodawczych, ani też porozumiewać się w sprawie zmiany ustawodawcy, któremu owe kompetencje przysługują zgodnie z Ustawą Zasadniczą. Podkreśla się przy tym, że przepisy Ustawy Zasadniczej nie mają li tylko charakteru „technicznego”. Odpowiadają one podziałowi funkcji państwa w państwie zorganizowanym na zasadach federacji (między federację a kraje związkowe). Normy kompetencyjne określają – jak wspomniano – nie tylko ustawodawcę, którego wyposażono w kompetencje do stanowienia ustaw, lecz także materię tych regulacji. Powiada się przy tym, że normy kompetencyjne są także źródłem rozstrzygnięć ustawodawczych o zasadniczym znaczeniu w tym znaczeniu, że sposób ich ukształtowania stanowi jednocześnie rozstrzygnięcie o znaczeniu fundamentalnym dla danej dziedziny spraw. Tak na przykład normy kompetencyjne Ustawy Zasadniczej, dotyczące obronności państwa, stanowią rozstrzygnięcie co do jej kształtu i sposobu organizacji. Podkreśla się przy tym, że wymienione w Ustawie Zasadniczej dziedziny nie wykluczają się, co oznacza, że ta sama materia może być ujęta w wielu dziedzinach i rodzajach ustawodawstwa. Tak też jeśli Ustawa Zasadnicza przewiduje kompetencje ustawodawczą związku, to ustawodawca krajowy może być wyłączony z procesu prawodawczego w różnym stopniu (odpowiednio do rodzaju kompetencji ustawodawczej).

¹³ Techniczna instrukcja dla celów ochrony przez hałasem z 26 sierpnia 1998 r. (niem. Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26. August 1998), GMBI Nr. 26/1998 S. 503, https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_26081998_IG19980826.htm (data dostępu: 12.02.2021).

hałasu w odniesieniu do jednej doby w podziale na porę nocną i dzienną. Dlatego ocena, czy emisja hałasu może powodować zagrożenia bądź stanowić znaczne obciążenie dla ogółu bądź sąsiedztwa (przedmiot ochrony w rozumieniu § 3 ustawy), wymagała wypracowania w orzecznictwie kryteriów oceny oddziaływania na środowisko¹⁴. W przypadku ocen dopuszczalności immisji dźwiękowych emitowanych przez dzwony kościelne należało mieć na względzie także postanowienia Ustawy Zasadniczej i wysłowione w niej gwarancje wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu, które stały się nader istotnym elementem rozumowań sądów administracyjnych¹⁵. Powstało przy tym pytanie, czy w świetle Ustawy Zasadniczej dopuszczalne są w ogóle ustawowe wolności religii, wyznania, sumienia, religii i światopoglądu. Oto bowiem, zgodnie z art. 4 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, który wysławia gwarancję niezakłóconych praktyk religijnych, wolność wyznania, sumienia, religii i światopoglądu, są nienaruszalne¹⁶. Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze wyłoniła się wątpliwość, czy gwarancja z art. 4 Ustawy Zasadniczej ma charakter absolutny (niedopuszczalne są ograniczenia tej wolności), czy też dopuszczalność takowych ograniczeń można wywodzić z postanowień Konstytucji weimarskiej inkorporowanych na podstawie art. 140 Ustawy Zasadniczej¹⁷. Zwolen-

¹⁴ Zob. P. Polaczuk, op. cit., s. 364 i nast.

¹⁵ W istocie problem dotyczył kolizji kompetencji ustawodawczych i praw podstawowych. W niemieckiej doktrynie problem relacji między prawami podstawowymi a kompetencjami do stanowienia prawa rozstrzyga się przyjmując, że wymóg ochrony wolności gwarantowanych Ustawą Zasadniczą może uzasadniać aktywność ustawodawcy, o ile wspomniana aktywność ustawodawcy znajduje oparcie w Ustawie Zasadniczej. Z drugiej strony zauważa się, że prawa podstawowe nie mogą być kształtowane przez ustawodawstwo.

¹⁶ Art. 4 ust. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. stanowi, że wolność wyznania, sumienia i swoboda przekonań religijnych i światopoglądowych są nienaruszalne (niem. Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich). Art. 4 ust. 2 dotyczy natomiast praktyk religijnych i wysławia gwarancję niezakłóconego praktykowania religii i głosi, że zapewnia się swobodę praktyk religijnych (niem. Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet), <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (data dostępu: 12.02.2021). Tłumaczenie na język polski Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80205000.pdf> (data dostępu: 19.02.2021). Wydawcą polskiej wersji językowej Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec jest niemiecki Bundestag.

¹⁷ Zob. szerzej np. komentarz do art. 140 Ustawy Zasadniczej: A. Frhr. von Campenhausen, [w:] H. von Mangoldt, F. Klein (red.), *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar. Dritte vollständig neubearbeitete Auflage, Artikel 136 bis 146*, Vahlen München 1991, s. 77–300; zob. także J. Isensee, P. Kirchhof (red.), op. cit., s. 573–575. Ustawa Zasadnicza przewiduje kompetencje prawodawcze federacji w zakresie ustawodawstwa dotyczącego regulacji o charakterze fundamentalnym, zasadniczym (niem. Grundsatzgesetzgebung). Po wejściu w życie 52. Ustawy o zmianie Ustawy Zasadniczej przedmiotowe kompetencje federacji dotyczą tylko zasad prawa budżetowego (art. 109 ust. 3 Ustawy Zasadniczej) oraz – co istotne – kościelnego prawa państwowego (art. 140 Ustawy Zasadniczej w związku z art. 138 ust. 1 zd. 1 WRV).

W drodze wykładni określa się natomiast, jak mają się do siebie poszczególne materie regulacji. Wynik wykładni wpływa przeto na podział kompetencji między federacją a krajami związkowymi. Innymi słowy, pytanie o kompetencje danego ustawodawcy rozstrzyga przedmiot regulacji (przedmiot ustawy).

nicy poglądu o niedopuszczalności ograniczeń wolności objętych gwarancjami z art. 4 Ustawy Zasadniczej wskazują w tym kontekście m.in. na art. 136 ust. 1 Konstytucji weimarskiej, który stanowi, że prawa i obowiązki cywilne i obywatelskie nie są uwarunkowane ani ograniczone z powodu korzystania z wolności wyznania¹⁸. Przeciwnicy tego poglądu zwracają natomiast uwagę na art. 137 ust. 3 Konstytucji weimarskiej, który stanowi, że każda wspólnota wyznaniowa reguluje i zarządza swoimi sprawami samodzielnie w ramach obowiązujących powszechnie ustaw¹⁹. Powyższe uzasadnia pogląd, zgodnie z którym ustrojodawca poddał gwarancje wolności religii, wyznania i sumienia i światopoglądu ograniczeniom przewidzianym w art. 137 ust. 3 Konstytucji weimarskiej (powszechnie obowiązujące ustawy). W świetle argumentów zwolenników poglądu o dopuszczalności ograniczania wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu, ustawa o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko czy też BGB stanowią, zgodne z Ustawą Zasadniczą, źródła ograniczeń wspomnianych wolności. Innymi słowy, ustawa o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko czy też BGB stanowią konstytucyjne źródła ograniczeń wolności wyznania, sumienia i światopoglądu, ponieważ są to powszechnie obowiązujące ustawy przewidujące ograniczenia tych wolności.

Zaprezentowane stanowisko wspiera także orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z 25 marca 1980 r., dotyczącym niekonstytucyjności krajowych przepisów dotyczących działalności szpitali wyznaniowych, podkreślił z jednej strony prawo kościołów i związków wyzna-

¹⁸ Przywołują także wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 11 kwietnia 1972 r., w którym Trybunał podkreślił znaczenie i wagę wolności gwarantowanej w art. 4 Ustawy Zasadniczej, czym uzasadnił pogląd o niedopuszczalności wywodzenia z art. 137 ust. 3 Konstytucji weimarskiej ograniczeń prawa podstawowego jednostki do wolności religii, wyznania i sumienia. Zdaniem Trybunału, możliwe ograniczenia mogą znajdować uzasadnienie wyłącznie w prawach podstawowych innych oraz w interesie wspólnoty, o ile podlega on ochronie konstytucyjnej; wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 11 kwietnia 1972 w sprawie prowadzonej pod sygn. akt 2 BvR 75/71 (BVerfGE 33, 23 – Eidesverweigerung aus Glaubensgründen), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033023.html> (data dostępu: 4.02.2021); szerzej: K. Stern, *Grundrechte und ihre Schranken*, [w:] P. Badura, H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübingen 2001, s. 1–17; Ch. Burkiczak, *Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes*, [w:] S. Emmenegger, A. Wiedmann (red.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, Berlin–Boston 2011, s. 129–149; A. Frhr. von Campenhausen, *Religionsfreiheit*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII Freiheitsrechte, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2009, s. 646–651; M. Morlok, [w:] H. Dreier (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, t. III, Mohr Siebeck Verlag 2008, s. 1581–1595.

¹⁹ Art. 137 ust. 3 Konstytucji weimarskiej stanowi bowiem, że „każda wspólnota wyznaniowa reguluje i zarządza swoimi sprawami samodzielnie w ramach powszechnie obowiązujących ustaw. Obsadza ona swoje urzędy bez współdziałania państwa czy wspólnoty świeckiej”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80205000.pdf> (data dostępu: 12.02.2021). Zamieszczono przekład tego postanowienia na język polski, który został tu przytoczony. Wydawcą wersji polskiej Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec jest niemiecki Bundestag.

niowych do samodzielnego prowadzenia swoich spraw (wynikające z art. 140 Ustawy Zasadniczej z zw. z art. 137 ust. 3 Konstytucji weimarskiej), uznając gwarancje samodzielnego prowadzenia swoich spraw za konkretyzację wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu na poziomie instytucjonalnym²⁰. Jednakże prawo kościołów i związków wyznaniowych z art. 140 Ustawy Zasadniczej w zw. z art. 137 ust. 1 Konstytucji weimarskiej gwarantowane jest w granicach powszechnie obowiązujących ustaw. Nie oznacza to, według Trybunału, że każda czy jakakolwiek ustawa może być uznana za źródło ograniczeń przewidzianych w Ustawie Zasadniczej. Inaczej gwarancje autonomii kościołów i związków wyznaniowych byłyby pozorne. Dlatego ustawodawcy nie przysługuje prawo do ingerowania ustawą w zakres wewnętrznych spraw kościołów i związków wyznaniowych. W przypadku ustaw, których zakres przedmiotowy dotyczy także zadań państwa (obok spraw, którymi zajmują się kościoły i związki wyznaniowe), ocena dopuszczalności ograniczeń zależy od doniosłości zakresu spraw regulowanych ustawą. Ograniczenia ustawowe i wynikające z nich ingerencje w sferę autonomii kościołów i związków wyznaniowych uznaje się za zgodne z art. 140 Ustawy Zasadniczej w zw. z art. 137 ust. 1 Konstytucji weimarskiej, jeżeli są one konieczne dla zapewnienia pokojowej koegzystencji kościołów i państwa, które jest wspólnotą neutralną światopoglądowo i religijnie²¹. Podobne stanowisko Trybunał zajął w wyroku z 17 grudnia 1975 r.²² oraz wyroku z 16 października 1979 r.²³

²⁰ Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 1980 r., sygn. akt BvR 208/76, BVerfGE 53, 366, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053366.html> (data dostępu: 19.02.2021). Trybunał stwierdził bowiem, że „Das Selbstorganisationsrecht der Kirchen, das den Beschwerdeführern als Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche zustehe, stelle sich als eine Konkretisierung und damit als eine institutionelle Ergänzung des Grundrechts aus Art 4 Abs 2 GG dar und sei folglich in dessen Schutzbereich einbezogen”.

²¹ Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 1980 r., sygn. akt BvR 208/76, BVerfGE 53, 366; <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053366.html> (data dostępu: 19.02.2021). Trybunał stwierdza bowiem: „Allerdings sei das Selbstorganisationsrecht der Kirchen »lediglich innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes« gewährleistet; dies bedeute jedoch keineswegs, daß hier jedes beliebige Gesetz Schranken setzen könne; andernfalls würde die kirchliche Autonomie in ihren wesentlichen Bereichen ausgehöhlt. Keine Regelungsbefugnis für den Gesetzgeber bestehe von vornherein für Tätigkeiten, die dem innerkirchlichen Bereich zuzurechnen seien. Soweit auch der staatliche Bereich berührt werde, sei das Gewicht der zu regelnden Materien ausschlaggebend. Auch da seien aber nur solche gesetzlichen Einschränkungen des Rechts auf kirchliche Selbstorganisation zulässig, die zwingenden Erfordernissen friedlichen Zusammenlebens zwischen Staat und Kirche in einem religiös und weltanschaulich neutralen politischen Gemeinwesen entsprächen”.

²² Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 17 grudnia 1975 r., sygn. akt 1 BvR 63/68, BVerfGE 41, 29, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv041029.html> (data dostępu: 20.02.2021).

²³ Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 1979 r., sygn. akt 1 BvR 647/70 und 7/74, BVerfGE 52, 233, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv052223.html> (data dostępu: 20.02.2021).

Wolność religii, wyznania, sumienia i światopoglądu a ochrona przed hałasem w orzecznictwie – wyniki analizy

Powstaje pytanie o stopień czy intensywność ingerencji w gwarantowane Ustawą Zasadniczą wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu w zarysowanych ramach prawnych ochrony przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko. Z przeprowadzonej analizy orzecznictwa wynika, że zarysowane ramy prawne oraz charakter norm instrukcji technicznej pozwalają, po pierwsze, uwzględniać wielowiekową obecność denominacji chrześcijańskich w przestrzeni publicznej w wypracowanych przez judykaturę kryteriach społecznej adekwatności hałasu, tradycji oraz jego powszechnej akceptacji i wreszcie ważyć te kryteria oceny dopuszczalności immisji dźwiękowych z poszanowaniem wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu²⁴.

Przykładowe orzeczenia

Przykładem tak wyważonego rozstrzygnięcia jest wyrok Sądu Administracyjnego w Oldenburgu z 11 stycznia 1994 r.²⁵. Sąd rozstrzygał sprawę immisji dźwiękowych z dzwonów bijących na Anioł Pański. Sąd uznał, że ocena, czy bicie dzwonów na Anioł Pański trzykrotnie w ciągu dnia stanowi znaczną uciążliwość w rozumieniu § 3 ust. 1 ustawy o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko, winna odwoływać się do odczuć osoby przeciętnej, a nie do indywidualnej oceny i wrażliwości sąsiadów narażonych na hałas. Należy przy tym uwzględnić tę oto okoliczność, że parafia (gmina

²⁴ Zobacz np. wyrok Sądu Administracyjnego we Freiburgu z 12 lutego 1998 r., sygn. akt 4 K 1975/97, tekst wyroku przedrukowano [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, t. 36, Berlin 2002, s. 64–68; wyrok Sądu Administracyjnego w Würzburgu z 14 października 1997 r., sygn. akt W 6 E 97.1217, tekst wyroku przedrukowany [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, z. 35, 2001, s. 397–403; wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 2 września 1996 r., zapadły w sprawie prowadzonej pod sygnaturą 4 B 152.96, przedruk wyroku [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, z. 34, 2000, s. 340; wyrok Bawarskiego Trybunału Administracyjnego 11 stycznia 2005 r. w sprawie toczącej się pod sygnaturą 22 ZB 04.3246, przedruk wyroku [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, z. 47, 2005, Berlin, s. 1–4; wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 19 stycznia 1989 r. w sprawie pod sygn. BVerwG 7 C 77.87, BVerwGE 81, 197, <https://www.juris.de/jportal/prev/WBRE310129907> (data dostępu: 19.02.2021); wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 30 kwietnia 1992 r. w sprawie pod sygn. BVerwG 7 C 25.91, BVerwGE 90, 163, <https://www.juris.de/jportal/prev/WBRE310501902> (data dostępu: 19.02.2021); wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego BVerwG 68, 62, opublikowany [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, z. 21, poz. 251; wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 7 października...

²⁵ Wyrok Sądu Administracyjnego w Oldenburgu z 11 stycznia 1994 r., sygn. akt 4 A 1049/92, tekst wyroku przedrukowano [w:] *Entscheidungen in Kirchensachen*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1998, z. 32, s. 1–4.

kościelna) ma status podmiotu publicznoprawnego oraz że w tradycji bicie dzwonów jest sprawowaniem kultu przez Kościół²⁶. Skarżący był właścicielem nieruchomości gruntowej, na której posadowiony był dom jednorodzinny. Nieruchomość uczestnika postępowania wraz z posadowioną na niej kaplicą należała do parafii Kościoła Rzymskokatolickiego. Skarżący nie kwestionował przed sądem dopuszczalności emisji hałasu z dzwonów rozbrzmiewających trzy razy w ciągu tygodnia oraz w święta przed mszami odprawianymi w kaplicy. Kwestionował natomiast bicie dzwonów trzykrotnie w przeciągu dnia przez łącznie 3,45 minut, które według pomiarów wykonanych w domu generowały hałas o sile 80–82 dB(A). Sąd Administracyjny w Oldenburgu uznał tę skargę za nieuzasadnioną, wskazując, że granicą nadmiernych uciążliwości wynikających z użytkowania urządzeń budowlanych jest zagrożenie dla zdrowia. Jak kształtuje się ona w konkretnych przypadkach, zależy od okoliczności. W przypadku immisji poniżej progu zagrożenia dla zdrowia kryterium rozstrzygającym nie jest poziom hałasu, lecz ta oto okoliczność, czy hałas jest znaczny²⁷. Ponadto oceny jego dopuszczalności dokonuje się w świetle takich kryteriów jak powszedniość, społeczna odpowiedniość oraz ogólna akceptacja²⁸. Ocena, czy hałas jest znaczny, wymaga zatem wartościowania, którego dokonuje się wając dobra (wartości chronione przez niemiecki porządek prawny) z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku (źródła immisji i użytkowanie podmiotu, którego one dotyczą). Należy dlatego wziąć pod uwagę, że uczestnikowi postępowania przyznano status podmiotu prawa publicznego (art. 137 ust. 5 Konstytucji weimarskiej w zw. z art. 140 Ustawy Zasadniczej) oraz że użytkowanie dzwonów (instalacji) jest bezpośrednio powiązane z funkcjonowaniem Kościoła. Kościoły prowadzą swoje sprawy samodzielnie. Ograniczenia w tym zakresie określają powszechnie obowiązujące ustawy pochodzące od państwa, które jest zobowiązane do uwzględniania gwarancji w zakresie samostanowienia kościołów i związków wyznaniowych. Sprawą uczestnika jest przeto ustalenie, kiedy i jak użyje dzwonów do celów liturgicznych. Oto bowiem bicie dzwonów ma w tradycji wymiar liturgiczny (jest elementem kultu religijnego) i o ile pora, czas trwania i intensywność nie są nadzwyczajne (nie odbiegają od tego, co ma charakter zjawiska powszechnego), zasługuje – po uwzględnieniu przeciwnych interesów – na ochronę także w sekularyzowanym społeczeństwie. Uczestnik podnosił, że bicie dzwonów na Anioł Pański służy przede wszystkim podziałowi dnia, z drugiej jest wezwaniem i przypomnieniem o modlitwie. Taki wyraz obecności Kościoła jest objęty gwarancją do samosta-

²⁶ Ibidem, s. 1.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Zob. szerzej argumentację Federalnego Trybunału Administracyjnego w uzasadnieniu wyroku 7 października..., tekst wyroku w Systemie Informacji Prawnej Juris, <https://www.juris.de/jportal/prev/WBRE100178405> (data dostępu: 19.02.2021); Sąd Administracyjny w Oldenburgu odsyła do tego judykatu.

nowienia z Ustawy Zasadniczej i stanowi jednocześnie praktykę religijną podlegającą ochronie zgodnie z art. 4 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Nie jest to praktyka, której nie można byłoby pogodzić z gwarancjami z art. 4 ust. 2 Ustawy Zasadniczej i dlatego nie można jej przeciwstawiać odczuć pojedynczych osób czy grup, których obowiązuje także zasada wzajemnej tolerancji – toteż należy ją uznać za społecznie aprobowaną. Uczestnik, który uruchamia dzwony trzykrotnie w ciągu dnia na Anioł Pański, nie narusza zatem granicy społecznej aprobaty. Nie sposób także przyjąć, jakoby bicie dzwonów stanowiło dla skarżącego szczególną uciążliwość, którą można by zakwalifikować jako znaczną w rozumieniu § 3 ust. 1 ustawy o ochronie przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko. Taka ocena byłaby uzasadniona w przypadku, w którym przekroczono by miarę uciążliwości hałasu dla przeciętnego człowieka, co nie ma miejsca w analizowanych okolicznościach²⁹. Dzwony na Anioł Pański biją w godzinach: 7.00, 12.00 i o 18.00. Godzinę, w której rozlegnie się bicie dzwonów można zatem przewidzieć i nie sposób przyjmować, że dźwięk dzwonów może w tych okolicznościach wywołać nagle lęki czy też że może być odczuwany jako bolesny czy dokuczliwy. Także długość bicia dzwonów (trzy razy po trzy uderzenia) nie pozwala przyjąć, jakoby hałas z dzwonnicy powodował lęk u skarżącego. Niezasadny jest także zarzut naruszania ciszy nocnej (dzwony na Anioł Pański biją najpierw rano, o godzinie 7.00). Mogą one powodować krótką przerwę (wyrwać ze snu), jednak nie sposób twierdzić, że po porze nocnej sen skarżącego nie będzie niczym zakłócany. Podobnie ocenić należy zarzut przekroczenia poziomu hałasu. Jego pomiary miałyby wykazywać wartości w przedziale od 80 do 82 db(A), podczas gdy – jak podnosił skarżący – w orzecznictwie, tj. wyroku Federalnego Trybunału Administracyjnego z 7 października 1983 r. zapadłym w sprawie toczącej się pod sygnaturą 7 C 44.81, określono dopuszczalny poziom hałasu na nie więcej niż 60 db(A)³⁰. Sąd przypomniał jednak, że Federalny Trybunał Administracyjny nie określił w przywoływanym przez skarżącego wyroku wartości granicznych emisji hałasu³¹. Oto bowiem Trybunał stwierdził, że nawet uznanie, jakoby bicie dzwonów na Anioł Pański generowało wzmożoną emisję hałasu, nie oznacza jeszcze, że hałas ten przekracza społecznie akceptowane granice ani też nie uzasadnia wniosku, że emisja hałasu narusza prawo skarżącego do nietykalności cielesnej z art. 2 Ustawy Zasadniczej. Nie sposób uzasadniać żądania skarżącego także stanowiskiem Trybunału zaczerpniętym z wyroku z 30 kwietnia 1992 r. w sprawie toczącej się pod sygnaturą BverwG VII C 25.91³², który nie dotyczy liturgicznego bicia dzwonów, lecz instalacji zegara kościelnego wybijającego godziny. W rezultacie, według sądu, pomiary poziomu hałasu nie uprawniają

²⁹ Wyrok Sądu Administracyjnego w Oldenburgu..., s. 2.

³⁰ Wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 7 października...

³¹ Wyrok Sądu Administracyjnego w Oldenburgu..., s. 3.

³² Wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 30 kwietnia...

do twierdzenia o jego społecznej nieadekwatności (by był on społecznie nieadekwatnym oddziaływaniem na nieruchomość sąsiadującą). Ponadto skarżący nie dowiedli uszczerbku na zdrowiu, jakiego mieliby doznać wskutek emisji dźwiękowych. Emisje te – przez czas ich trwania – oddziałują zresztą na otoczenie w stopniu niewielkim, nie zaś znacznym. Warto przy tym podkreślić, że uruchamianie dzwonów przez uczestnika wiąże się z jego zadaniem w sferze publicznej i stanowi wyraz uzasadnionego gwarancjami konstytucyjnymi uczestnictwa kościoła w życiu publicznym³³.

Podsumowanie

Jak wspomniano, szeroko rozumiane zwalczanie hałasu jest w niemieckim porządku prawnym przedmiotem konkurencyjnych kompetencji ustawodawczych. Ustawodawca federalny uczynił z nich użytek, uchwalając ustawę o ochronie przed emisjami. Kompetencje w zakresie doboru odpowiedniego środka zwalczania hałasu zachowuje przeto federacja, która określiła normy hałasu w wytycznych. Innymi słowy, w granicach przysługującej ustawodawcy federalnemu swobody dokonano wyboru instrumentu w postaci wartości granicznych hałasu, ale normom, które nowe wartości określają, nadano charakter instrukcyjny, orientacyjny. W tych okolicznościach rozstrzyganie sporów o emisje dźwiękowe wymagało wypracowania przez sądy administracyjne kryteriów oceny dopuszczalności emisji dźwiękowych. Z analizy wielu wyroków sądów administracyjnych w sprawach o szkodliwe oddziaływania dźwiękowe na środowisko, których źródłem są dzwony kościelne używane do celów liturgicznych, wynika, że ukształtowane przez sądy kryteria społecznej adekwatności hałasu, tradycji oraz jego powszechnej akceptacji pozwalają ważyć kolidujące z sobą dobra chronione prawem (ochrona przed szkodliwymi oddziaływaniami na środowisko i ochrona wolności religii, wyznania, sumienia i światopoglądu), z uwzględnieniem wielowiekowej obecności denominacji chrześcijańskich w przestrzeni publicznej, zaś ograniczenia dopuszczalności emisji dźwiękowych w relatywnie niewielkim stopniu ingerują w wolność religii, wyznania, sumienia i religii.

Wykaz literatury

- Armour R., *Islam, Chryścijaństwo i Zachód*, Wyd. WAM, Kraków 2004.
Bassenge P., Ellenberger J., Grüneberg Ch., Thorn K., Brudermüller G., Götz I., Sprau H., Weidenkaff W., Weidlich D. (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 75. Neubearbeitete Auflage, Verlag CH Beck, München 2016.

³³ Wyrok Sądu Administracyjnego w Oldenburgu..., s. 4.

- Bergmann J., *Vom Umgang des deutschen Rechtsstaates mit dem Islam*, „Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik” 2004, nr 4.
- Burkiczak Ch., *Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument des Grundrechtsschutzes*, [w:] A. Wiedmann (red.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern*, S. Emmenegger, De Gruyter Verlag, Berlin–Boston 2011.
- Campanhausen A. Frhr. von, [w:] H. von Mangoldt, F. Klein (red.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Dritte vollständig neubearbeitete Auflage*, Artikel 136 bis 146, Vahlen München 1991.
- Campanhausen A. Frhr. von., *Religionsfreiheit*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII Freiheitsrechte, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2009.
- Chazbijewicz S., Turowski M., Skarbek K. (red.), *Nowoczesność, Europa, Islam. Religia a dylematy obywatelstwa i wykluczenia*, Instytut Studiów nad Islamem, Wrocław 2012.
- Guntau, B., *Der Ruf des Muezzin in Deutschland – Ausdruck der Religionsfreiheit?*, „Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht” 1998, t. 43, nr 3.
- Hofmann H., Henneke H.-G. (red.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer Deutschland, Köln 2014.
- Isensee J., Kirchhof P. (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Bundesstaat, dritte, völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, C.H. Müller Verlag, Heidelberg 2008.
- Knopp F., Schenke W.-R., Schenke R.P., (red.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 13. CH Beck, Auflage München 2013.
- Krukowski J., *Konstytucyjne podstawy stosunków między państwem a kościołami w Republice Federalnej Niemiec*, [w:] A. Dębiński, W. Bar, P. Stanisław (red.), *Divina et Humana. Księga Jubileuszowa w 65. rocznicę urodzin Księdza Profesora Henryka Misztala*, KUL, Lublin 2001.
- Morlok M., [w:] H. Dreier (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, t. III, Mohr Siebeck Verlag 2008.
- Muckel S., *Streit um den muslimischen Gebetsruf: der Ruf des Muezzin im Spannungsfeld von Religionsfreiheit und einfachem Recht*, „Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter” 1998, t. 12, nr 1.
- Nalborczyk A.S., *Muzułmanie w Niemczech - wielka społeczność religijna nieuznana przez państwo*, [w:] A. Parzymies (red.), *Muzułmanie w Europie*, Wyd. Akad. Dialog, Warszawa 2005.
- Orzeszyna K., *Podstawy relacji między państwem a kościołami w konstytucjach państw członkowskich i traktatach Unii Europejskiej*, KUL, Lublin 2007.
- Polaczuk P., *Wezwanie muzułmanów na modlitwę a ochrona przed immisjami sąsiedzkimi w Republice Federalnej Niemiec. Kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46.
- Raport Islamskie Życie Wspólnotowe w Niemczech opublikowany 19 kwietnia 2012 r.* (niem. Islamisches Gemeindeleben in Deutschland veröffentlicht 19. April 2012).
- Robbers G., *Religia i wolność religijna w Niemczech – Bóg w ustawie zasadniczej*, [w:] J. Krukowski (red.), *Kultura i Prawo. Religia i wolność religijna w państwach Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie integracji europejskiej*, TN KUL, Lublin 2004.
- Stern K., *Grundrechte und ihre Schranken*, [w:] P. Badura, H. Dreier (red.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.

Troidl T., *Zwischen Kirchturm und Minarett: der Lärm Gottes – dürfen Glocken lauter läuten als Muezzine rufen können*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2012, t. 127, nr 15.

Summary

Loud church bells as a harmful environmental impact on the German legal order. Some remarks

Keywords: freedom of religion, conscience and belief, legislative competence, noise protection, church bells.

The author analyses the issue of protection against noise in the German legal order. He addresses the problem of legal conditions in which the criteria for assessing the admissibility of sound immissions emitted by church bells that are used for liturgical purposes have been formed in the case-law of administrative courts. In the author's opinion, the aforementioned conditions have a very complex character. They result from how the Basic Law has shaped the legislative competence of the Federation in the field of noise control, the nature of the legal norms defining the noise limits issued based on the Law of 15 March 1974 on protection against harmful effects on the environment, the provisions of the German constitution enunciating the guarantees of freedom of religion, conscience and worldview, and the criteria developed in the case law for assessing the admissibility of noise. The author points out that the Environmental Protection Act is, according to the German constitution, a source of restrictions on the freedom of religion, conscience and worldview and analyses the impact of the criteria for assessing the admissibility of sound emissions on the freedom of religion, conscience and worldview.

Artur Pohorilenko

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

ORCID: 0000-0001-7246-526X

apohorilenko@gmail.com

Укладення господарських договорів у сфері електронної комерції

Вступ

Епідемія, спричинена вірусом SARS-CoV-2, що панує сьогодні у світі, поставила нові вимоги до бізнес-сектору економіки в частині необхідності розробки нових моделей господарювання, незалежних від фізичного контакту з клієнтом, партнером чи контрагентом. Завдяки епідемії, суб'єкти господарювання (далі – СГ), що змогли успішно адаптуватися до нових умов, використовуючи переваги електронної комерції (далі – ЕК), значно зросли в показниках прибутковості та продуктивності. Ті ж, які надали перевагу “усталеним” моделям ведення бізнесу, часто зазнавали невдачі в конкурентному середовищі.

Одним з ключових показників успішного бізнесу є рівень організації системи документообігу. Тоді, як паперовий документообіг потребує значної кількості фінансових, кадрових та часових витрат, переведення бізнесу на електронний - може значною посприяти розвитку компаній з огляду на значно менші часові, матеріальні та кадрові витрати, необхідні для обслуговування системи електронного документообігу.

Яскравим прикладом успішного впровадження вказаної системи може слугувати компанія Work.Ua, яка «за перші 8 місяців використання системи електронного документообігу заощадила 175 000 аркушів паперу (350 пачок), зберегла приблизно 14 дерев, заощадила понад 500 000 грн на відправленнях»¹. Компанія Грайф Флексіблс Україна, перевівши лише внутрішній документообіг в електронну форму, за рік заощадила 200

¹ Е. Чорноморченко, *Електронні документи як must have: «Вчасно» розповідає про заощаджені мільйони, задоволених клієнтів та порятунок планети*, Bit.UA., <https://bit.ua/2020/11/vchasno-electronic-documents/> (дата доступу: 26.11.2020).

пачок паперу². На думку керівництва компанії Rozetka, часові витрати на перевірку електронних документів у 150 раз менші, ніж на паперові аналоги³.

Вказане обумовлює важливість забезпечення державою адекватного нормативно-правового регулювання електронного документообігу, що, з одного боку, забезпечить простоту господарських правовідносин, а з іншого - безпеку даних, що передаються засобами електрозв'язку.

Враховуючи вищезазначене, *метою даної роботи* є дослідження порядку укладення господарського договору (далі – ГД) в сфері ЕК згідно із чинним законодавством України, з врахуванням вимог до електронного документу (далі – ЕД) як джерела об'єктивації відповідних ГД.

Серед авторів, що досліджували питання укладення договорів у сфері ЕК та особливості електронної форми правочину варто виокремити Н.Блажівську, Ю.Борисову, Л.Катинську та О.Кирилук. В.Желіховський, Я. Тертичний та М.Дутов досліджували загальні питання розвитку сфери ЕК. Білоцерковець Н. досліджував проблематику, пов'язану із сферою електронних довірчих послуг. Чучковська А. досліджувала специфічні питання правового регулювання ГД, що вчиняються через мережі електрозв'язку. Водночас, станом на сьогодні відсутнє системне дослідження вимог до форми, змісту та процедури укладення ГД в сфері ЕК з врахуванням особливостей чинного законодавства. Вказане обумовлює актуальність даної роботи.

Методологія дослідження та використані джерела

Основою дослідження стали законодавчі та підзаконні акти, видані Верховною Радою України, Кабінетом Міністрів України та центральними органами виконавчої влади України.

В контексті інтеграції України у Європейський правовий простір, при інтерпретації ключових понять, пов'язаних з темою дослідження, враховувалися також нормативно-правові акти Європейського Союзу (далі – ЄС).

В якості теоретичної бази використовувалися ґрунтовні праці іноземних авторів, що мають прямий стосунок до теми даної роботи.

Основним методом дослідження є аналіз. Для оцінки відповідності нормативно-правових актів один одному, ідентифікації колізій використовувався порівняльно-правовий метод. Метод правової ретроспекції використовувався для запозичення позитивних аспектів нормативно-пра-

² Ibidem.

³ *Завжди вчасно: як Rozetka впроваджувала електронний документообіг*, Rau.Ua., <https://rau.ua/novyni/rozetka-elektronnyj-dokument/> (дата доступу: 19.12.2019).

вових актів, що втратили чинність, у чинне законодавство. Метод синтезу використовувався для інтеграції позицій авторів, чинного правового регулювання у авторське бачення необхідних змін до законодавства.

Вимоги до змісту та форми ГД у сфері ЕК

Вимоги до укладення ГД у сфері ЕК в першу чергу обумовлюються чинними вимогами до укладення правочинів. До ГД застосовуються як загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, визначені у ст.203 Цивільного кодексу України⁴ (далі – ЦК), так і вимоги щодо форми правочину, серед яких, відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК, виокремлюють усну та письмову (електронну).

Вимоги щодо письмової форми правочину є такими (ст.207 ЦК):

1. зміст такого правочину має бути зафіксований в одному або декількох документах (в тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони або надсилалися ними до інформаційно-телекомунікаційної системи, що використовується сторонами. У разі якщо зміст правочину зафіксований у кількох документах, зміст такого правочину також може бути зафіксовано шляхом посилання в одному з цих документів на інші документи, якщо інше не передбачено законом;

2. правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку;

3. правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами);

4. використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного, електронного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів, або іншим чином врегульовується порядок його використання сторонами.

Особливі вимоги до укладення договору як різновиду правочину передбачені главою 52 ЦК. Відповідно до ст. 638 ЦК, договір є укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору. При цьому істотними є умови договору про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також

⁴ Цивільний Кодекс України (Закон України від 16.01.2003, № 435-IV, ВВР, Київ 2003, № 40–44, с.356), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

На противагу встановленому регулюванню форми вчинення правочину, ст. 639 ЦК не встановлює обов'язкових вимог щодо форми договору, вказуючи, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 639 допускається, що сторони договору можуть домовитися щодо форми, у якій вони бажають його укласти. В такому разі відповідна форма стає обов'язковою для даного договору, навіть якщо законом такі вимоги не були передбачені.

Особливі вимоги до укладення ГД викладені в Господарському Кодексі України⁵ (далі – ГК). Відповідно до абзацу 4 ч. 1 ст. 174 ГК, ГД є однією з підстав виникнення господарського зобов'язання. Загальне правило, визначене у ст.181 ГК, встановлює, що ГД укладається в порядку, встановленому ЦК, з урахуванням особливостей, передбачених ГК.

Серед ключових особливостей порядку укладення ГД варто відзначити розширене коло істотних умов ГД, якими є предмет, ціна та строк ГД (ст.180 ГК).

Основою формою укладення ГД є укладення у формі єдиного документа⁶. Лише щодо ГД, що укладається на основі вільного волевиявлення, ГК передбачає можливість укладення в спрощений спосіб. При цьому ключовим запитанням постає наступне: що маєтись на увазі під спрощеним способом укладення господарського договору? Відповідно до ч. 1 ст. 181 ГК в редакції від 13.06.2021 року, спрощений спосіб укладення ГД відбувається шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми та порядку укладення ГД. В свою чергу, чинна редакція ГК такого застереження не містить, що дозволяє трактувати її як будь-яку форму правочину, прямо не заборонену законодавством, в тому числі шляхом обміну листами, телеграмами, прийняття замовлення до виконання, вчинення конклюдентних дій тощо.

⁵ Господарський Кодекс України (Закон України від 16.01.2003, № 436-IV, ВВР, Київ 2003, № 18, № 19–20, № 21–22, с.144), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>.

⁶ Відповідні положення містяться у ст.184 ГК щодо ГД, що укладаються на основі вільного волевиявлення сторін, примірних і типових договорів, ст. 186 – щодо організаційно-господарських договорів. Договір приєднання, визначений абз. 5 ч. 4 ст. 179 ГК, не регулюється ГК. Аналіз ч. 1 ст. 634 ЦК, яка вказує, що договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому, дає можливість зрозуміти, що йдеться також про договір у формі єдиного документу.

Таким чином, серед формальних вимог, визначених для укладення ГД в письмовій формі варто виокремити наступні:

1. ГД викладається у формі єдиного документу (в тому числі електронного) або шляхом фіксації його змісту та істотних умов у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, або надсилалися ними до інформаційно-телекомунікаційної системи, що використовується сторонами, або ж прийняття пропозиції через вчинення дій, що свідчать про бажання укласти такий договір, вчинення конклюдентних дій тощо. Зміст ГД на основі вільного волевиявлення може бути зафіксовано шляхом посилання в одному з документів, в якому зафіксований зміст такого договору, на інші подібні документи, якщо інше не передбачено законом;

2. для визнання ГД укладеним необхідною умовою є фіксація в ньому всіх істотних умов якими, відповідно до законодавства, є: (1) предмет, (2) ціна, (3) строк дії договору, (4) умови, що (4.1) визначені законом як істотні або (4.2) є необхідними для договорів даного виду, а також (5) усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

3. для визнання укладення ГД у письмовій формі необхідною умовою є його підписання сторонами. При цьому, використання при вчиненні ГД факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного, електронного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів, або іншим чином врегульовується порядок його використання сторонами.

Письмова форма ГД так чи інакше передбачає вираження його змісту на певному носії, що дозволяє зафіксувати та утримати в незмінному вигляді волю сторін протягом тривалого проміжку часу. Укладення ГД у сфері ЕК обумовлює використання електронного носія, яким у більшості випадків є ЕД.

Особливості правового регулювання укладення ГД з об'єктивацією на ЕД пов'язані із специфікою обробки вказаного носія. На відміну від паперового, він, з одного боку, набагато зручніший з точки зору логістики, проте і більш вразливий до непомітної зміни, пошкодження чи підробки.

Саме у зв'язку з цим Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг»⁷ (далі – ЗУ «Про ЕД») та ряд інших

⁷ Про електронні документи та електронний документообіг (Закон України від 22.05.2003, № 851-IV, ВВР, Київ 2003, № 36, с. 275), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>.

нормативно-правових актів (далі – НПА) визначають особливі вимоги до створення, відправлення, отримання, зберігання та знищення ЕД.

Відповідно до ч.1 ст.5 ЗУ «Про ЕД», ЕД є документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Оригінал ЕД повинен давати змогу довести його цілісність та справжність у порядку, визначеному законодавством (ст. 7 ЗУ «Про ЕД»). Перевірка цілісності ЕД проводиться шляхом перевірки електронного цифрового підпису (ст.12 ЗУ «Про ЕД»)⁸.

Цілісність ЕД відображає його незмінність з моменту створення до цілковитого знищення. Вказаний аспект ЕД є важливим з огляду на те, що, коли цілісність документа з паперовим носієм може бути презюмована, ЕД є більш вразливим до непомітної корекції чи викривлення. Саме цим обумовлені вимоги до перевірки цілісності.

Важливо зауважити, що ЗУ «Про ЕД» не містить визначення понять «цілісність» та «справжність», а щодо справжності – відсутнє також правове регулювання її перевірки.

Відповідно до ДСТУ 3396.2-97⁹ «порушення цілісності інформації» – спотворення інформації, її руйнування або знищення. Відповідно до Закону України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»¹⁰, «порушення цілісності інформації в системі» – не-санкціоновані дії щодо інформації в системі, внаслідок яких змінюється її вміст.

У чинному законодавстві ЄС нам не вдалося віднайти визначення цілісності даних чи ЕД. Водночас, Регламент 460/2004 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу¹¹ визначав цілісність даних як підтвердження того, що дані, які були надіслані, отримані або збережені є повними та незмінними. Дане визначення, на нашу думку, відображає дві ключові ознаки цілісності даних (повнота та незмінність), хоча погодимось із фахівцями даної тематики, що цілісність є не результатом перевірки, а станом [с. 180]¹².

⁸ Варто зазначити, що вказане положення потребує корекції з огляду на втрату чинності Законом України «Про електронний цифровий підпис». Пропонується прибрати з нього слово «цифрового».

⁹ ДСТУ 3396.2-97 (Затверджене рішенням ДКУСМСУ від 11.04.1997, № 200).

¹⁰ Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах (Закон України від 5.07.1994, №80/94-ВР, ВВР, Київ 1994, № 31, с. 286), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80#Text>.

¹¹ Регламент 460/2004 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 10 березня 2004 року про створення Європейського агентства з мережевої та інформаційної безпеки (Official Journal of the European Union, 13.3.2004, Legislation 77, p. 1–11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0460&from=EN>).

¹² H.C. Pohls, F. Hohne, *The Role of Data Integrity in EU Digital Signature Legislation – Achieving Statutory Trust for Sanitizable Signature Schemes*, [in:] C. Meadows, C. Fernandez-Gago

Агентство з регулювання лікарських засобів та медичних товарів Великобританії вважає, що «цілісність даних — це ступінь повноти, узгодженості, точності, надійності даних і збереження цих характеристик протягом усього життєвого циклу даних» [с. 9]¹³.

Враховуючи зміст вказаних визначень, пропонується доповнити ЗУ «Про ЕД» визначенням поняття цілісності ЕД, яким є повнота, незмінність, узгодженість, точність та надійність електронного документу протягом усього його життєвого циклу.

Поняття «справжність» не визначається в законодавстві України. З огляду на це, пропонуємо звернутися до Словника української мови, що розкриває наступне значення слова «справжній»: «який є насправді, в дійсності; істинний, дійсний; не штучний, не підробний; щирий, не вдаваний»¹⁴. Аналізуючи дані значення, нами не вбачається за можливе зрозуміти, яким чином ЕД може довести, що він «є тим, чим є». Можна довести наявність/відсутність певної ознаки в ЕД, проте змусити документ доводити, що він є самим собою — вбачається за абсурдне.

Слово «справжність» англійською мовою звучить як *authenticity* (автентичність)¹⁵. Регламент № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу¹⁶, який став основою¹⁷ для прийняття Закону України «Про електронні довірчі послуги» (далі — ЗУ «Про ЕДП»), автентифікацію визначає як електронний процес, який дає змогу [...] підтвердити походження та цілісність даних в електронній формі (п. 5 ст. 3). Електронна печатка, відповідно до п.25 ст.3 зазначеного Регламенту, як і відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про ЕДП», спрямована на перевірку цілісності та походження електронних даних.

(eds.), *Security and Trust Management*, 7th International Workshop, STM 2011, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012, 248 pp., https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-29963-6_13.

¹³ Medicines & Healthcare products Regulatory Agency, *GXP Data Integrity Guidance and Definitions*, revision 1 March 2018, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/687246/MHRA_GxP_data_integrity_guide_March_edited_Final.pdf.

¹⁴ К. Білодід (ред.), *Словник української мови*, в 11 тт. /АН УРСР, Інститут мовознавства, Наукова думка, 1970–1980, Том 9, с. 591.

¹⁵ “Authenticity” на українській мові, M-TRANSLATE, <https://www.m-translate.com.ua/en-uk/word-authenticity-translation#>.

¹⁶ Регламент (ЄС) № 910/2014, Європейського парламенту та Ради ЄС від 23 липня 2014 року про електронну ідентифікацію та довірчі послуги для електронних транзакцій на внутрішньому ринку та скасування Директиви 1999/93/ЄС (Official Journal of the European Union, 28.08.2014, Legislation 257, p.73–114), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN>.

¹⁷ Пояснювальна записка 17.05.2016 до Проекту Закону про електронні довірчі послуги. Верховна Рада України. Проект 4685 від 17.05.2016, w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59139.

Походження та цілісність розглядається як складова автентичності також у працях провідних науковців [с.407]¹⁸, [гл. VII.А]¹⁹.

З огляду на вказане, вбачається за недоцільне використовувати поняття справжності у ЗУ «Про ЕД». Пропонується у ст.7 ЗУ «Про ЕД» слово «справжність» замінити на «походження».

У світлі вказаного стає також очевидно, що ЕД, крім цілісності, має доводити і власне походження. Тому пропонується ч. 1 ст. 12 ЗУ «Про ЕД» після слова «цілісності» доповнити словами «та походження».

Крім необхідності перевірки цілісності та справжності, законодавство містить також ряд вимог до формату ЕД та його реквізитів.

Так, у п.1 глави 2 розділу III Порядку роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання²⁰ (далі – ПЕД) вказано, що усі ЕД створюються у форматах, що визначаються Переліком форматів даних електронних документів постійного і тривалого (понад 10 років) зберігання²¹. Відповідно до останнього, для текстових ЕД передбачається формат PDF/A-1 (*.pdf). При цьому важливо зауважити, що, відповідно до п.6 глави 2 розділу III ПЕД, для надсилання вихідних ЕД створюється також XML документ.

Найменування файлу ЕД визначається відповідно до Вимог щодо найменування файлів електронних документів²² (далі – Вимоги щодо найменування файлів). Відповідно до п. 2 глави 2 розділу III ПЕД, для однозначної ідентифікації ЕД в електронному документообігу як самостійного інформаційного об'єкта йому присвоюється унікальне ім'я відповідно до вказаних Вимог щодо найменування файлів.

Обов'язковими реквізитами ЕД є обов'язкові дані в ЕД, без яких він не може бути підставою для його обліку і не матиме юридичної сили (ст. 1 ЗУ «Про ЕД»). Враховуючи відсутність згадок про будь-які, крім підпису, обов'язкові реквізити ЕД в ЗУ «Про ЕД», виникає необхідність звернутися до інших НПА для визначення їх складу.

¹⁸ V.K. Garg, *Wireless Communications & Networking*, The Morgan Kaufmann Series in Networking 2007, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-373580-5.X5033-9>.

¹⁹ J. Ivanova, M. Jurczyk, *Computer Networks - in Encyclopedia of Physical Science and Technology*, third edition, 2003, p. 561–576, <https://doi.org/10.1016/B0-12-227410-5/00133-2>.

²⁰ Порядок роботи з електронними документами в діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання (затверджене Наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2014, № 1886/5, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1421-14#Text>).

²¹ Перелік форматів даних електронних документів постійного і тривалого (понад 10 років) зберігання (затверджене Наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2014, № 1886/5), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1421-14#Text>.

²² Вимоги щодо найменування файлів електронних документів: затверджене Наказом Міністерства юстиції України від 11.11.2014, № 1886/5, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1421-14#Text>.

Відповідно до п.2 глави 1 розділу II ПЕД, ЕД має бути оформлений за загальними правилами документування і мати реквізити, що встановлені для аналогічного документа з паперовим носієм інформації.

Отже, ряд обов'язкових реквізитів ЕД визначається виходячи з вимог до документів з паперовим носієм інформації. Враховуючи зазначене, важливим реквізитом ЕД, на якому об'єктивується ГД, є його істотні умови, визначені вище.

ДСТУ 4163-2003²³ у п. 4.4. визначає, що документи, що їх складають в організації, повинні мати такі обов'язкові реквізити: назва організації²⁴, назва виду документа (не зазначають на листах), дата, реєстраційний індекс документа²⁵, заголовок до тексту документа²⁶, текст документа, підпис.

Таким чином, до реквізитів, що передбачаються як обов'язкові для паперового документу з об'єктивованим на ньому ГД, належать наступні:

1. Істотні умови господарського договору: (1) предмет, (2) ціна, (3) строк дії договору, (4) умови, що (4.1) визначені законом як істотні або (4.2) є необхідними для договорів даного виду, а також (5) усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди;

2. Реквізити відповідно до ДСТУ 4163-2003: назва організації, назва виду документа (не зазначають на листах), дата, реєстраційний індекс документа, заголовок до тексту документа (не застосовується до ГД у формі єдиного документу), текст документа, підпис.

Відповідно, вказані реквізити є обов'язковими для ЕД, на якому об'єктивується ГД. Для обговорення специфічних реквізитів такого ЕД варто звернутися до ПЕД. Останній у главі 3 розділу II визначає склад обов'язкових реквізитів реєстраційно-контрольної картки (далі – РКК) ЕД, які повинні міститися у вихідному XML файлі при надсиланні ЕД до інших учасників у сфері електронного документообігу. Реквізити РКК визначені в Додатку 1 до ПЕД і включають назву виду документа, позначку про автора (кореспондента), дату документа, індекс документа, дату надходження, індекс вхідного документа, заголовок документа або короткий зміст, резолюцію, відповідального виконавця, строки виконання, позначку про виконання, ім'я файла проекту ЕД та посилання на нього, ім'я файла ЕД та посилання на нього, ім'я файла XML-документа та посилання на нього, кількість аркушів у створеному документі, строк зберігання ЕД, відмітку про збільшення тимчасового строку збе-

²³ ДСТУ 4163-2003: затверджений наказом Держпродспоживстандарту України від 7.04.2003, №55.

²⁴ Відповідає найменуванням сторін у ГД.

²⁵ Відповідає номеру договору.

²⁶ Має сенс лише в межах листів, телеграм, інших інформаційних повідомлень, адже на договорах у формі єдиного документу він лише дублюватиме зміст реквізиту «назва виду документу».

рігання ЕД, а також інші аналогічні реквізити, що стосуються конвертації ЕД (такі як дата конвертування ЕД, формат файлу до та після конвертування) контролю за його виконанням (такі як дата та час ознайомлення виконавця з пропозиціями (зауваженнями), дата та час ознайомлення виконавця з проектом ЕД) та пов'язані з архівацією.

Водночас, вважаємо що вказані реквізити РКК, як і дотримання вимог ПЕД в частині реквізитів ЕД, вимог до форматів та найменування файлів ЕД можуть бути замінені сторонами ГД на інші за відповідною домовленістю, або визнані необов'язковими. Так, ст.14 ЗУ «Про ЕД» визначає, що електронний документообіг здійснюється відповідно до законодавства України або на підставі договорів, що визначають взаємовідносини суб'єктів електронного документообігу. Використання електронного документа у цивільних відносинах здійснюється згідно із загальними вимогами вчинення правочинів, встановлених цивільним законодавством.

Узагальнюючи нормативно-правові вимоги до оформлення ЕД з об'єктивованим на ньому ГД, варто відзначити ключові з них:

1. Оригінал ЕД має:

1.1. містити інформацію, зафіксовану у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа;

1.2. давати змогу довести його цілісність та справжність у порядку, визначеному законодавством. Відповідно до чинного порядку, перевірка цілісності здійснюється шляхом перевірки електронного підпису.

2. Текстовий ЕД створюється у форматі PDF/A-1 (*.pdf)*;

3. Для надсилання вихідних ЕД створюється також XML документ*;

4. Найменування файлу ЕД визначається відповідно до Вимог щодо найменування файлів*;

5. Обов'язкові реквізити ЕД з об'єктивованим на ньому ГД:

5.1. Істотні умови господарського договору: (1) предмет, (2) ціна, (3) строк дії договору, (4) умови, що (4.1) визначені законом як істотні або (4.2) є необхідними для договорів даного виду, а також (5) усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди;

5.2. Реквізити відповідно до ДСТУ 4163-2003: назва організації, назва виду документа (не зазначають на листах), дата, реєстраційний індекс документа, заголовок до тексту документа (не застосовується до ГД у формі єдиного документу), текст документа, підпис;

5.3. Реквізити РКК, визначені в Додатку 1 до ПЕД*.

* вимоги, від яких сторони можуть відмовитися у договірному порядку.

Особливості правового регулювання процедури укладення ГД у сфері ЕК

Дотримання вимог до форми ГД має супроводжуватися належним впорядкуванням процедури його укладення. Основи правового регулювання процедури укладення ГД викладені у главі 53 ЦК. Так, ст. 640 ЦК вказує, що договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Стаття 641 ЦК передбачає, що пропозицію укласти договір (оферту) може зробити кожна із сторін майбутнього договору. Пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Відповідно до ч.1 ст.642 ЦК, відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною. В той же час, відповідно до ч.1 ст.646, відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію.

Таким чином, станом на сьогодні, ЦК не передбачає можливості узгодження умов майбутнього договору. Надсилання корекцій до запропонованого варіанту договору, де-юре, визнається новою пропозицією, хоча де-факто має місце обговорення умов майбутнього договору. Водночас, вважаємо чинний варіант ЦК в цій частині доцільним, оскільки дозволяє задовільнити принцип правової визначеності і чітко окреслити момент надсилання пропозиції та отримання відповіді на неї, яка вважається наданою тільки в безумовному вигляді.

Дещо некоректним видається положення абз. 3 ч. 1 ст. 641 ЦК відповідно до якого пропозицією укласти договір є, зокрема, документи (інформація), розміщені у відкритому доступі в мережі Інтернет, які містять істотні умови договору і пропозицію укласти договір на зазначених умовах з кожним, хто звернеться, незалежно від наявності в таких документах (інформації) електронного підпису. З одного боку, як вказувало Головне юридичне управління в тексті зауважень від 12.07.2021 року до вже чинного Закону України від 15.07.2021 р. N 1667-IX «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» (яким внесений даний абзац до ЦК), фактично вказане положення дублює вже наявні норми абз. 1-2 ч. 1 ст. 641 ЦК. Крім того, дана норма, в аспекті відносин споживання (в чинному розумінні споживача як фізичної особи), фактично дублює норми ст. 633 ЦК про публічний договір, що може сприяти надмірній зарегульованості даної сфери відносин [с. 25]²⁷. На додачу,

²⁷ Апарат ВРУ, Головне юридичне управління, Зауваження до проекту Закону України про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні (реєстраційний № 4303) – за підп. В.Мілованова, 2.11.2020, <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=70298&pf35401=550994>.

якщо розглядати дане положення через призму вчинення письмового правочину, то воно прямо протирічить наявним нормам ЦК щодо того, що письмовий правочин має бути підписаний сторонами. Тоді, як деякі винятки щодо необхідності підписання письмового правочину *обом* сторонами можуть бути встановлені законом (так, відповідь на пропозицію може бути надана конклюдентними діями (ч. 2 ст. 642 ЦК), очевидно, що для визнання правочину вчиненим у письмовій формі, необхідною умовою є підписання хоча би пропозиції. В іншому разі, можуть виникнути значні труднощі при ідентифікації сторін договору.

З огляду на вищенаведене, пропонується вилучити абз. 3 ч. 1 ст. 641 ЦК.

Узагальнюючи, правове регулювання укладення договору в ЦК передбачає наступні його ключові особливості:

1. договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції;

2. пропозиція укласти договір має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття;

3. відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною.

Процедура укладення договору, викладена в ЦК, в світлі положень ч. 1 ст. 181 ГК залишається актуальною і для ГД. Лише деякі окремі види договорів у сфері господарювання мають дещо видозмінену процедуру, зокрема через призму їх обов'язковості для всіх СГ. До прикладу, ГД, що укладаються за державним замовленням, є обов'язковими для всіх СГ та ухилення від їх укладення є порушенням господарського законодавства (ч. 4 ст. 183 ГК).

ЗУ «Про ЕК» є спеціальним законом, покликаним врегулювати особливості укладення ГД у сфері ЕК. Аналіз вказаного НПА дав можливість дійти висновку, що загальна процедура укладення договору, передбачена в ЦК, збережена там у незмінному вигляді, деталізації піддані лише окремі аспекти відповідного процесу.

Так, відповідно до ч. 7 ст. 11 ЗУ «Про ЕК», електронний договір укладається і виконується в порядку, передбаченому ЦК та ГК, а також іншими актами законодавства. Відповідно до ч. 4 ст. 11 ЗУ «Про ЕК», пропозиція щодо укладення господарського договору може адресуватися у двох можливих формах:

1. через надсилання комерційного електронного повідомлення;
2. через розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-комунікаційних системах.

В свою чергу, відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана шляхом:

1. надсилання електронного повідомлення особі, яка зробила пропозицію укласти електронний договір, підписаного в порядку, передбаченому ст. 12 ЗУ «Про ЕК»;

2. заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі, що підписується в порядку, передбаченому ст. 12 ЗУ «Про ЕК»;

3. вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею (ч.6 ст.11 ЗУ «Про ЕК»).

Аналізуючи вказані положення, виникає декілька послідовних запитань:

1. чому для відповіді на пропозицію до укладення договору в сфері ЕК передбачена необхідність її підписання, а для пропозиції – не передбачена?

2. для чого необхідно обмежувати способи надання пропозиції та відповіді на неї в сфері ЕК закритими списками варіантів?

Перше питання набуває особливої актуальності в світлі пропозиції, розміщеної на веб-сторінці СГ. Часто пропозиції у формі правил, умов, форм договорів приєднання, що розміщуються на таких сторінках, є не підписаними та унеможливають, навіть за належного підписання відповіді на такі пропозиції, доведення в судовому порядку існування відповідної пропозиції. Наявність веб-сайту із зазначенням на ньому контактних даних конкретного СГ є сумнівним доказом його дійсно належності такому СГ, та у випадку судового спору будь-яка особа легко зможе «відхреститися» від відповідальності за діяльність такого сайту. З огляду на це вважаємо за необхідне доповнити ч.4 ст.11 ЗУ «Про ЕК» необхідністю підписання пропозиції у сфері ЕК, що може відбуватися, зокрема, шляхом публічного викладення файлу пропозиції з накладеним кваліфікованим електронним підписом.

Розглядаючи друге питання, варто зазначити, що способи пропозиції та відповіді на пропозицію, передбачені відповідними статтями ЗУ «Про ЕК», можуть бути вільно застосовані сторонами ГД без спеціального зазначення про це в законодавстві. Жодних обмежувальних застережень щодо форми пропозиції та відповіді на неї не містять ані ЦК, ані ГК. Директива 2000/31/ЕС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу (Директива про електронну комерцію)²⁸, структуру та основні

²⁸ Директива 2000/31/ЕС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу щодо окремих правових аспектів послуг інформаційного суспільства, зокрема електронної комерції, на внутрішньому ринку (Директива про електронну комерцію) (Official Journal of the European Union, 17.07.2000, Legislation 178, p.1-16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>).

положення якої дублює ЗУ «Про ЕК», також не містить відповідних застережень.

За наслідком аналізу вказаних питань пропонуються наступні зміни до ЗУ «Про ЕК»:

1. ч.4 ст.11 викласти в наступній редакції: *«Пропозиція укласти електронний договір (оферта) може бути зроблена у будь-який спосіб, не заборонений законодавством. Така пропозиція має бути підписана в порядку, передбаченому статтею 12 цього Закону»;*

2. ч.6 ст.11 ЗУ «Про ЕК» викласти в наступній редакції: *«Відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти електронний договір, про її прийняття (акцепт) може бути надана у будь-який спосіб, що не заборонений законодавством та відповідає змісту такої пропозиції. Така відповідь має бути підписана в порядку, передбаченому статтею 12 цього Закону».*

Деякі положення ЗУ «Про ЕК» видаються нам за такі, що значно обмежують договірну свободу суб'єктів ЕК. Так, ч.ч. 4,5 ст.13 ЗУ «Про ЕК» встановлюють виключно передплатну основу реалізації договірних відносин.

Так, відповідно до ч.4 ст.13 ЗУ «Про ЕК», якщо особа, яка одержала пропозицію укласти електронний договір (оферту), протягом строку для відповіді не здійснила оплату відповідно до зазначених у пропозиції умов, така пропозиція вважається неприйнятною.

Необхідно підкреслити, що відносини у сфері ЕК можуть складатися не лише на передплатній основі. СГ може запропонувати іншій стороні виконання робіт, надання послуг чи поставку товарів у спосіб, відповідно до якого лише після виконання такого обов'язку протилежна сторона зобов'язана буде здійснити оплату. Крім того, свобода договірних відносин передбачає також можливість укладення договору міни, бартеру, відповідно до яких оплати як такої взагалі не передбачається.

З огляду на вказане, наявність ч.4 ст.13 ЗУ «Про ЕК» є сумнівною та потребує вилучення із законодавства.

Частина 5 ст.13 ЗУ «Про ЕК» продовжує вказаний обмежувальний підхід, визначаючи, що здійснення оплати відповідно до умов, зазначених у пропозиції укласти електронний договір, без виконання інших умов та/або без надання усіх відомостей, визначених у такій пропозиції, не вважається прийняттям пропозиції укласти електронний договір (акцептом), а оплата вважається неналежною та підлягає поверненню особі, яка її здійснила.

Вказані умови, в першу чергу, обмежують варіації пропозицій до укладення ГД, визначаючи, у якості відповіді на неї може бути здійснена лише оплата. Щодо недійсності пропозиції за умови невиконання всіх передбачених нею дій – вказане є послідовним з огляду на положення

щодо необхідності відповіді на пропозицію бути «повною» та «безумовною» (ч. 1 ст. 642 ЦК).

З огляду на це, ч. 4 ст. 13 ЗУ «Про ЕК» необхідно вилучити із законодавства.

Принципу справедливості господарського договору протирічить також можливість, відповідно до ч. 11 ст. 11 ЗУ «Про ЕК» отримання підтвердження вчинення договору (в т.ч. у вигляді електронного документа) «у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар». Таким чином, сторона, що оплатила товари, відповідно до вказаного положення, може залишатися без підтвердження існування відповідних правовідносин аж до фактичного їх завершення.

Узагальнюючи правове регулювання укладення ГД за ЗУ «Про ЕК» варто відзначити, що вказаний НПА не змінює загальної процедури укладення ГД, викладеної в ЦК та ГК, а лише деталізує особливості укладення електронних правочинів. Серед такої деталізації є як норми, що забезпечують додаткову безпеку учасників відносин у сфері ЕК, так і ті, що надмірно зарегульовують відповідні правовідносини, обмежують договірну свободу учасників господарсько-договірних відносин. Ключовою особливістю ЕК є її простота, що так приваблює всіх учасників відповідної сфери²⁹. Відповідно, надмірне ускладнення та регламентація ЕК відштовхуватиме СГ, що сприятиме погіршенню стану економіки, екології, зупинятиме розвиток бізнесу.

Висновки

Дана робота є системним дослідженням нормативно-правового регулювання порядку укладення господарських договорів у сфері електронної комерції за законодавством України. Нами було здійснено узагальнення ключових вимог до форми, змісту та процедури укладення господарського договору що закріплені у ЦК та ГК як загальному законодавстві та через призму вказаних вимог проаналізоване спеціальне законодавство, зокрема ЗУ «Про ЕК», «Про ЕД», «Про ЕДП». При аналізі ключових понять, що використовуються у сфері електронного документообігу та їх вдосконаленні, нами враховувалося законодавство ЄС, що регулює аналогічні суспільні відносини.

На основі аналізу законодавства України, можна зробити висновок про надмірну зарегульованість законодавства України в частині реквізитів електронного документа, вимог до форматів файлів та найменування

²⁹ P. Spenner, K. Freeman, *To Keep Your Customers, Keep It Simple*, "Harvard Business Review" May 2012, <https://hbr.org/2012/05/to-keep-your-customers-keep-it-simple>.

електронних документів, передбачених відповідними нормативно-правовими актами. Так, законодавство передбачає значну кількість реквізитів, що не є критичними для чинності господарського договору, як-от передбачені щодо реєстраційно-контрольної картки електронного документа в ПЕД. Водночас, сторони у договорі можуть відмовитися від його застосування, базуючись на свободі договору, що визнається ЗУ «Про ЕД».

ЗУ «Про ЕК» деталізує порядок вчинення господарського договору, передбачений ЦК та ГК, з врахуванням особливостей сфери електронної комерції. Деякі положення вказаного нормативно-правового акту дійсно забезпечують додаткові гарантії безпеки учасників відносин у сфері електронної комерції. Водночас інші – сприяють надмірній регламентованості та обмеженню свободи договірних відносин.

Аналіз законодавства ЄС та позицій авторів свідчить, що сфера електронної комерції призначена для максимізації простоти ведення бізнесу. Водночас, дотримані мають бути також формальні процедури, необхідні для безпеки суб'єктів господарювання (як-от пов'язані з їх ідентифікацією в мережі Інтернет, перевіркою цілісності та походження даних).

Загалом, як форма, зміст господарського договору в сфері електронної комерції, так і процедура його укладення повністю підпорядковуються вимогам, передбачених у ЦК та ГК. Сфера електронної комерції опосередковує виникнення особливих способів укладення ГД, як-от через викладення пропозиції на веб-ресурсі відповідного суб'єкта господарювання та подальше надання відповіді на неї електронним повідомленням, заповненням формуляра тощо. Не зважаючи на це, навіть такі «єзкотичні» способи укладення господарського договору підпорядковуються загальним вимогам до його письмової форми та до процедури його укладення. Особливості сфери електронної комерції передбачають не скасування загальних вимог, а, радше, їх специфікацію в світлі особливостей відносин, що у її межах складаються.

Подальшого дослідження потребують особливі форми фіксації згоди з умовами договору, викладеними в мережі Інтернет, з конкретними положеннями договору в умовах можливості зміни змісту веб-сайту, а також безпекові характеристики альтернативних технічних засобів, що дозволяють перевірити цілісність та справжність електронного документу.

References

“Authenticity” *na ukrains'kij movi* [“Authenticity” in Ukrainian], M-TRANSLATE, <https://www.m-translate.com.ua/en-uk/word-authenticity-translation#>.

- Bilodid I.K. (ed.), *Slovník ukraïns'koï movi* [Dictionary of the Ukrainian language], 11 vols., USSR Academy of Sciences, Institute of Linguistics, Naukova dumka, Kyiv 1970–1980.
- Čornomorčenko E., *Elektronni dokumenti âk must have: «Včasno» rozповідаê pro zaošadženi mil'joni, zadovolenih kliêntiv ta porâtunok planeti* [Electronic documents as a must have: “On time” tells about the millions saved, satisfied customers and saving the planet], Bit.UA, <https://bit.ua/2020/11/vchasno-electronic-documents/>.
- Garg V.K., *Wireless Communications & Networking – in The Morgan Kaufmann Series in Networking*, 2007, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-373580-5.X5033-9>.
- Ivanova J., Jurczyk M., *Computer Networks – in Encyclopedia of Physical Science and Technology*, third edition, 2003, <https://doi.org/10.1016/B0-12-227410-5/00133-2>.
- Medicines & Healthcare products Regulatory Agency, *GXP Data Integrity Guidance and Definitions*, Revision 1 March 2018, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/687246/MHRA_GxP_data_integrity_guide_March_edited_Final.pdf.
- Milovanov V., VRU apparatus, Main Legal Department, *Zauvažennâ do proektu Zakonu Ukraïni pro stimulûvannâ rozvitku cifrovoi ekonomiki v Ukraïni (reêstracijnij № 4303)* [Comments on the draft Law of Ukraine on Stimulating the Development of the Digital Economy in Ukraine (registration № 4303)], http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc_34?id=&pf3511=70298&pf35401=550994.
- Pohls H.C., Hohne F., *The Role of Data Integrity in EU Digital Signature Legislation — Achieving Statutory Trust for Sanitizable Signature Schemes*, [in:] C. Meadows, C. Fernandez-Gago (eds.), *Security and Trust Management*, 7th International Workshop, STM 2011, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-29963-6_13.
- Spenner P., Freeman K., *To Keep Your Customers, Keep It Simple*, “Harvard Business Review” May 2012, <https://hbr.org/2012/05/to-keep-your-customers-keep-it-simple>.
- Zavždi včasno: âk Rozetka vprovadžuvala elektronnij dokumentoobîg* [Always on time: how Rozetka implemented electronic document management], Rau.Ua, <https://rau.ua/novyni/rozetka-elektronnyj-dokument/>.

Summary

Conclusion of business contracts in the field of electronic commerce

Keywords: legislation, business contracts, e-commerce, document management.

The epidemic caused by the SARS-CoV-2 virus (COVID-19) has necessitated the search for new formats of doing business. Companies that have taken the initiative and taken advantage of e-commerce have been able to achieve significant success. This article is devoted to a comprehensive analysis of the legislation of Ukraine on the subject of legal regulation of requirements for the form, content and procedure for concluding a business agreement in the relevant field. The main requirements related to the specifics of the

implementation of contractual relations in this area are primarily related to the circulation of electronic documents, as well as the need to certify the integrity of the data transmitted by them. As a result of the study, it was found that the basic requirements for concluding a business contract in the traditional form remain relevant in the field of e-commerce. At the same time, the legislation over-regulates some aspects of the contractual relationship, leaving the parties little freedom to choose modern means of communication.

Streszczenie

Zawieranie umów handlowych w zakresie handlu elektronicznego

Słowa kluczowe: ustawodawstwo, umowy biznesowe, e-commerce, zarządzanie dokumentami.

Epidemia wywołana wirusem SARS-CoV-2 (COVID-19) wymusiła poszukiwanie nowych form prowadzenia biznesu. Firmy, które podjęły inicjatywę i skorzystały z e-commerce, odniosły znaczący sukces. Artykuł poświęcony jest kompleksowej analizie ustawodawstwa Ukrainy w zakresie uregulowania prawnego wymogów co do formy, treści i trybu zawierania umowy biznesowej w tej dziedzinie. Główne wymagania związane ze specyfiką realizacji stosunków umownych w tym obszarze dotyczą przede wszystkim obiegu dokumentów elektronicznych, a także konieczności poświadczania integralności przekazywanych przez nie danych. W wyniku przeprowadzonych badań stwierdzono, że podstawowe wymagania co do zawarcia umowy biznesowej w formie tradycyjnej pozostają aktualne w obszarze e-commerce. Jednocześnie ustawodawstwo zbyt szczegółowo reguluje niektóre aspekty stosunku umownego, pozostawiając stronom niewielką swobodę wyboru nowoczesnych środków komunikacji.

Mieczysław Różański

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 000-003-3345-1740

mieczyslaw.rozanski@uwm.edu.pl

Podstawy prawne nauczania religii w szkołach w okresie kształtowania się II Rzeczypospolitej

Wstęp

Po wydaniu 5 listopada 1916 r. przez cesarzy niemieckiego i austro-węgierskiego aktu, który zapowiadał utworzenie samodzielnego państwa polskiego z dziedziczną monarchią i konstytucyjnym ustrojem¹, zaczęto tworzyć w porozumieniu z władzami okupacyjnymi na terenach byłego zaboru rosyjskiego początki administracji polskiej. Rozpoczął się okres kreowania aktów prawnych, które miały stać się podstawą do działania przyszłego niepodległego państwa.

Jednym z problemów, przed jakim stanęły polskie władze, było uregulowanie problematyki wyznaniowej w państwie, czyli określenie sytuacji prawnej Kościoła katolickiego i innych kościołów i związków wyznaniowych działających na terenie państwa. Wśród wielu zagadnień mających charakter istotny dla funkcjonowania kościołów w państwie było zagadnienie nauczania religii w szkołach publicznych. Należy zauważyć, że w dotychczasowym szkolnictwie w państwach zaborczych religia była nauczana i w zasadzie nikt poza partiami i ruchami socjalistycznymi nie negował jej miejsca w działalności szkolnej.

Artykuł zostanie poświęcony zagadnieniu, które nie zostało dotychczas dostatecznie opracowane w polskiej literaturze historyczno-prawnej. Ma on charakter źródłoznawczy. Jego celem jest ukazanie podstaw prawnych nauczania religii w szkołach powszechnych w ustawodawstwie powstałym podczas I wojny światowej, które stało się później podstawą do uchwalania nowych aktów normatywnych w państwie, na podstawie uchwalonej konstytucji

¹ K.W. Kumaniecki, *Odbudowa państwowości polskiej. Najważniejsze dokumenty 1912 – styczeń 1924*, Warszawa–Kraków 1924, s. 48.

w 1921 r.², przy czym – z uwagi na obszerność zagadnienia – nie będzie analizowana dyskusja nad tym problemem prowadzona wewnątrz Kościoła Katolickiego i postulaty partii politycznych.

Okres Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego

Przejęty po zaborze rosyjskim ustrój szkolnictwa był odzwierciedleniem istniejących w nim stosunków społecznych, ekonomicznych i politycznych. Należy zauważyć, że w innych zaborach istniały takie same tendencje i pomiędzy zaborami były różnice w szkolnictwie pod względem organizacyjnym, programowym i dydaktycznym. Nie będą one przedmiotem dalszej analizy³, gdyż tereny okupowane przez wojska niemieckie i austro-węgierskie obejmowały tereny byłego zaboru rosyjskiego i tworzenie nowego ustroju szkolnego dotyczyć będzie najpierw tego terenu, a później po odzyskaniu niepodległości rozciągnięte zostanie na obszary pozostałych zaborów. Szkolnictwo elementarne na tym terenie było najslabiej rozwinięte, brak było sieci szkolnej i przymusu szkolnego. Nie istniały jednolite przepisy dotyczące czasu i zakresu nauki, która odbywała się zasadniczo w języku rosyjskim. W Królestwie Polskim szkoły elementarne i średnie zakładała i utrzymywała gmina, która mogła starać się o dotacje ze skarbu państwa. Niezależnie od nich istniały szkoły prowadzone przez kościoły, zwłaszcza cerkiew prawosławną. Zadaniem tych szkół było wspomaganie władz oświatowych w procesie rusyfikacji⁴. Także ludność żydowska prowadziła i utrzymywała z własnych funduszy osobne szkoły typu religijnego – tzw. chedery i talmudtory⁵. Uzupełnieniem sieci szkolnej było szkolnictwo prywatne, które na terenie Królestwa Polskiego funkcjonowało jawnie od 1905 r. Prowadziły je organizacje (w tym kościoły: katolicki i ewangelickie), instytucje społeczne, nauczyciele i osoby prywatne. W 1914 r. na 5050 szkół powszechnych było 833 szkół prywatnych⁶, a w grudniu 1917 r. na 8883 szkoły znajdujące się na terenach okupowanych było 6788 szkół publicznych i 2095 szkół prywatnych⁷.

² Dz.U. z 1921 r., Nr 44, poz. 267.

³ Szerzej: K. Trzebiatowski, *Szkolnictwo powszechne w Polsce w latach 1918–1932*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970, s. 19–27; M. Pęcherski, M. Świątek, *Organizacja oświaty w Polsce w latach 1917–1977. Podstawowe akty prawne*, Warszawa 1978, s. 17–25.

⁴ *Statystyka polska*, t. 1: *Stan szkolnictwa powszechnego z grudnia 1917 r.*, Warszawa 1919, s. II.

⁵ N. Gąsiorowska, *O sytuacji w szkolnictwie ludowym w Królestwie Polskim*, [w:] PPS – Lewica 1906–1918. *Materiały i dokumenty*, t. 2: 1911–1914, Warszawa 1962, s. 465. Cheder – żydowska elementarna szkoła religijna przeznaczona dla dzieci najuboższych rodziców, a także sierot, których nie stać było na opłacenie nauki u prywatnych nauczycieli; talmudtor – szkoła żydowska o charakterze religijnym utrzymywana przez gminę religijną; *Cheder*, [w:] Z. Borzymińska, R. Żebrowski (red.), *Polski słownik judaistyczny. Dzieje – kultura – religia – ludzie*, t. 1, Warszawa 2003, s. 281–283.

⁶ *Statystyka polska*, op. cit., s. III.

⁷ *Ibidem*, s. VI.

W tym czasie kształtowała się także relacja między Kościołem katolickim a przyszłym państwem polskim. Władze Kościoła katolickiego dążyły do odzyskania właściwej pozycji prawnej. Były świadome tego, że nie będzie ona taka jak w okresie przedrozbiorowym, ale chciały uzyskać pozycję prawną, która dawałaby możliwość realizacji funkcji i zadań duszpasterskich Kościoła. Problematyka dotycząca funkcjonowania szkół, religijnego wychowania młodzieży i nauki religii była obecna w obradach Konferencji Biskupów Prowincji Warszawskiej. W omawianym czasie podczas I wojny światowej na V Konferencji Biskupów, która odbyła się w 1916 r., postanowiono wyznaczyć księży, którzy sprawowaliby inspekcję nad wykładami religii⁸. Dyskutowano na temat *missio canonica* do nauczania religii dla nauczycieli świeckich. Podjęto wówczas decyzję, że religii nauczać powinni duchowni: proboszcz lub wikariusz, a dopiero wówczas, gdy oni nie mogą, proboszcz może starać się o udzielenie zgody do nauczania religii dla nauczyciela, który musiał być odpowiednio przygotowany merytorycznie. Biskupi opowiedzieli się za utrzymaniem czterech godzin nauczania religii⁹. Tematyka ta była obecna także podczas kolejnych konferencji w okresie I wojny światowej. Podczas nich wypracowano stanowisko Kościoła rzymskokatolickiego, będącego w strefie okupacyjnej niemiecko-austro-węgierskiej, dotyczące następujących zagadnień: stanowisko Kościoła dotyczące nauczania religii w szkołach elementarnych, wizytacji lekcji religii, osób wizytujących, misji kanonicznej do nauczania religii, nauczania religii przez osoby świeckie, wykształcenia nauczycieli religii, szkoły wyznaniowej, programu do nauczania religii w szkołach elementarnych i średnich¹⁰.

Po wydaniu manifestu z 5 listopada 1916 r., utworzono w Warszawie Tymczasową Radę Stanu (dalej jako TRS), której przyznano kompetencje doradcze i opiniodawcze¹¹. Rada miała współdziałać „przy tworzeniu dalszych urządzeń państwowych w Królestwie Polskim”¹². Jak zauważył Wacław Komarnicki, deklaracja z 5 listopada była jedynie zapowiedzią stworzenia nowego państwa, a nie aktem kreacyjnym, nie powoływała żadnych organów. Także TRS nie

⁸ Archiwum Archidiecezjalne Lubelskie, Rep 61 I 1, protokół V Konferencji Biskupów prowincji Warszawskiej, odbytej w d. 12–13 stycznia 1916 r., p. 6; Hospes [A.J. Nowowiejski], *Konferencje Episkopatu Prowincji Warszawskiej 1906–1918*, „Ateneum Kapłańskie” 1927, nr 20, s. 226–227; M. Różański, *Problematyka szkolna w obradach Konferencji Episkopatu Prowincji Warszawskiej w okresie niewoli narodowej (1906–1918)*, „Saeculum Christianum” 2007, nr 14(1), s. 129.

⁹ Ibidem, p. 6 c, d.

¹⁰ Szerzej: Hospes, op. cit., s. 226–229; M. Różański, op. cit., s. 128–132; J. Osuchowski, *Prawo wyznaniowe Rzeczypospolitej Polskiej 1918–1939*, Warszawa 1967, s. 59–60.

¹¹ Rozporządzenie generalnego gubernatora warszawskiego oraz c. i k. generalnego gubernatora wojskowego z dnia 6 grudnia 1916 r. o tymczasowej Radzie Stanu w Królestwie Polskim, *Dziennik Rozporządzeń dla Jeneralnego Gubernatorstwa Warszawskiego* (Dz. z 1916 r., Nr 55, poz. 210); *Dziennik Rozporządzeń c. i k. Jeneralnego Gubernatorstwa Wojskowego dla Austriacko-Węgierskiego Obszaru Okupowanego w Polsce* (Dz. z 1916 r., cz. XIX, poz. 120); K.W. Kumaniecki, op. cit., s. 71–72.

¹² K.W. Kumaniecki, op. cit., s. 72.

była organem, a instytucją obywatelską powołaną przez władze okupacyjne do współdziałania z nimi w pracach nad utworzeniem państwa polskiego¹³. Przystąpiono zatem do jej organizacji i wyboru członków. Prace te trwały ponad półtora miesiąca¹⁴. Skład TRS ogłoszony został 17 stycznia 1917 r. W jego gremium wchodził także duchowni katolicy: ks. Henryk Przeździecki i ks. Bolesław Sztobryn¹⁵. Podczas prac nad jej tworzeniem władze okupacyjne wyraziły wstępną zgodę do przekazania spraw związanych ze szkolnictwem nowo tworzonemu władzom polskim¹⁶. Rada powołała tzw. Komisję Przejściową, która przyjęła zarząd nad szkolnictwem na terenach okupowanych przez Niemców i Austriaków ziem byłego Królestwa Kongresowego. Podstawą prawną działania tej komisji było rozporządzenie generalnego gubernatora warszawskiego Hansa Hartwiga von Beselę'a z 12 września 1917 r.¹⁷ Takie samo rozporządzenie wydał generalny gubernator austriacki w Lublinie 26 września 1917 r.¹⁸

Pracami administracyjnymi Rady kierował Wydział Wykonawczy, który dzielił się na departamenty. Jednym z nich był Departament Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego. Na jego czele stanął Józef Mikułowski-Pomorski. Departament dzielił się na dwie sekcje: Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, a one z kolei miały jeszcze wewnętrzny podział na Rady. W Departamencie Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego podjęto negocjacje z władzami okupacyjnymi nad przejęciem administracji szkolnej oraz przygotowywano akty regulacyjne i pracowano nad koncepcją ustroju szkolnego w przyszłym państwie¹⁹.

Nauka religii w szkołach nie była ograniczana przez władze okupacyjne w strefie austriackiej i prowadzono ją na podstawie rozporządzenia Naczelnego Wodza z 7 marca 1915 r., a następnie rozporządzenia generalnego gubernatora z 31 października 1915 r.²⁰ Rozporządzenie to wprowadzało szkolnictwo podobne w swojej strukturze do szkolnictwa w monarchii habsburskiej. Prze-

¹³ W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne*, Warszawa 1922, s. 21–24.

¹⁴ [M. Bobrzyński], *Wskrzeszenie państwa polskiego. Rys historyczny*, t. 1: 1914–1918, Kraków 1920, s. 168–175.

¹⁵ J. Szczepanik, *Troska Kościoła o nauczanie i wychowanie religijne w szkole w latach 1918–1927*, Kraków 1997, s. 77. Propozycję wejścia w jej skład otrzymał arcybiskup warszawski Aleksander Kakowski, jednak odmówił uczestnictwa w jej pracach – A. Kakowski, *Z niewoli do niepodległości. Pamiętniki*, Kraków 2000, s. 341–342.

¹⁶ K. Konarski, *Dzieje szkolnictwa w b. Królestwie Kongresowym 1915–1918*, Kraków 1923, s. 15–16.

¹⁷ Dziennik Rozporządzeń generalnego gubernatora warszawskiego Nr 87, poz. 378.

¹⁸ Rozporządzenie ogólne dotyczące oddania zarządu szkolnictwa Komisji Przejściowej Tymczasowej Rady Stanu, Dziennik Urzędowy Departamentu Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (Dz. z 1917 r., Nr 1, 23–24).

¹⁹ J. Szczepanik, op. cit., s. 78–79.

²⁰ Rozporządzenie c.k. wojskowego generała gubernatora z 31 października 1915 r. ws. szkolnictwa ludowego, Dziennik rozporządzeń c. k. Jeneralnego Gubernatorstwa wojskowego dla austriacko-węgierskiego obszaru okupowanego w Polsce, cz. 2, 12 listopada 1915 r.

widowało możliwość zakładania szkół wyznaniowych, które nie były finansowane przez samorząd lub państwo. Religia nauczana była obowiązkowo. Kierowanie nią i bezpośredni nadzór nad procesem dydaktycznym oraz wykonywanie praktyk religijnych pozostawiono kościołowi, a niezależnie od tego nadzór nad jej procesem dydaktycznym miał zarząd wojskowy. Władze kościelne obarczono obowiązkiem zatwierdzania przez komendy obwodów rozporządzeń dotyczących nauki religii i praktyk religijnych. Tygodniowy wymiar godzin dla nauczyciela religii wynosił 30 godzin lekcyjnych.

W późniejszym okresie gubernator zwrócił się do władz kościelnych w strefie okupacyjnej austrowęgierskiej, aby wypracowali zasady nauczania religii przez osoby świeckie. Powstał wówczas projekt, zgodnie z którym władza diecezjalna miała mianować przedstawiciela duchowieństwa do miejscowej rady szkolnej. Aby podwyższyć kwalifikacje do nauczania religii, alumni w seminarium mieli zdać egzamin z pedagogiki i metodyki religii, a księża, którzy nie posiadali stopni naukowych uczący w szkołach średnich, zobowiązani byli do zdania egzaminu z tych przedmiotów. Wszyscy kandydaci na nauczyciela religii otrzymywali misję kanoniczną. Nauczyciele świeccy potrzebowali do otrzymania tej misji pozytywnego świadectwa moralności wystawionego przez proboszcza miejsca ich zamieszkiwania oraz jeśli nie ukończyli szkoły, w której byłaby wkładana metodyka nauki religii, musieli zdać egzamin przed delegatem biskupa. W celu nadzoru nad procesem nauczania religii przewidywano wyznaczenie specjalnej wizytatorów²¹.

W tym samym czasie nauczanie religii w szkole i obecność kościoła w systemie edukacyjnym były opracowywane w projekcie konstytucji. W skład komisji, której zadaniem było opracowanie tekstu ustawy zasadniczej, weszli ks. Henryk Przeździecki i ks. Zygmunt Chełmicki²². Do tej komisji wpłynęły 3 projekty konstytucji opracowane m.in. przez Stanisława Kutrzebę i Zygmunta Cybichowskiego. Podstawą obrad komisji był projekt opracowany przez ostatniego z autorów. Zagadnienia dotyczące nauki religii w szkole zamieszczone zostały w IV rozdziale zatytułowanym *O prawach i obowiązkach obywateli*, w art. 84, który brzmiał „Kierownictwo nauki religii w szkołach spoczywa w rękach właściwego kościoła lub związku religijnego”²³. Dyskusja nad tym artykułem odbyła się na 18. posiedzeniu podkomisji. Po zakończeniu pierwszego czytania, artykuł dotyczący problematyki nauczania religii w szkole otrzymał nr 117. Jego nowe brzmienie znacznie odbiegało od pierwotnego i otrzymało formę: „Nauka a religia jest w szkołach początkowych i średnich ogólnokształcących obowiązkowa dla uczni właściwego wyznania. Sprawa

²¹ J. Szczepanik, op. cit., s. 81–82.

²² Ibidem, s. 84; W. Komarnicki, op. cit., s. 137–138.

²³ J. Sawicki, *Studia nad położeniem prawnym mniejszości religijnych w państwie polskim*, Warszawa 1937, s. 14. Niestety, nie zachowały się oryginały protokołów, które przed wojną przechowywane były w Bibliotece Sejmu i Senatu.

kosztów nauki religii będzie uregulowana w ustawie. Kierownictwo nauki religii w szkołach spoczywa w rękach właściwego kościoła lub związku religijnego”²⁴. Artykuł ten wprowadzał zasadę obowiązkowego nauczania religii we wszystkich szkołach powszechnych i średnich – tak państwowych, jak i prywatnych – i nakładał na państwo obowiązek zorganizowania tej nauki. Jednocześnie, jak wskazuje Jakub Sawicki, artykuł ten wprowadzał zasadę wolności religijnej – tzn. uczeń poznaje religię swojego wyznania, a nie innego²⁵.

Podczas drugiego czytania projektu, które miało miejsce 13 lipca 1917 r., komisja miała jeszcze dwa teksty różniące się w szczegółach omawianej problematyki autorstwa Z. Cybichowskiego i J. Buzka. Kolejne, trzecie czytanie odbyło się w dniach 23–28 lipca 1917 r. Interesujące nas zagadnienie znalazło się w art. 132 w brzmieniu: „Nauka religii w szkołach początkowych i szkołach średnich ogólnokształcących jest obowiązkowa dla uczniów odpowiedniego wyznania. Kontrola nad nauką religii w szkołach spoczywa w ręku odpowiedniego kościoła lub związku religijnego w zakresie zgodności wykładu z zasadami odpowiedniej religii”²⁶. Dalsza dyskusja nad tym artykułem odbyła się na posiedzeniu 27 lipca 1917 r., gdzie podjęto jeszcze raz dyskusję w sprawie kosztów nauczania religii. Ostatecznie zagadnienie to w projekcie konstytucji Tymczasowej Rady Stanu z 28 lipca 1917 r. otrzymało brzmienie w art. 136: „Nauka religii w szkołach początkowych i średnich ogólnokształcących jest obowiązkowa dla uczniów właściwego wyznania. Kierownictwo nauki religii w szkołach spoczywa w rękach właściwego kościoła lub związku religijnego, w zakresie zgodności z zasadami odpowiedniego wyznania. Sprawa kosztów nauki religii będzie unormowana w drodze ustawodawczej”²⁷. W przepisie tym zawarto przymusową naukę religii w szkołach początkowych i średnich ogólnokształcących oraz zasadę podwójnego kierownictwa nad procesem nauczania i wychowania dzieci i młodzieży, dokonując jasnego rozgraniczenia kompetencji władz kościelnych i państwowych. Powrócono także do sprawy funkcjonowania szkoły wyznaniowej. Zasadę tę wpisano art. 137: „W szkole początkowej, nauczyciel w miarę możliwości, powinien być wyznania większość dzieci”²⁸.

Osiągnięciem TRS było uchwalenie przepisów tymczasowych o szkołach elementarnych w Królestwie Polskim²⁹. Przepisy tam zawarte regulowały administrację szkolną, która znajdowała się w kompetencji organów centralnych Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (dalej jako

²⁴ Ibidem, s. 24–25.

²⁵ Ibidem, s. 26.

²⁶ Ibidem, s. 30.

²⁷ Projekt konstytucji państwa polskiego opracowany przez Komisję Sejmową Konstytucyjną TRS królestwa Polskiego, [w:] *Projekty konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1920, s. 135.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Przepisy tymczasowe o szkołach elementarnych w Królestwie Polskim, Dziennik Urzędowy Departamentu Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (Dz. z 1917 r., Nr 1, poz. 1, s. 4–22); K Konarski, op. cit., s. 18.

MWRiOP) oraz samorządu szkolnego. Opracowano je według galicyjskiego wzorca administracji szkolnej, utworzono inspektoraty okręgowe, dozory i opieki szkolne³⁰. Szkoły elementarne podzielone zostały na publiczne i prywatne (art. 1). Szkoły publiczne miały być utrzymywane przez państwo oraz organy samorządowe (art. 5) i stanowić szkoły bezpłatne (art. 4). Zgodnie z art. 3, publiczna szkoła elementarna była dostępna dla wszystkich dzieci w wieku szkolnym bez różnicy wyznania. Dokument zakładał domyślnie nauczanie religii w szkole, nie wypowiadając się co do jego obowiązkowości. W art. 26 uregulowano szczegółowo sposób mianowania księży prefektów i świeckich nauczycieli religii katolickiej. Byli oni mianowani przez dyrektora departamentu MWRiOP za zgodą władzy duchownej, spośród osób które posiadały misję kanoniczną. Podobna zasada dotyczyła innych wyznań³¹.

Dokument ten określał także uczestnictwo przedstawicieli Kościoła katolickiego i innych wyznań w radach szkolnych. W Radzie Szkolnej Okręgowej z nominacji zasiadali reprezentant Kościoła katolickiego, a także reprezentant innego wyznania – o ile w danym okręgu wyznawcy tego wyznania stanowili więcej niż 1% ogółu ludności. Reprezentantów wyznań powoływał dyrektor Departamentu MWRiOP po porozumieniu się z odpowiednią władzą kościelną Kościoła katolickiego lub gminy wyznaniowej³². W podobny sposób powoływano członka Rady Szkolnej Okręgowej wydzielonego miasta, mającego odrębny okręg szkolny³³. Kadencja tych przedstawicieli trwała trzy lata³⁴. Dozór szkolny w gminach wiejskich i osadach składał się z duchownych: reprezentanta Kościoła katolickiego i reprezentantów innych wyznań – o ile dane wyznanie liczyło w gminie więcej niż w 2% ogółu ludności gminy. Gminnych reprezentantów wyznaniowych powoływała Szkolna Rada Okręgowa po porozumieniu z władzami Kościoła rzymskokatolickiego lub innych związków wyznaniowych³⁵. Takie same przepisy dotyczyły Dozoru Szkolnego gminy miejskiej,

³⁰ Najwyższą władzą szkolną był departament, jemu podlegali inspektorzy okręgowi, którzy sprawowali władzę wykonawczą terenie, następnie Rada Szkolna Okręgowa, dozory szkolne w gminach oraz kierownicy poszczególnych szkół; M. Balicki, *Zarządzanie szkolnictwem w Polsce (studio historyczno-porównawcze)*, Białystok 1978, s. 95.

³¹ Art. 26: „Księża prefektów oraz świeckich nauczycieli religii katolickiej mianuje dyrektor Departamentu WRiOP za zgodą władzy duchownej spośród osób posiadających misję kanoniczną. Nauczycieli religii innych wyznań mianuje dyrektor Departamentu po porozumieniu się z odpowiednią zwierzchnością wyznaniową”.

³² Art. 30 B, pkt 2: „Z osób duchownych: reprezentanta kościoła rzymsko-katolickiego i reprezentantów innych wyznań, o ile dane wyznanie stanowi w okręgu więcej niż 1% ogółu ludności; reprezentantów wyznań powołuje dyrektor Departamentu w porozumieniu się z władzą kościoła katolickiego, wzgl. zwierzchnością gmin wyznaniowych”.

³³ Art. 31 B, pkt 2.

³⁴ Art. 32.

³⁵ Art. 49, pkt B 1: „Z osób duchownych: reprezentanta kościoła rz[ymско]-katolickiego i reprezentantów innych wyznań, o ile dane wyznanie stanowi w okręgu więcej niż 2% ogółu ludności gminy; reprezentantów wyznań powołuje Rada Szkolna Okręgowa w porozumieniu się z władzą kościoła rz[ymско]-katolickiego, wzgl. zwierzchnością gmin wyznaniowych”.

liczących mniej niż 20 tys. ludności³⁶ i gminie miejskiej liczącej więcej niż 20 tys. ludności³⁷. Ich kadencja trwała 3 lata³⁸. Bezpośrednią opiekę nad każdą szkołą elementarną publiczną lub kilkoma szkołami działającymi w jednej wsi lub mieście (art. 66) sprawowała Opieka Szkolna (art. 65), która składała się oprócz innych członków z osoby duchownej nauczającej w niej religię³⁹. W przypadku kilku osób nauczających religię jednego wyznania wchodził do Opieki Szkolnej duchowny najstarszy wiekiem⁴⁰. Kadencja tego ciała trwała 3 lata⁴¹. Obecność duchownych w gremiach zarządu szkolnictwa dawała Kościołowi możliwość nie tylko wyglądu w sprawach nauki szkolnej, ale także stawiania postulatów i wniosków zgodnych z jego nauką. Zadania te wypisane były w obowiązki tych gremiów. Należało do nich m.in. roztaczanie nadzoru nad szkolnictwem elementarnym publicznym i prywatnym, badanie potrzeb szkolnych i oświatowo kulturalnych swojego okręgu, wybór kandydatów na nauczycieli i przedstawianie ich inspektorowi do zatwierdzenia⁴².

Nadzór nad nauką religii, która była prowadzona w szkołach publicznych przez księży lub upoważnionych nauczycieli, należała do inspektora okręgowego i do reprezentantów odpowiedniego wyznania, którzy byli mianowani przez dyrektora Departamentu MWRiOP po porozumieniu z odpowiednią władzą duchowną⁴³.

Kolejny VI dział dotyczył nauki dzieci wyznania mojżeszowego. W art. 97 zapowiedziano utworzenie szkół elementarnych lub oddziałów dla dzieci wyznania mojżeszowego, które będą świętowały w szabat, a w art. 98 wskazano, że do czasu kiedy wszystkie dzieci wyznania mojżeszowego nie będą mogły uczęszczać do szkół publicznych gminnych elementarnych, nauka języka polskiego i innych przedmiotów elementarnych w języku polskim prowadzona będzie według specjalnego programu pod nadzorem w szkołach wyznaniowych prywatnych tamudtorach i chederach na koszt gmin⁴⁴.

Czas działania Rady Regencyjnej

Kryzys legionowy przyczynił się do tego, że członkowie TRS 25 sierpnia 1917 r. złożyli swoje mandaty⁴⁵. W tym czasie od 1 października 1917 r. ad-

³⁶ Art. 50, pkt B 1.

³⁷ Art. 51, pkt B 1.

³⁸ Art. 52.

³⁹ Art. 67, pkt 3.

⁴⁰ Art. 67, pkt 3.

⁴¹ Art. 68.

⁴² Art. 34, 54.

⁴³ Art. 96.

⁴⁴ Art. 98.

⁴⁵ J. Pajewski, *Odbudowa państwa polskiego 1914–1918*, Warszawa 1980, s. 169.

ministracja szkolna w całym zakresie przysłała pod zarządu władz polskich. Stało się to na mocy rozporządzenia z 12 września 1917 r. generalnego gubernatora warszawskiego i analogicznego aktu prawnego z 26 września 1917 r. generalnego gubernatora wojskowego okupacji austro-węgierskiej Szeptyckiego. Utraciło wówczas moc rozporządzenie o organizacji szkolnictwa wydane 24 sierpnia 1915 r.⁴⁶ Wówczas wydano także ustawę normującą zasady działania szkolnictwa mniejszościowego w Królestwie Polskim⁴⁷. Ustawa ta wskazywała, że szkoła w Królestwie Polskim miała być szkołą symultanną, czyli „szkoły publiczne w Królestwie Polskim są tak samo dostępne dla dzieci mniejszości, jak dla dzieci innych mieszkańców Królestwa Polskiego bez różnicy narodowości i wyznania” (art. 2). Natomiast w szkołach znajdujących się w strefie okupacyjnej niemieckiej szkoły, w miarę możliwości, kierować się miały zasadą wyznaniowości – „nauczyciele i nauczycielki powinny być, o ile możliwości, osobami, który język ojczysty i wyznanie jest takie same, jak dzieci szkolnych” (art. 6).

Rada Regencyjna powołana została 12 września 1917 r. i miała sprawować władzę do czasu objęcia rządów przez króla lub regenta⁴⁸. Jednym z jej członków był arcybiskup warszawski Aleksander Kakowski i cieszyła się poparciem Episkopatu Królestwa Polskiego. W zakresie przepisów szkolnych kontynuowała prace rozpoczęte w ramach TRS. Wraz z przejęciem administracji szkolnej weszły w życie omawiane wcześniej przepisy o szkołach elementarnych.

W późniejszym okresie czasu Rada Regencyjna wprowadziła obowiązkowe egzaminy z nauki religii dla abiturientów w szkołach filologicznych i realnych, dla ekstremistów oraz ośmioklasowych szkół handlowych i zakładów kształcenia nauczycieli. W regulaminie egzaminów dojrzałości⁴⁹ określono zasady proceduralne zdawania egzaminu oraz przedmioty, które abiturient musiał zdać, aby otrzymać świadectwo. Do egzaminu mogli przystąpić uczniowie i uczennice klasy ósmej szkoły filologicznej lub realnej, którzy zostali do egzaminu dopuszczeni przez grono nauczycieli od przewodnictwem dyrektora szkoły (§ 5). W składzie komisji egzaminacyjnej byli m.in. nauczyciele przedmiotów, z których odbywały się egzaminy⁵⁰. Abiturienci zdawali egzaminy

⁴⁶ *Przyjęcie szkolnictwa przez polskie władze oświatowe*, „Przegląd Pedagogiczny” 1917, nr 36(8–9), s. 377–379.

⁴⁷ W. Komarnicki, op. cit., s. 27–28; J. Szczepanik, op. cit., s. 88.

⁴⁸ Patent 12 września 1917 r. ws. władzy państwowej w Królestwie Polskim, [w:] W. Komarnicki, op. cit., s. 88–89. „Najwyższą władzę państwową w państwie polskim, aż do jej objęcia przez króla lub regenta, poddaje się Radzie Regencyjnej z zastrzeżeniem stanowiska mocarstw okupacyjnych według prawa międzynarodowego” (art. 1, pkt 1).

⁴⁹ Regulamin egzaminu w dojrzałości, Dziennik Urzędowy Departamentu Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego (Dz. z 1917 r., Nr 2, poz. 3).

⁵⁰ § 9 regulaminu określał, że w skład komisji egzaminacyjnej wchodzi: przewodniczący, mianowany przez dyrektora Departamentu MWRiOP, dyrektor szkoły, pewna liczba specjalistów – nauczycieli szkół średnich, mianowanych przez dyrektora Departamentu MWRiOP, którzy nauczanie przedmiotów, z których odbywają się egzaminy.

pisemne⁵¹ i egzaminy ustne (§ 14). Wśród przedmiotów zdawanych na egzaminach ustnych była religia⁵². Do tej grupy szkół ministerstwo zaliczyło także siedmioklasowe szkoły handlowe, które przekształciły się w ośmioklasowej szkoły handlowe⁵³. Abiturienti tych szkół zdawali egzamin dojrzałości według określonych we wcześniejszym rozporządzeniu procedury, w zakresie podobnym do uczniów szkół realnych. Zdawali oni ustny egzamin z religii⁵⁴. Egzamin ten zdawali eksterniści, a także słuchacze seminarium nauczycielskiego, którzy przygotowywali się do zdania egzaminu dojrzałości⁵⁵. Zdawali przedmioty w grupach cztero- lub pięciosobowych przed całą komisją. Odpowiedź z wszystkich zdawanych przedmiotów miała trwać nie dłużej niż 90 min (§ 18).

Podobne zasady wprowadzone zostały przy egzaminach eksternów po ukończeniu czterech i sześciu klas⁵⁶. Uczniowie ci, którzy chcieli uzyskać świadectwo ukończenia czterech lub sześciu klas, musieli poddać się egzaminowi, który miał wskazać, że posiadają oni wiedzę odpowiadającą wymaganiom stawianym przez MWRiOP (§ 2). Przeprowadzała je komisja egzaminacyjną powoływana przez ministra (§ 3). Egzamin składał się z dwóch etapów: części pisemnej⁵⁷ i części ustnej. Wśród przedmiotów zdawanych na egzaminie ustnym była religia⁵⁸.

⁵¹ §14 regulaminu: w szkole filologicznej zdawane egzaminy pisemne z języka polskiego, z matematyki – geometrii z trygonometrią, algebry; języka łacińskiego, języka niemieckiego albo języka francuskiego. W szkole realnej z: języka polskiego, matematyki – geometrii z trygonometrią, algebry, geometrii analitycznej lub rachunku różniczkowego, języka niemieckiego, języka francuskiego.

⁵² § 15Aa i Ba regulaminu: w szkole filologicznej zdawano egzamin ustny z: religii, języka polskiego, języka łacińskiego, języka niemieckiego, języka francuskiego, historii powszechnej ze szczególnym uwzględnieniem historii Polski, matematyki, fizyki.

⁵³ Rozporządzenie Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego ws. Egzaminów Ostatecznych w Ośmioklasowej Szkole Handlowych, Dziennik Urzędowy Departamentu Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego z 1918 r., Nr 4, poz. 6; rozporządzenie dotyczyło tylko roku szkolnego 1917/1918.

⁵⁴ Punkt 1Ba rozporządzenia.

⁵⁵ §16 rozporządzenie ministra WRiOP z dnia 6 listopada 1918 r. – Tymczasowy Regulamin seminaryjnych egzaminów dojrzałości, Dziennik Urzędowy Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego Królestwa Polskiego (Dz. z 1918 r., Nr 7, poz. 10). Były to przedmioty: religia język polski i literatura, historia Polski, geografia Polski, matematyka, fizyka, pedagogika i psychologia, metodyka specjalna.

⁵⁶ Regulamin egzaminów dla eksternów i eksterek z kursu klas czwartych i szóstych, Dziennik Urzędowy Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego Królestwa Polskiego Nr 3, poz. 6.

⁵⁷ § 8 regulaminu: po czterech klasach szkoły filologicznej lub realnej egzaminy pisemne był z przedmiotów: języka polskiego matematyki algebry. Po sześciu klasach szkoły filologicznej z: języka polskiego, języka łacińskiego, algebry włącznie z arytmetyką, geometrii, języka niemieckiego albo francuskiego. Po sześciu klasach szkoły realnej z: języka polskiego, algebry, geometrii, języka niemieckiego i języka francuskiego.

⁵⁸ §9 regulaminu: egzamin ustny po 4 klasach szkoły filologicznej był z: religii, języka polskiego i języka łacińskiego języka niemieckiego, języka francuskiego, historii Polski i powszechnej (starożytnej), matematyki (arytmetyka, algebra, geometria), geografii i przyrody. Po 4 klasach szkoły realnej następował taki sam egzamin z wyjątkiem języka łacińskiego, z kolei po sześciu klasach szkoły filologicznej z: religii, języka polskiego, języka łacińskiego, języka niemieckiego,

Należała ona do pierwszej grupy przedmiotów⁵⁹. Egzaminy zdawane były w zakresie grupy przedmiotów – jedna grupa w ciągu jednego dnia – przy czym komisja składała się z nauczycieli uczących przedmiotów z danej grupy i przewodniczącego komisji (§ 22). Czas trwania egzaminu ustnego na jednego ucznia wynosił dla grupy pierwszej jedną godzinę (§ 23). Ta procedura zdawania egzaminów dojrzałości i kończąca edukację po czwartej i szóstej klasie stała się podstawą do przeprowadzania tych egzaminów w okresie II Rzeczypospolitej.

Zakończenie

Przedstawiony proces budowania podstaw prawnych nauczania religii w szkołach powszechnych i średnich rozpoczął się w czasie I wojny światowej w strefie okupacyjnej niemieckiej i austro-węgierskiej na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego. Impulsem do jego powstawania były konsekwencje aktu z 5 listopada 1916 r. i przejęcie przez nowo budowane władze polskie zarządu na szkolnictwem. Wprowadzono wówczas nowe zasady funkcjonowania szkolnictwa, które wzorowane były na administracji szkolnej państwa Habsburgów. Nauka religii w szkole w nowo wydawanych aktach prawnych nie była kwestionowana. Przyjmowały one, że nauczana jest religia w szkołach, nie zajmując się kwestią jej obowiązkowości. Prawodawców bardziej interesowały sprawy praktyczne dotyczące jej nauczania – nauczycieli religii, nadzoru nad jej prowadzeniem. Wypracowano wówczas zasadę podwójnego nadzoru, tj. władz państwowych i władz kościelnych. W kompetencji pierwszych były wszystkie kwestie organizacyjne, a w kompetencji drugich – merytoryczny nadzór nad treścią przekazywanej wiedzy, która miała być zgodna z doktryną właściwego kościoła.

Jednoczenie podjęto prace nad projektem konstytucji przyszłego państwa polskiego. Zawarty w niej został przepis dotyczący nauczania religii, który wprowadzał jej obowiązkowość we wszystkich szkołach powszechnych i średnich, czyli w szkołach publicznych i prywatnych. Nadzór nad procesem dydaktycznym miała sprawować władza państwowa i władze danego związku religijnego w zakresie zgodności dogmatycznej przekazywanych treści, a sprawy kosztów nauczania miały zostać uregulowane w przyszłości w odpowiednich ustawach.

języka francuskiego, historii Polski i powszechnej, matematyki (arytmetyka, algebra i geometria), fizyki i geografii przyrody. Po sześciu klasach szkoły realnej były takie same egzaminy, jak w szkole filologicznej, z tym że nie było egzaminu z języka łacińskiego, zamiast niego był egzamin z chemii.

⁵⁹ § 21 regulaminu: oprócz religii należały do tej grupy przedmioty: język polski, historia i geografia. Dwie kolejne grupy obejmowały przedmioty: grupa druga – język łaciński, język niemiecki, język francuski, a grupa trzecia – przyroda, matematyka, fizyka i chemia.

Wykaz Literatury

- Balicki M., *Zarządzanie szkolnictwem w Polsce (studio historyczno-porównawcze)*, Sekcja Wydawnicza Filii UW, Białystok 1978.
- Bobrzyński M., *Wskrzeszenie państwa polskiego, Rys historyczny*, t. 1: 1914–1918, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1920.
- Gąsiorowska N., *O sytuacji w szkolnictwie ludowym w Królestwie Polskim*, [w:] *PPS – Lewica 1906–1918. Materiały i dokumenty*, t. 2: 1911–1914, Warszawa 1962.
- Hospes [Nowowiejski A.J.], *Konferencje Episkopatu prowincji warszawskiej 1906–1918*, „Ateneum Kapłańskie” 1927, t. 20.
- Kakowski A., *Z niewoli do niepodległości. Pamiętniki*, Wyd. Platan, Kraków 2000.
- Komarński W., *Polskie prawo polityczne*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1922.
- Konarski K., *Dzieje szkolnictwa w byłym Królestwie Kongresowym 1915–1918*, Kraków 1923.
- Kumaniecki W., *Odbudowa państwowości polskiej. Najważniejsze dokumenty 1912 – styczeń 1924*, Księgarnia J. Czarneckiego, Warszawa–Kraków 1924.
- Osuchowski J., *Prawo wyznaniowe w Rzeczypospolitej polskiej 1918–1939*, Książka i Wiedza, Warszawa 1967.
- Pajewski J., *Odbudowa państwa polskiego 1914–1918*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1980.
- Pęcherski M., Świątek M., *Organizacja oświaty w Polsce w latach 1917–1977. Podstawowe akty prawne*, PWN, Warszawa 1978.
- Przyjęcie szkolnictwa przez polskie władze oświatowe*, „Przegląd Pedagogiczny” 1917, nr 36(8–9).
- Reiner B., *Problematyka prawnospołeczna nauczania religii w szkołach w Polsce (1918–1939)*, Inst. Śląski, Opole 1964.
- Różański, M., *Problematyka szkolna w obradach Konferencji Episkopatu Prowincji Warszawskiej w okresie niewoli narodowej (1906–1918)*, „Saeculum Christianum” 2007, nr 14(1).
- Sawicki J., *Studia nad położeniem prawnym mniejszości religijnych w państwie polskim*, Wyd. Kasy Im. Mianowskiego, Warszawa 1937.
- Statystyka polska*, t. 1, Warszawa 1919.
- Szczepanik J., *Troska Kościoła o nauczanie i wychowanie religijne w szkole w latach 1918–1927*, Wyd. WAM, Kraków 1997.
- Trzebiatowski K., *Szkolnictwo powszechne w Polsce w latach 1918–1932*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich i PAN, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970.
- Żebrowski R., Cheder, [w:] Z. Borzymińska, R. Żebrowski (red.), *Polski słownik judaistyczny. Dzieje – kultura – religia – ludzie*, t. 1, Prószyński i S-ka, Warszawa 2003.

Summary

Legal basis for school teaching religion during the formation of the IInd Polish Republic

Keywords: education law, World War I, schooling, religious education.

After the issue of the act of November 5th, 1916, which announced the creation of the Polish state by the German and Austro-Hungarian emperors, the new administration began to be established (in agreement with the occupation authorities) in the areas of the former Russian partition. Creation of legal acts which were to become the basis for the future independent state began.

The Polish authorities took over, i.a. school management. The article aims to reveal, based on normative acts, what the legal basis for teaching religion in primary and secondary schools was. First, the orders of the occupying military authorities were presented. Then, the normative acts issued by the Polish administration were analyzed (temporary regulations concerning elementary schools). The issues of administrative management of education were regulated, which was taken from the Galician model and consisted of the District School Council and school supervision, with the clergy as members of all these organs. Supervision of Jewish religious education and principles of financing Jewish religious schools was also determined. Teaching religion was one of the subjects taken orally at the 4th and 6th-grade exams, the secondary school-leaving exams and the final exams of the teachers' seminar. These regulations were accepted after Poland regained independence and became the basis for further regulations in the independent state.

Arkadiusz Sadza

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

ORCID: 0000-0002-8238-6255

arkadiusz.sadza@mail.umcs.pl

Immunitet materialny sędziego a środki oddziaływania wychowawczego

Wprowadzenie

Od czasu wejścia w życie ustaw z dnia 10 lipca 2015 r.¹ oraz z dnia 11 maja 2017 r.² immunitet materialny sędziego sądu powszechnego³, obejmujący jedynie dyscyplinarną odpowiedzialność sędziego za wykroczenia⁴, ma nowy kształt i zakres. W aktualnym stanie prawnym sędzia może bowiem wyłączyć swoją odpowiedzialność dyscyplinarną za wykroczenie⁵ z rozdziału XI Kodek-

¹ Mowa o ustawie z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka oraz ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1309).

² Mowa o ustawie z dnia 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 1139), w której doprecyzowano, że wyrażenie zgody na poniesienie odpowiedzialności karnej przez sędziego za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji wyłącza jego odpowiedzialność dyscyplinarną.

³ W nauce wskazuje się, że w art. 81 p.u.s.p., dotyczącym odpowiedzialności sędziego za wykroczenia, przewidziano immunitet materialny sędziego – zob. np. A. Korzeniewska-Lasota, M. Lasota, *Odpowiedzialność sędziego za wykroczenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010, nr 11, s. 276; G. Bogdan, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, seria: System Prawa Karnego, t. 4, Warszawa 2016, s. 870, 879; B. Kolecki, [w:] I. Hayduk-Hawrylak, B. Kolecki, A. Wlekińska, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 81, Nb 4.

⁴ Odpowiedzialność sędziego za wykroczenia była objęta immunitetem materialnym nie tylko na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, ale już na gruncie ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych z 1985 r. Zob. W. Koziol, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2016, s. 154.

⁵ W literaturze wyrażono pogląd, że wyłączenie to dotyczy tylko odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie, ale już nie ewentualnej odpowiedzialności dyscyplinarnej za uchybienie godności urzędu. Tak: A. Roch, *Odpowiedzialność sędziego i prokuratora za wykroczenia*,

su wykroczeń⁶, tj. za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji, wyrażając zgodę na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej poprzez przyjęcie mandatu karnego albo uiszczenie grzywny w przypadku ukarania mandatem karnym zaocznym⁷ (art. 81 § 2–4 p.u.s.p.⁸). Regulacja ta jest reakcją na podnoszone od pewnego już czasu zastrzeżenia⁹, że odpowiedzialność dyscyplinarna sędziego za wykroczenie może powodować dla niego sankcje o wiele surowsze niż dla obywatela niebędącego sędzią¹⁰. Skutki ukarania za wykroczenie w postępowaniu dyscyplinarnym mogą być bowiem dla sędziego znacznie bardziej dotkliwe niż uiszczenie grzywny nałożonej mandatem karnym¹¹, jeżeli weźmiemy pod uwagę np. potencjalne konsekwencje finansowe w postaci czasowego wstrzymania możliwości uzyskania wynagrodzenia ustalanego według wyższej stawki awansowej¹².

Zmiana przepisów dokonana ustawami z 10 lipca 2015 r. i 11 maja 2017 r. łagodzi zakres potencjalnych niedogodności, jakie w poprzednim stanie prawnym mogły spotykać sędziów popełniających wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji (tzw. wykroczenia drogowe¹³). Mimo tego, nie została ona przyjęta z aprobatą w literaturze, gdzie podniesiono, że nowe regulacje są niezgodne z Konstytucją RP¹⁴, w której – w przeciwieństwie

„Prokuratura i Prawo” 2020, nr 9, s. 47. Co do odpowiedzialności prokuratora zob. T. Janeczek, A. Roch, *Odpowiedzialność karna, odpowiedzialność za wykroczenia oraz zawieszenie w czynnościach prokuratora w świetle Prawa o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 4, s. 141. Stanowisko to wydaje się kontrowersyjne. Należy jednak odnotować, że w doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że możliwe jest równoległe ponoszenie odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz karnoadministracyjnej lub karnej – zob. M. Zubik, M. Wiącek, „O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego” – polemika, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 70.

⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2008), dalej jako k.w.

⁷ Art. 98 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 457 z późn. zm.), dalej jako k.p.s.w.

⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2072 z późn. zm.), dalej jako p.u.s.p.

⁹ Zob. np. wyrok SN z 18 lutego 2009 r., sygn. akt SNO 6/09, OSNSD 2009, nr 1, poz. 29.

¹⁰ W literaturze zwrócono uwagę, że w przeszłości skutki te skłaniały sędziów nawet do tego, by nie ujawniali oni właściwemu organowi swojego statusu. Wskazywał na to W. Kozielowicz, op. cit., s. 154, dodając słusznie, że zachowanie takie należało traktować jako przewinienie dyscyplinarne.

¹¹ K. Klugiewicz, *Jeszcze kilka słów o immunitacie sędziowskim – uwagi na marginesie postanowienia SN z 15.3.2011 r. (WZ 8/11)*, „Kwartalnik KSiP” 2012, z. 1, s. 42.

¹² M. Strączyński, *Konstytucyjne i ustawowe prawa oraz obowiązki sędziów*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Pozycja ustrojowa sędziego*, Warszawa 2015, s. 211, wskazywał, że „mandat” dla sędziego za wykroczenie może wynosić ponad sto tysięcy złotych, biorąc pod uwagę straty płacowe na wszystkich stawkach awansowych.

¹³ Takiego sformułowania używa np. P. Rybicki, *Problem zgodności z Konstytucją RP regulacji umożliwiającej zrzeczenie się immunitetu przez sędziego popełniającego wykroczenie drogowe*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne” 2017, nr 17(2).

¹⁴ Zob. np. M. Królikowski, *Sędziowski immunitet: Przedwyborczy bubel, czyli sędzia incognito*, „Rzeczpospolita” z 7 listopada 2015 r., <https://www.rp.pl> (data dostępu: 16.08.2021).

np. do immunitetu posła lub senatora¹⁵ – nie przewidziano możliwości zrzeczenia się przez sędziego posiadanego immunitetu¹⁶. Wskazywano również, że fakt, iż nowe przepisy nie dotyczą wszystkich sędziów, a tylko sędziów sądów powszechnych (i odpowiednio sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych), sprawia, że mogą być one niezgodne z konstytucyjną zasadą równości¹⁷. Zwrócono też uwagę, że regulacje te nie uwzględniają publicznoprawnego charakteru immunitetu sędziowskiego oraz funkcji, jaką immunitet ten spełnia¹⁸ – immunitetu niewątpliwie nie można bowiem uznawać za „przywilej nieodpowiedzialności”¹⁹ i indywidualne uprawnienie sędziego²⁰, którego można byłoby się zrzec, ale należy traktować go w kategoriach instrumentu ochrony statusu sędziego²¹, będącego gwarancją jego niezawisłości²², który przede wszystkim ma za zadanie zapewniać prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości²³.

Podniesione w nauce zastrzeżenia w stosunku do nowych przepisów – nawet mimo że częściowo straciły już na aktualności wskutek zmian treści przepisów regulujących status sędziów Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego²⁴ – są bardzo poważne. Zmiany wprowadzone ustawami z 10 lipca 2015 r. i 11 maja 2017 r. zdają się wprawdzie cieszyć pozytywnym

¹⁵ Na temat tego, że w przeciwieństwie do immunitetu parlamentarzysty Konstytucja RP nie przewiduje możliwości zrzeczenia się posiadanego immunitetu przez sędziego, zob. np. M. Mistygacz, *Immunitet sędziowski w sprawach karnych na tle procesu delegitymizacji Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4, s. 142–143.

¹⁶ Zob. np. M. Królikowski, op. cit.

¹⁷ P. Rybicki, op. cit., s. 88–89.

¹⁸ Ibidem, s. 87, 89.

¹⁹ A. Łazarska, *Niezawisłość sędziowska i jej gwarancje w procesie cywilnym*, Warszawa 2018, s. 503.

²⁰ Zob. W. Sawczyn, *Czy sędzia sądu administracyjnego podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej w szkole wyższej?*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 5, s. 39.

²¹ Tak np. K. Kozłowski, *Immunitet sędziowski wobec instytucji odpowiedzialności lustracyjnej – szkic konstytucyjnoprawny*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 6, s. 48.

²² Zob. A. Łazarska, op. cit., s. 503. Zob. również np. K. Filipek, *Gwarancje niezawisłości sędziowskiej sędziów sądów powszechnych*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2006, nr 13, s. 15–16; W. Sawczyn, op. cit., s. 40.

²³ Zob. B. Nita, *Uchylenie immunitetu sędziowskiego (aspekty konstytucyjne)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 7, s. 44. Zob. także np. uwagi M. Królikowskiego, op. cit., który uzasadniając tezę, że immunitet służy zapewnieniu społeczeństwu prawa do niezależnego sądu podaje hipotetyczny przykład sytuacji, w której sędzia jest „nękany” mandatami za nieistniejące wykroczenia przez służby podległe politykowi, którego sprawę sędzia prowadzi. Immunitet materialny sędziego służy właśnie wyeliminowaniu takich przypadków, uniemożliwiając próby wywierania tego rodzaju nacisków na sędziów prowadzących konkretne postępowania.

²⁴ W zakresie odpowiedzialności sędziów Sądu Najwyższego za wykroczenia podobne normy znalazły się w treści art. 72 § 4–5 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2021 r., poz. 154). Przepisy te znajdują aktualnie zastosowanie również do odpowiedzialności sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z mocy art. 49 § 1 ustawy z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2021 r., poz. 137).

odbiorem społecznym²⁵, zaprezentowane w literaturze argumenty co najmniej podają jednak w wątpliwość kwestię relacji nowych uregulowań wobec przepisów ustawy zasadniczej. Kwestia zgodności przepisów regulujących odpowiedzialność sędziego za wykroczenia z Konstytucją RP – interesująca od strony teoretycznej i równie doniosła dla praktyki – niewątpliwie zasługuje na to, by być przedmiotem dalszych, pogłębionych badań naukowych. W literaturze wyrażane są wszak również głosy odpierające zarzuty braku zgodności nowych przepisów z ustawą zasadniczą²⁶.

Niniejsza wypowiedź nie ma jednak na celu analizy tego relatywnie skomplikowanego zagadnienia, ale rozważenie nieco innej kwestii pojawiającej się przy wykładni przepisów uchwalonych wymienionymi ustawami z 10 lipca 2015 r. i 11 maja 2017 r., która stosunkowo rzadko bywa przedmiotem szczegółowych dociekań naukowych²⁷. Sprowadza się ona do pytania, czy nowe rozwiązania – niezależnie od ich oceny w świetle relacji wobec przepisów Konstytucji RP – pozwalają na wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego za wykroczenie tylko w razie przyjęcia przez sędziego mandatu karnego lub zapłaty grzywny nałożonej mandatem karnym zaocznym²⁸, czy może również w przypadku zastosowania wobec niego łagodniejszych przewidzianych przez prawo form reakcji na popełnione wykroczenie²⁹. Z uwagi na to, że społeczna szkodliwość czynów wypełniających znamiona wykroczeń jest zróżnicowana³⁰, ustawodawca nie przewiduje konieczności każdorazowego karania

²⁵ Na fakt, że „wołą społeczeństwa było, żeby sędziowie płacili mandaty”, zwracał uwagę np. K. Markiewicz w wypowiedzi prasowej cytowanej przez A. Łukaszewicz, *Dyscyplinarki sędziów a wykroczenia: Albo mandat albo dyscyplinarka*, „Rzeczpospolita” z 18 stycznia 2017 r., <https://www.rp.pl> (data dostępu: 14.08.2021). Również M. Królikowski, op. cit., zwracał uwagę na przychylny odbiór opinii publicznej, z jakim spotkała się komentowana nowelizacja.

²⁶ W doktrynie prezentowane są zapatrywania odpierające zarzuty braku zgodności nowych przepisów z Konstytucją RP z wykorzystaniem argumentu, że art. 181 ustawy zasadniczej nie obejmuje swoim zakresem immunitetu materialnego sędziego i jego dyscyplinarnej odpowiedzialności za wykroczenia. Immunitet materialny sędziego sądu powszechnego został bowiem uregulowany nie w Konstytucji RP, ale w przepisach rangi ustawowej (art. 81 § 1–4 p.u.s.p.). Tak np. A. Roch, op. cit., s. 46. Tak również B. Kolecki, [w:] I. Hayduk-Hawrylak, B. Kolecki, A. Wlekińska, op. cit., art. 81, Nb 4. Również W. Kozieliński, op. cit., s. 156, zwraca uwagę, że art. 81 p.u.s.p. tylko „rozszerza zakres przedmiotowy immunitetu sędziowskiego, który przecież został ustanowiony w Konstytucji RP jako immunitet formalny”.

²⁷ Problem ten podejmuje A. Roch, op. cit., s. 47–50.

²⁸ Kara grzywny za wykroczenie (tj. za czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, za którego popełnienie sprawcy można przypisać winę – art. 1 § 1 i 2 k.w.) może być nakładana na sprawcę wykroczenia m. in. właśnie w drodze mandatu karnego (art. 2 § 2 k.p.s.w.).

²⁹ Zagadnienie to było dostrzegane również na tle przepisów dotyczących materialnego immunitetu prokuratora. Zob. T. Janeczek, A. Roch, op. cit., s. 137–140.

³⁰ Jak wskazuje J. Jakubowska-Hara, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 41, Nb 1, nie wszystkie wykroczenia są czynami o charakterze porządkowym. Zob. również podobne uwagi O. Włodkowskiego, *Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 14, s. 765.

sprawcy wykroczenia, ale dopuszcza możliwość poprzestania na zastosowaniu wobec niego środka oddziaływania wychowawczego³¹, przybierającego postać m.in. pouczenia, zwrócenia uwagi, czy ostrzeżenia (art. 41 k.w.)³². Rozważenia wymaga zatem, czy w świetle art. 81 § 2–4 p.u.s.p. zastosowanie wobec sędziego środka oddziaływania wychowawczego w rozumieniu art. 41 k.w. także wyłącza jego odpowiedzialność dyscyplinarną za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji.

Językowa wykładnia art. 81 § 2–4 p.u.s.p.

Językowa wykładnia wskazanych art. 81 § 2–4 p.u.s.p. zdaje się skłaniać do wniosku, że sędzia może wyłączyć swoją odpowiedzialność dyscyplinarną za popełnione wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji tylko wtedy, gdy przyjmie mandat karny lub zapłaci grzywnę nałożoną na niego mandatem karnym zaocznym. W przepisach tych nie ma bowiem mowy o możliwości zrzeczenia się immunitetu materialnego³³ w inny sposób, w szczególności na skutek odebrania przez sędziego pouczenia, ostrzeżenia lub zwrócenia mu uwagi w trybie art. 41 k.w. Literalnie odczytując ich treść można byłoby zatem twierdzić, że tylko przyjęcie mandatu lub uiszczenie grzywny nałożonej mandatem zaocznym sprawia, że sędzia nie ponosi odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie³⁴ i jej potencjalnych konsekwencji. Odpowiedzialności tej nie mogłoby wyłączyć zaś zastosowanie wobec sędziego środka oddziaływania wychowawczego.

Przy takiej interpretacji omawianych przepisów należałoby zresztą przyjąć nie tylko, że udzielenie sędziemu pouczenia lub ostrzeżenia, zwrócenie mu uwagi lub zastosowanie innego środka z art. 41 k.w. nie wyłącza jego odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie, ale również że zastosowanie w sto-

³¹ Zob. szerzej R. Krajewski, *Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Palestra” 2013, nr 7–8, s. 12–19.

³² Katalog środków oddziaływania wychowawczego z art. 41 k.w. jest katalogiem otwartym. Zob. np. M. Grudecki, *Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7–8, s. 181; O. Włodkowski, op. cit., s. 768. Wskazując przykłady innych niż przewidziane *explicite* w art. 41 k.w. środków oddziaływania wychowawczego, w doktrynie wymienia się np. zawiadomienie zakładu pracy lub organizacji, której członkiem jest sprawca o popełnionym wykroczeniu. Zob. uwagi R. Krajewskiego, op. cit., s. 18.

³³ Zwrot ten używany jest w celu uproszczenia wyводу. W wymienionych przepisach ustawodawca nie wspomina bowiem *explicite* o zrzeczeniu się immunitetu, ale o wyłączeniu odpowiedzialności dyscyplinarnej na skutek wyrażenia przez sędziego zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej.

³⁴ Jak wskazano, według niektórych autorów przyjęcie mandatu karnego lub uiszczenie grzywny nałożonej mandatem karnym zaocznym nie wyłącza odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego za uchybienie godności urzędu. Tak A. Roch, op. cit., s. 47.

sunku do sędziego tego rodzaju środków oddziaływania wychowawczego nie jest w ogóle prawnie dopuszczalne. Stosując środek oddziaływania wychowawczego, właściwy organ przesądza wszak, że adresat zastosowanego środka popełnił konkretne wykroczenie³⁵. Zastosowanie środka oddziaływania wychowawczego wyłącza możliwość nałożenia na sprawcę wykroczenia kary przewidzianej w Kodeksie wykroczeń³⁶, środek ten, jako instytucja prawa wykroczeń³⁷, jest jednak prawną formą reakcji na popełnione wykroczenie³⁸, której zastosowanie jest równoznaczne z poniesieniem przez sprawcę prawnej odpowiedzialności za popełniony czyn³⁹. Jeżeli zatem za wykroczenie sędzia odpowiadać miałby jedynie dyscyplinarnie, a jedynymi wyjątkami od tej reguły miałyby być tylko przypadki wymienione *explicite* w art. 81 § 3 p.u.s.p. (przyjęcie mandatu karnego lub uiszczenie grzywny nałożonej mandatem karnym zaocznym), to zastosowanie wobec sędziego środka oddziaływania wychowawczego należałoby uznawać za niedopuszczalną ingerencję w sferę objętą jego immunitetem materialnym. Przyjmując środek z art. 41 k.w., sędzia ponosi bowiem odpowiedzialność za wykroczenie inną, aniżeli przewidziana w art. 81 § 1 p.u.s.p. odpowiedzialność dyscyplinarna⁴⁰.

Poszukując pozajęzykowych argumentów mogących wspierać powyższą wykładnię, można byłoby rozważać, czy wyłączenie możliwości stosowania środków oddziaływania wychowawczego wobec sędziów nie było celowym zabiegiem ustawodawcy, uzasadnionym przekonaniem, że zastosowanie środka z art. 41 k.w. wobec sędziego z natury rzeczy nie może stanowić adekwatnej reakcji na jego wykroczenie. Środek z art. 41 k.w., np. pouczenie lub ostrzeżenie, ma wszak posiadać walor natury wychowawczej wobec sprawcy wykro-

³⁵ Zastosowanie środka z art. 41 k.w. jest bowiem możliwe jedynie wtedy, jeżeli czyn sprawcy rzeczywiście był wykroczeniem. Zob. R. Krajewski, op. cit., s. 15, z odwołaniem do poglądu B. Kurzępy, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 166.

³⁶ Zob. R. Krajewski, op. cit., s. 17.

³⁷ Ibidem, s. 16.

³⁸ Środki oddziaływania wychowawczego uznaje się za tzw. pozakarną formę reakcji na wykroczenie. Tak np. W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 41, nb 1–2. Zob. również M. Grudecki, op. cit., s. 164.

³⁹ Środek oddziaływania wychowawczego jest zatem wyrazem reakcji na popełnione wykroczenie przy wykorzystaniu mniej dolegliwego środka, niż kara. Zob. M. Grudecki, op. cit., s. 180.

⁴⁰ Można zastanawiać się przy tym, czy – zważywszy na to, że ostateczna decyzja w kwestii zastosowania środka z art. 41 k.w. pozostawiona jest właściwemu organowi – przy wskazanej interpretacji sędzia, wobec którego zastosowano wskazany środek, popełniałby przewinienie dyscyplinarne w przypadku odstąpienia od jego ukarania i zastosowania wobec niego środka z art. 41 k.w., skoro na gruncie dawnego stanu prawnego nie budziło wątpliwości to, że sędzia popełniał delikt dyscyplinarny przyjmując mandat i unikając w ten sposób odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie (zob. np. W. Kozielowicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 68). Wydaje się, że w przypadkach, w których sędzia zataiłby przed funkcjonariuszem stosującym środek z art. 41 k.w. fakt posiadania immunitetu, można byłoby konsekwentnie – przy założeniu oczywiście, że wskazana wykładnia jest właściwa – przyjmować, że dopuszcza się on uchybienia godności urzędu.

czenia⁴¹, polegający m. in. na uświadomieniu mu naganności jego postępowania⁴², spowodowaniu u niego poszanowania prawa i wdrożeniu go do przestrzegania zasad współżycia społecznego⁴³. Mając zatem na uwadze, że każdy sędzia musi być przecież świadomy konieczności zachowywania się w sposób zgodny z obowiązującym porządkiem prawnym⁴⁴, w tym z przepisami prawa wykroczeń, można byłoby próbować bronić hipotezy, że udzielenie mu np. pouczenia lub ostrzeżenia, bądź zwrócenie uwagi na popełnione wykroczenie z samego założenia nie powinno stanowić optymalnej, stosownej reakcji na jego czyn. Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego jest bowiem uzasadnione jedynie wówczas, gdy przemawiają za nim nie tylko same okoliczności popełnionego czynu, ale również – co istotne w powyższym kontekście – warunki i właściwości osobiste sprawcy wykroczenia⁴⁵.

Zapatrywania, że ustawodawca świadomie nie przewiduje możliwości stosowania wobec sędziego środków oddziaływania wychowawczego, można byłoby próbować bronić w jeszcze inny sposób. Można byłoby mianowicie przyjmować, że założeniem ustawodawcy była możliwość wyłączenia prowadzenia wobec sędziego postępowania dyscyplinarnego jedynie w razie równoczesnego poniesienia przez niego realnej sankcji finansowej za wykroczenie. Przy takim założeniu należałoby uznawać, że tylko przyjęcie mandatu karnego lub uiszczenie grzywny nałożonej mandatem karnym zaocznym stanowi wystarczające z prewencyjno-represyjnego punktu widzenia następstwo popełnienia wykroczenia przez sędziego, uzasadniające odstępowanie od prowadzenia wobec niego postępowania dyscyplinarnego za wykroczenie. Stosowanie natomiast środków oddziaływania wychowawczego, przy których sprawca wykroczenia nie ponosi *de facto* realnej dolegliwości finansowej związanej ze swoim czynem, nie pociąga za sobą konsekwencji ekwiwalentnych wobec skutków prowadzenia postępowania dyscyplinarnego, nie byłoby zatem zasadne, by stosowanie tych środków wyłączało odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego za wykroczenie.

⁴¹ Zob. np. O. Włodkowski, op. cit., s. 768.

⁴² Tak: M. Grudecki, op. cit., s. 165.

⁴³ Zob. w tym zakresie wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa wykroczeń cytowane przez R. Krajewskiego, s. 14–15. Zob. także ibidem, s. 185.

⁴⁴ Przymiot nieskazitelności charakteru, jaki powinien posiadać każdy sędzia, utożsamia się w doktrynie m. in. z powinnością przestrzegania norm prawnych. Zob. np. J. Bodio, „Nieskazitelność charakteru” jako kwalifikacja zawodowa sędziego (wpływająca na jego wizerunek), „Kwartalnik KSSiP” 2013, z. 4, s. 15.

⁴⁵ Tak M. Grudecki, op. cit., s. 182.

Argumenty za wyłączeniem odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego w razie zastosowania wobec niego środka oddziaływania wychowawczego

Wskazane argumenty *prima facie* przemawiają za koniecznością ścisłej interpretacji art. 81 § 2–4 p.u.s.p., jako przepisów pozwalających na wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie tylko w przypadkach wyraźnie tam wskazanych (ale już nie w razie zastosowania środków oddziaływania wychowawczego). Po głębszej analizie, argumentacja ta nie wydaje się jednak wolna od wątpliwości. W literaturze od pewnego czasu prezentowana jest derywacyjna teoria wykładni, w świetle której poprzestawanie na wynikach wykładni językowej nie może być uznawane za wystarczające, w każdym procesie wykładni prawa należy bowiem skorzystać z wszystkich możliwych dyrektyw wykładni⁴⁶. Interpretując art. 81 § 2–4 p.u.s.p., nie można zatem pomijać argumentów funkcjonalnych i celowościowych, w ich zaś świetle językowa, ścisła wykładnia wskazanych przepisów wydaje się trudna do zaakceptowania.

Po pierwsze, wobec przedstawicieli innych zawodów prawniczych (np. adwokaci, radcowie prawni) ustawodawca również postawił wysokie wymagania co do ich nieskazitelności charakteru⁴⁷ oraz poziomu wiedzy prawniczej, a jednak osoby wykonujące te zawody nie zostały ustawowo wyłączone z tego tylko powodu od możliwości stosowania wobec nich środków z art. 41 k.w. W zakresie pozycji prawnej osób wykonujących wskazane zawody oraz osób pełniących urząd sędziego występują oczywiście rozbieżności, nie wydają się one jednak jeszcze uzasadniać twierdzeń, że w odróżnieniu od pozostałych wykwalifikowanych prawników, już sam wysoki stopień świadomości prawnej sędziego powinien z góry przesądzać o tym, że np. udzielanie mu pouczenia nie mogłoby nigdy znajdować normatywnego uzasadnienia. W doktrynie wskazuje się, że najistotniejszą funkcją całego prawa wykroczeń jest prewencja⁴⁸, a nie samo tylko uświadamianie naganności postępowania sprawcy wykroczenia. O funkcji tej nie można zatem zapominać również przy określaniu celu stosowania środka z art. 41 k.w. Należy przyjąć więc, że walor natury wychowawczej tego środka przejawia się nie tylko w pouczeniu sprawcy o tym, że jego czyn wypełniał znamiona wykroczenia, ale również w prewencyjnym oddziaływaniu na niego tak, aby unikał on w przyszłości takich zachowań,

⁴⁶ Zob. uwagi na temat klaryfikacyjnej i derywacyjnej koncepcji wykładni Z. Radwański, *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 1, s. 9–12; M. Zieliński, *Wykładnia prawa*, Warszawa 2012, s. 79–82, 222–313.

⁴⁷ Szerzej zob. np. G. Ławnikowicz, S. Pilipiec, *Nieskazitelnosc charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, „Annales UMCS Sectio G” 2016, vol. LXIII, no. 2, s. 247–256.

⁴⁸ M. Grudecki, op. cit., s. 165.

jakich się dopuścił⁴⁹. W doktrynie wskazuje się zresztą, że stosowanie środka oddziaływania wychowawczego jest uzasadnione, jeżeli już poprzez tego rodzaju działanie spełnione są cele kary z art. 33 k.w., przede wszystkim w zakresie oddziaływania prewencyjnego (prewencji szczególnej)⁵⁰. Przy takim zatem założeniu, nie można *a priori* wykluczyć stosowania środków z art. 41 k.w. również wobec takich osób, które bez wątpienia są świadome zarówno konieczności postępowania w sposób zgodny z porządkiem prawnym, jak i tego, że określonym zachowaniem wypełniły znamiona konkretnego wykroczenia. Nie wydaje się zatem zasadna argumentacja, że należy z góry założyć, iż możliwość stosowania środków oddziaływania wychowawczego wobec sędziego nigdy nie mogłaby być nawet potencjalnie rozważana.

Po drugie, nie można zakładać, że stosowanie środków oddziaływania wychowawczego wobec sędziego nie jest dopuszczalne ze względu na to, że środki te stosowane są przez organ niebędący sądem⁵¹. Z treści art. 81 § 3 p.u.s.p. wynika bowiem, że możliwe jest ukaranie sędziego grzywną w drodze mandatu karnego, w tym zaś trybie grzywna jest przecież nakładana nie przez sąd, ale przez uprawnionego funkcjonariusza (art. 97 § 1 k.p.s.w.), a więc przez osobę, która nie posiada przymiotu niezawisłości. Już z tej przyczyny nie da się zatem wyprowadzić z obowiązujących przepisów normy zakazującej podejmowanie w stosunku do sędziego środków reakcji na wykroczenia przez organy inne, niż niezależny sąd. O dopuszczalności takich działań przesądza bowiem wprost sam ustawodawca w art. 81 § 3 p.u.s.p.

Wreszcie po trzecie, nie wydaje się przekonujące stanowisko, że ustawodawca z góry zakłada, iż wyłączenie grożącej sędziemu odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie może następować jedynie w przypadku równoczesnego ukarania sędziego grzywną nałożoną mandatem karnym, ale już nie w razie poniesienia przez niego odpowiedzialności o charakterze łagodniejszym (środek oddziaływania wychowawczego) i to niezależnie od tego, które stanowisko zajmujemy w trwającym sporze co do tego, czy sędzia ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za każde wykroczenie⁵², czy może tylko za takie

⁴⁹ Ibidem, s. 165–166.

⁵⁰ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 134–135; R. Krajewski, op. cit., s. 14.

⁵¹ W doktrynie prawa wykroczeń nie ma wprawdzie pełnej zgody co do tego, jakim podmiotom przysługuje prawo do stosowania środków oddziaływania wychowawczego (zob. przegląd stanowisk dokonany przez R. Krajewskiego, op. cit., s. 15–17), wydaje się jednak, że zasadne jest zapatrywanie, iż środki oddziaływania wychowawczego stosuje organ ścigania, tj. organ pozasądowy ujawniający wykroczenie, a nie sąd, który jest uprawniony do stosowania środków oddziaływania społecznego z art. 39 k.w., a nie środków z art. 41 k.w. – tak np. R. Krajewski, op. cit., s. 16; O. Włodkowski, op. cit., s. 770 oraz np. I. Nowicka, R. Kupiński, *Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8, s. 147 i 153.

⁵² Istotna część doktryny zakłada, że sędzia odpowiada dyscyplinarnie za każde wykroczenie (niezależnie od tego, czy jest ono zarazem przewinieniem dyscyplinarnym), gdyby bowiem było inaczej, to co do niektórych wykroczeń sędzia korzystałby ze swego „immunitetu całkowitej

czyny, które – poza tym że wypełniają znamiona wykroczeń – stanowią równocześnie przewinienia dyscyplinarne z art. 107 § 1 p.u.s.p.⁵³

Uznając że sędzia ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną nie tylko za wykroczenia, które stanowią równocześnie przewinienia dyscyplinarne w rozumieniu art. 107 § 1 p.u.s.p. (ale za każde popełnione wykroczenie), a wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej może nastąpić tylko w razie ukarania sędziego grzywną (ale już nie w razie zastosowania wobec niego środka z art. 41 k.w.), konsekwentnie należałoby założyć, że nawet taki czyn, którego społeczna szkodliwość oraz stopień winy sędziego będącego jego sprawcą są na tyle niewysokie, że uprawniony funkcjonariusz nie uważa karania sprawcy za zasadne (tj. bardzo drobne wykroczenie), musi być bezwzględnie ścigany w drodze postępowania dyscyplinarnego. Takie zapatrywanie byłoby trudne do przyjęcia i to nie tylko w świetle tego, jak wysokie koszty generuje prowadzenie czasochłonnego i skomplikowanego postępowania dyscyplinarnego, ale przede wszystkim z uwagi na to, że prowadzenie tego postępowania przeciwko sędziemu w takich przypadkach zdaje się stanowić wyraz braku proporcjonalności w zakresie sposobu traktowania sędziego będącego sprawcą wykroczenia oraz osoby, która popełniła takie samo wykroczenie, ale sędzią nie jest. Należy zakładać, że ideą, jaka przyświecała ustawodawcy wprowadzającemu omawiane zmiany z 10 lipca 2015 r. i 11 maja 2017 r., było dążenie do zrównania sytuacji prawnej sędziego i osoby niebędącej sędzią w przypadku popełnienia przez te osoby takiego samego wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji. Trudne do pogodzenia z takim założeniem byłoby zatem zapatrywanie, w świetle którego sędzia miałby być traktowany poten-

bezkarności”. Tak np. L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – praktyka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Karczmarskiego*, Kraków 2006, s. 196; W. Koziół, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów...*, s. 155. Podobnie idem, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz...*, s. 69; idem, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów w świetle ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych – kwestie procesowe i materialne*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2017, nr 2, s. 73. Wydaje się, że stanowisko takie zajmuje również K. Klugiewicz, op. cit., s. 43–44.

⁵³ Ten ostatni pogląd pojawia się w ostatnim czasie zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze. W literaturze zob. T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 304; podobnie, jak się wydaje, A. Korzeniewska-Lasota, M. Lasota, op. cit., s. 280. W orzecznictwie z kolei zob. np. wyrok SN z 18 lutego 2009 r., sygn. akt SNO 6/09, OSNSD 2009/1/29, a także np. wyroki SN: z 26 kwietnia 2010 r., SNO 16/10, OSNSD 2010/1/6; z 1 lipca 2010 r., SNO 27/10, OSNSD 2010/1/39. Mowa tu, jak się wydaje, o przewinieniach dyscyplinarnych polegających na uchybieniu godności urzędu. Trudno przyjąć bowiem, że popełnienie „wykroczenia drogowego” można byłoby traktować jako innego rodzaju delikt dyscyplinarny (mimo tego że katalog postaci przewinień dyscyplinarnych został ostatnio poszerzony – zob. np. A. Machnikowska, *Odpowiedzialność władzy sądowniczej a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4, s. 49), zwłaszcza jako oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa (która może mieć miejsce przy wykonywaniu obowiązków orzeczniczych – zob. M. Laskowski, *Granice deliktu dyscyplinarnego sędziego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4, s. 172).

cialnie znacznie surowiej, aniżeli sprawca takiego samego wykroczenia, który statusu sędziego nie posiada.

Bez wątpienia już sam fakt prowadzenia postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego, nawet w razie braku wymierzenia mu w tym postępowaniu kary⁵⁴, jest dla niego istotną dolegliwością. W praktyce już samo prowadzenie wobec sędziego takiego postępowania może bowiem powodować utratę jego dobrego imienia lub osłabienie zaufania do niego. Ponadto, ewentualny prawomocny wyrok sądu dyscyplinarnego skazujący sędziego za popełnienie wykroczenia podawany jest *de lege lata* do wiadomości publicznej (art. 109a § 1 p.u.s.p.). Zastosowanie wobec osoby niebędącej sędzią środka oddziaływania wychowawczego co do zasady⁵⁵ nie powoduje u niej niedogodności porównywalnego rodzaju, zwłaszcza że w przypadku zastosowania środka z art. 41 k.w., informacja o jego zastosowaniu wobec sprawcy wykroczenia z reguły nie jest w ogóle ujawniana osobom trzecim⁵⁶.

Ewentualne ukaranie sędziego w postępowaniu dyscyplinarnym co najmniej karą nagany lub karą surowszą (niebędącą jednak złożeniem z urzędu⁵⁷) – tj. karami, o których mowa w art. 109 § 1 pkt 2–4 p.u.s.p., których wymierzenia nie można przecież wykluczać w przypadku wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji – wiąże się jednak również z uruchomieniem wobec sędziego jeszcze innego, dodatkowego elementu represyjnego⁵⁸. Ukazanie sędziego jedną z wymienionych kar pociąga bowiem za sobą brak możliwości awansowania przez niego przez okres pięciu lat na wyższe stanowisko sędziowskie, jak też brak możliwości udziału w tym czasie w kolegium sądu, objęcia funkcji prezesa lub wiceprezesa sądu lub kierownika ośrodka zamiejscowego oraz brak możliwości orzekania w sądzie dyscyplinarnym

⁵⁴ Stosownie do art. 109 § 5 p.u.s.p. sąd dyscyplinarny może odstąpić od wymierzenia kary w przypadku przewinienia dyscyplinarnego lub wykroczenia mniejszej wagi.

⁵⁵ Teoretycznie katalog środków oddziaływania wychowawczego z art. 41 k.w. jest otwarty, przez co w niektórych pracach dopuszcza się możliwość powiadomienia – w ramach stosowania ww. środka – o popełnionym wykroczeniu pracodawcy lub organizacji społecznej, której członkiem jest sprawca, a w przypadku osób uczących się lub studiujących – powiadomienie szkoły lub uczelni. Wydaje się jednak, że słusznie zauważa R. Krajewski, op. cit., s. 18, iż ze względu na potencjalne niewspółmierne konsekwencje tego rodzaju działań, zasadne jest, aby podczas stosowania środków z art. 41 k.w. nie dochodziło do „angażowania w to innych podmiotów”.

⁵⁶ Z zastrzeżeniem jedynie potencjalnej możliwości zastosowania przez uprawnionego funkcjonariusza środka oddziaływania wychowawczego polegającego na poinformowaniu o popełnionym wykroczeniu pracodawcy, organizacji społecznej, szkoły lub uczelni sprawcy wykroczenia. Jak jednak wskazano w poprzednim przypisie, w nauce postuluje się raczej odstępowanie od stosowania środków tego rodzaju.

⁵⁷ W art. 109 § 1 p.u.s.p. przewidziano, że najłagodniejszą karą dyscyplinarną jest upomnienie, kolejne – surowsze – kary zaś to: nagana, obniżenie wynagrodzenia zasadniczego, kara pieniężna, usunięcie z zajmowanej funkcji, przeniesienie na inne miejsce służbowe oraz złożenie sędziego z urzędu.

⁵⁸ W ten sposób skutki z art. 109 § 3 p.u.s.p., tj. jako dolegliwy element represyjny, określa Ł. Korózs, [w:] Ł. Korózs, M. Sztorc, *Ustrój sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2004, art. 109, Nb 2.

(art. 109 § 3 p.u.s.p.). Podobnego elementu represyjnego, co oczywiste, nie przewiduje się w przepisach o środkach oddziaływania wychowawczego. Sprawca wykroczenia, wobec którego zastosowano środek z art. 41 k.w. nie ponosi więc z zasady zbliżonych konsekwencji na płaszczyźnie zawodowej, a nawet jeśli mogłoby to mieć miejsce (np. w związku z poinformowaniem pracodawcy sprawcy o popełnionym wykroczeniu) – niewątpliwie nie są one typowym, wynikającym wprost z ustawy następstwem zastosowania wskazanego środka.

Poza jednak wszystkimi powyższymi konsekwencjami, skazanie sędziego w postępowaniu dyscyplinarnym może – co równie istotne – wywoływać dla niego także dotkliwe i odczuwalne skutki finansowe. Skutki te mogą być zaś o wiele surowsze nie tylko od konsekwencji zastosowania środka oddziaływania wychowawczego, który nie wiąże się przecież w ogóle z poniesieniem sankcji finansowych przez sprawcę wykroczenia, ale również od ukarania sprawcy wykroczenia grzywną nałożoną mandatem karnym. Już ukaranie sędziego karą nagany (lub jedną z kar surowszych) w postępowaniu dyscyplinarnym powoduje, że okres pracy, po którego upływie wynagrodzenie zasadnicze sędziego zostaje określone w stawce bezpośrednio wyższej, wydłuża się o trzy lata (art. 91a § 6 p.u.s.p.). W konsekwencji, w przypadku wymierzenia sędziemu kary nagany za takie wykroczenie, które nie zasługiwało nawet w ocenie uprawnionego funkcjonariusza na nakładanie grzywny w drodze mandatu karnego, sędzia ten nie tylko przez okres trzech lat otrzymuje wynagrodzenie niższe, aniżeli to, do którego uzyskalby uprawnienia, gdyby nie doszło do ukarania go w postępowaniu dyscyplinarnym, ale w konsekwencji również prawo do uzyskania wynagrodzenia ustalanego według każdej kolejnej, bezpośrednio wyższej stawki awansowej, uzyskuje w dalszych latach służby na danym stanowisku sędziowskim każdorazowo o trzy lata później⁵⁹. Skutkiem ukarania sędziego za wykroczenie, za które obywatel niebędący sędzią nie ponosiłby żadnych realnych konsekwencji finansowych, może być zatem utrata przez sędziego równowartości różnicy pomiędzy kwotą wynagrodzenia, które przy braku wskazanego przesunięcia czasowego pobierałby w danym okresie już po ustaleniu go w wyższej stawce awansowej, a wynagrodzeniem ustalaniem nadal – ze względu na konsekwencje ukarania w postępowaniu dyscyplinarnym – według stawki niższej. Jak zaś wskazano w piśmiennictwie, kwota ta może wielokrotnie, nie tylko kilka, ale nawet kilkadziesiąt razy, przewyższać równowartość ewentualnej grzywny nałożonej mandatem karnym za wykroczenie⁶⁰ (możliwe straty finansowe sędziego w związku z jego ukaraniem szacowano na kilkadziesiąt⁶¹ lub nawet na ponad sto tysięcy zł⁶²).

⁵⁹ Zgodnie z art. 91a § 3 p.u.s.p. wynagrodzenie zasadnicze sędziego określa się w stawce bezpośrednio wyższej po upływie kolejnych pięciu lat pracy na danym stanowisku sędziowskim.

⁶⁰ Zob. M. Królikowski, op. cit.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Tak: M. Strączyński, op. cit., s. 211, który wskazywał straty płacowe we wszystkich stawkach awansowych.

Z punktu widzenia sędziego będącego sprawcą wykroczenia, odstąpienie od karania go grzywną przez właściwego funkcjonariusza (ze względu np. na niewysoki stopień społecznej szkodliwości czynu) może więc paradoksalnie – w razie przyjęcia literalnej wykładni art. 81 § 2–4 p.u.s.p., w świetle której sędzia ponosiłby za takie wykroczenie odpowiedzialność dyscyplinarną – powodować dla niego znacznie poważniejsze dolegliwości od ukarania go mandatem karnym. Trudno uznać, by taka wykładnia była zgodna nie tylko z celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy okazji wprowadzania analizowanych przepisów, ale przede wszystkim z zasadami logicznego rozumowania. Nie da się jednak racjonalnie uzasadnić, dlaczego popełnienie przez sędziego wykroczenia o wysokim stopniu społecznej szkodliwości (np. znaczne przekroczenie dozwolonej prędkości), za które właściwy funkcjonariusz nakładałby na sędziego grzywnę mandatem karnym, miałooby w razie przyjęcia mandatu wyłączać odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego i pozwalać mu uniknąć wskazanych, potencjalnych następstw prowadzenia postępowania dyscyplinarnego; popełnienie natomiast wykroczenia drobnego, które nawet właściwy funkcjonariusz uznawałoby za niezasługujące na karanie, miałooby narażać sędziego na dużo bardziej dotkliwe skutki moralne, służbowe i finansowe. Zapatrywanie, w świetle którego ustawodawca mógł dopuszczać taką wykładnię, należy zatem już z tej przyczyny odrzucić.

Językowa wykładnia analizowanych przepisów jest jednak trudna do obrony również z innych względów. Zważywszy bowiem na to, że decyzji w przedmiocie ukarania grzywną lub zastosowania środka oddziaływania wychowawczego nie podejmuje przecież sam sprawca wykroczenia, ale uprawniony funkcjonariusz, literalna interpretacja art. 81 § 2–4 p.u.s.p. zakłada możliwość wystąpienia sytuacji, w której funkcjonariusz – nawet pomimo istnienia ewidentnych podstaw do nałożenia na sprawcę wykroczenia grzywny mandatem karnym – nie nakłada na sędziego grzywny intencjonalnie, mając na celu doprowadzenie do wszczęcia przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego. Trudno argumentować, że wprowadzając zmiany w art. 81 p.u.s.p. ustawodawca mógł godzić się z możliwością występowania tego rodzaju przypadków, zwłaszcza że nie można przecież wykluczyć, że mogłyby one służyć za tło do ewentualnych prób niedopuszczalnego nacisku na sędziego. Założeniem zmiany z 10.09.2015 r. było to, aby w razie popełnienia wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji sędzia miał możliwość dokonania wyboru, czy odpowiedzialność za dane wykroczenie będzie ponosił w trybie przepisów prawa wykroczeń, czy może poniesie za nie odpowiedzialność dyscyplinarną. Przekazanie ostatecznej decyzji w tym przedmiocie *de facto* innej osobie, niż sam sędzia, nie tylko wydaje się niezgodne z celem zmian, ale przede wszystkim rodzi potencjalne ryzyko niedopuszczalnych działań o charakterze represyjno-szykanującym, zmierzających do wywarcia wpływu na sędziego będącego sprawcą wykroczenia. Także z tego powodu przepisy art. 81 § 2–4

p.u.s.p. nie powinny być zatem interpretowane wyłącznie zgodnie z wynikami ścisłej wykładni językowej. Nie sposób przyjąć zatem, że zastosowanie środka oddziaływania wychowawczego wobec sędziego nie powinno wyłączać jego odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji.

W razie natomiast przyznania prymatu drugiemu z odnotowanych poglądów (tj. pogładowi, że sędzia odpowiada dyscyplinarnie nie za każdy czyn formalnie wypełniający znamiona wykroczenia, ale tylko za takie wykroczenia, które można uznać równocześnie za przewinienia dyscyplinarne), zapatrywanie zakładające, że w świetle art. 81 § 2–4 p.u.s.p. niezbędnym warunkiem wyłączenia odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie jest realne poniesienie przez sędziego sankcji finansowej w postaci grzywny, pomimo wszystkich przedstawionych zastrzeżeń, byłoby hipotetycznie możliwe do obrony, ale jedynie przy równoczesnym założeniu, że te wykroczenia, które zdaniem uprawnionego funkcjonariusza nie zasługują na karanie, mają tak niską społeczną szkodliwość, że nigdy nie stanowią one przewinień dyscyplinarnych. Postrzegając problem w ten sposób można byłoby bowiem argumentować, że wykroczenie, za które uprawniony funkcjonariusz nie zdecydował się nałożyć na sędziego grzywny i tak nie podlegałoby ściganiu w postępowaniu dyscyplinarnym, przez co zastosowanie środka oddziaływania wychowawczego za takie wykroczenie nie stanowi i tak żadnej ingerencji w sferę objętą immunitetem materialnym sędziego (skoro sędzia i tak nie odpowiadałby za nie dyscyplinarnie). Wyłączenie immunitetu materialnego mogłoby w konsekwencji następować jedynie w razie nałożenia na sędziego grzywny mandatem karnym, a więc zgodnie z literalną interpretacją art. 81 § 2–4 p.u.s.p. Sytuacje, które nie zasługują na karanie zdaniem uprawnionego funkcjonariusza, nie byłyby bowiem objęte tym immunitetem.

Powyższe zapatrywanie oparte jest jednak na wadliwym założeniu. Nawet bowiem w razie stwierdzenia, że sędzia odpowiada dyscyplinarnie tylko za wykroczenia stanowiące równocześnie przewinienia dyscyplinarne, nie sposób *a priori* przesądzać, że żadne z wykroczeń, za które uprawniony funkcjonariusz nie ukarze sędziego grzywną, uznając, że wystarczający jest środek z art. 41 k.w., nie mogłoby nigdy stanowić takiego przewinienia (zwłaszcza że możliwe są przecież omyłki podczas dokonywania ww. oceny przez funkcjonariusza). Nie można wykluczyć, że mogłaby zaistnieć sytuacja, w której mimo braku ukarania grzywną sędziego przez właściwego funkcjonariusza, popełnione wykroczenie wypełniałoby równocześnie znamiona czynu z art. 107 § 1 p.u.s.p. W takich zaś przypadkach – jeżeli zastosowanie środka oddziaływania wychowawczego nie wyłączałoby odpowiedzialności dyscyplinarnej – możliwe byłoby ponoszenie przez sędziego takiej odpowiedzialności nawet przy przyjęciu, że sędzia nie odpowiada dyscyplinarnie za wszystkie wykroczenia, ale tylko za te z nich, które można uznać za przewinienia dyscyplinarne.

Aktualne stałyby się wówczas wszystkie powyższe uwagi dotyczące braku proporcjonalności w sposobie traktowania sędziego i osoby, która nie jest sędzią w zakresie odpowiedzialności za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji o niskiej społecznej szkodliwości.

Konkluzje

Z wszystkich wymienionych powodów, wyłącznie literalna wykładnia art. 81 § 2–4 p.u.s.p., zakładająca że przepisy te znajdują zastosowanie tylko w przypadku ukarania grzywną, ale już nie w przypadku zastosowania środka oddziaływania wychowawczego, wydaje się budzić wątpliwości. Zważywszy na to, że środek oddziaływania wychowawczego jest łagodniejszą formą reakcji na wykroczenie niż grzywna nałożona mandatem karnym, *a maiori ad minus* można argumentować⁶³, że wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji ma miejsce nie tylko w razie przyjęcia mandatu karnego lub uiszczenia grzywny nałożonej mandatem zaocznym, ale również w przypadku zastosowania wobec sędziego środka z art. 41 k.w., tj. łagodniejszej niż grzywna formy reakcji na wykroczenie⁶⁴. Inna wykładnia byłaby trudna do logicznego uzasadnienia, skoro przy jej przyjęciu, w razie popełnienia wykroczenia o niewielkim stopniu społecznej szkodliwości sędzia byłby narażony na skutki potencjalnie bardziej dotkliwe, niż w razie popełnienia wykroczenia o poważniejszym charakterze. Byłaby ona również niełatwa do pogodzenia z intencją ustawodawcy, który nowelizując art. 81 p.u.s.p. zmierzał do potencjalnego zrównania sytuacji prawnej sędziego popełniającego wykroczenie oraz sprawcy takiego samego wykroczenia, który nie jest sędzią.

W konsekwencji więc, na postawione we wstępie pytanie, czy – niezależnie od oceny konstytucyjności nowych regulacji – w ich świetle zastosowanie wobec sędziego środków oddziaływania wychowawczego wyłącza odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego za wykroczenie przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi,

⁶³ Tego rodzaju wnioskowanie, tj. *a maiori ad minus*, przy rozstrzyganiu analogicznego problemu dotyczącego immunitetu materialnego prokuratora stosują również T. Janeczek, A. Roch, op. cit., s. 139.

⁶⁴ W doktrynie nie ma wprawdzie pełnej zgody co do tego, czy w prawie wykroczeń ustawodawca przyjmuje zasadę preferencji pozakarnych środków reakcji (zob. przegląd stanowisk dokonany przez R. Krajewskiego, op. cit., s. 12–14), uzasadnione wydaje się jednak zajęte przez ww. autora za: M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), op. cit., s. 134–135 stanowisko, według którego stosowanie środków oddziaływania wychowawczego może nastąpić jeśli spełnione są cele kary w zakresie prewencji szczególnej z art. 33 k.w. Zob. R. Krajewski, op. cit., s. 14. W istocie stanowisko to oznacza zatem, jak się wydaje, że karanie za wykroczenie powinno mieć miejsce, jeżeli środek oddziaływania wychowawczego nie jest wystarczającą formą reakcji na wykroczenie. Zob. również uwagi M. Grudeckiego, op. cit., s. 165, s. 180, który stwierdza, że środki oddziaływania wychowawczego to wyraz zasady celowości (quasi-opportunizmu) w karaniu wykroczeń.

kowi w komunikacji, należy odpowiedzieć twierdząco. Inna, ścisła i wyłącznie literalna interpretacja badanych przepisów wydaje się bowiem niemożliwa do zaakceptowania.

Wykaz literatury

- Bodio J., „*Nieskazitelność charakteru*” jako kwalifikacja zawodowa sędziego (*wpływająca na jego wizerunek*), „Kwartalnik KSSiP” 2013, z. 4.
- Bogdan G., [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, seria: System Prawa Karnego, t. 4., C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Budyn-Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Erciński T., Gudowski J., Iwulski J., *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Filipek K., *Gwarancje niezawisłości sędziowskiej sędziów sądów powszechnych*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2006, nr 13.
- Gardocki L., *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – praktyka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Karczmarskiego*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Grudecki M., *Kara nagany i środki oddziaływania społecznego oraz środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 7–8.
- Jakubowska-Hara J., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Janeczek T., Roch A., *Odpowiedzialność karna, odpowiedzialność za wykroczenia oraz zawieszenie w czynnościach prokuratora w świetle Prawa o prokuraturze*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 4.
- Klugiewicz K., *Jeszcze kilka słów o immunitecie sędziowskim – uwagi na marginesie postanowienia SN z 15.3.2011 r. (WZ 8/11)*, „Kwartalnik KSSiP” 2012, z. 1.
- Kołecki B., [w:] I. Hayduk-Hawrylak, B. Kołecki, A. Wlekińska, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Korózs Ł., [w:] Ł. Korózs, M. Sztorc, *Ustrój sądów powszechnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Korzeniewska-Lasota A., Lasota M., *Odpowiedzialność sędziego za wykroczenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010, nr 11.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Oficyna Wydawnicza MS, Warszawa 2005.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów w świetle ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych – kwestie procesowe i materialne*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2017, nr 2.
- Kozłowski K., *Immunitet sędziowski wobec instytucji odpowiedzialności lustracyjnej – szkic konstytucyjnoprawny*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 6.
- Krajewski R., *Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń*, „Palestra” 2013, nr 7–8.

- Królikowski M., *Sędziowski immunitet: Przedwyborczy bubel, czyli sędzia incognito*, „Rzeczpospolita” z 7 listopada 2015 r.
- Laskowski M., *Granice deliktu dyscyplinarnego sędziego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4.
- Ławnikowicz G., Pilipiec S., *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, „Annales UMCS Sectio G” 2016, vol. LXIII, no. 2.
- Łazarska A., *Niezawistość sędziowska i jej gwarancje w procesie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Łukaszewicz A., *Dyscyplinarki sędziów a wykroczenia: Albo mandat albo dyscyplinarka*, „Rzeczpospolita” z 18 stycznia 2017 r.
- Machnikowska A., *Odpowiedzialność władzy sądowniczej a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4.
- Mistygacz M., *Immunitet sędziowski w sprawach karnych na tle procesu delegitymizacji Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2020, nr 4.
- Nita B., *Uchylenie immunitetu sędziowskiego (aspekty konstytucyjne)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 7.
- Nowicka I., Kupiński R., *Stosowanie środków oddziaływania wychowawczego w sprawach o wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8.
- Radecki W., [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Radwański Z., *Uwagi o wykładni prawa cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 1.
- Roch A., *Odpowiedzialność sędziego i prokuratora za wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 9.
- Rybicki P., *Problem zgodności z Konstytucją RP regulacji umożliwiającej zrzeczenie się immunitetu przez sędziego popełniającego wykroczenie drogowe*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne” 2017, nr 17(2).
- Sawczyn W., *Czy sędzia sądu administracyjnego podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej w szkole wyższej?*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 5.
- Strączyński M., *Konstytucyjne i ustawowe prawa oraz obowiązki sędziów*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Pozycja ustrojowa sędziego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Włodkowski O., *Środki oddziaływania wychowawczego w prawie wykroczeń (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 14.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Zubik M., Wiącek M., *O spornych zagadnieniach z zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunału Konstytucyjnego – polemika*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3.

Summary

Judge's substantive immunity and educational measures

Keywords: law on the system of common courts, constitutional law, immunity, judge, petty offence, responsibility.

The article presents one of the problems concerning with judge's substantive immunity after the amendments of 10.07.2015 r. and 11.05.2017. In the light of new regulations, the judge may avoid his disciplinary responsibility for a petty offence against order and safety in traffic when he accepts a traffic ticket or when he pays a fine, which was imposed for this. The text aims to determine whether the application of an alternative form of response to a petty offence, i.e. educational measure, also excludes the disciplinary responsibility of a judge. In the conclusion, the view that the interpretation of the new regulations cannot be limited to only literal was presented.

Marcin Skinder

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0001-5876-8977

skinder@ukw.edu.pl

Implementacja postanowień procesu bolońskiego w ustawach o szkolnictwie wyższym Polski, Łotwy, Francji, Rumunii, Grecji, Czech i Finlandii

Wprowadzenie i geneza procesu bolońskiego – projekty poprzedzające i współtowarzyszące

Państwa członkowskie Unii Europejskiej, łącznie z zapisanymi w traktatach¹ swobodami rynkowymi i gospodarczymi obejmującymi przepływ kapitału, towarów i pracowników, charakteryzują się także wspólnym obszarem edukacyjnym realizowanym od początku 2000 r. jako idea Europy Wiedzy (ang. *Europe of Knowledge*), a w zakresie szkolnictwa wyższego jako proces boloński.

Rządy państw członkowskich Unii Europejskiej dostrzegły już na początku *millennium* potrzebę modyfikacji swojego systemu społeczno-gospodarczego w odpowiedzi na wyzwania, jakie niesie ze sobą proces globalizacji i kryzysy gospodarcze. W marcu 2000 r. na szczycie w Lizbonie zebrani przywódcy państw Unii Europejskiej zaakceptowali wspólny cel strategiczny jednoczącej się Europy. Rozpoczęli wtedy realizację ogólnej strategii innowacyjnej UE, której celem było zwiększenie konkurencyjności i wzrost gospodarczy w obszarze państw członkowskich. Europa Wiedzy i łączona z nią strategia lizbońska²

¹ Postanowienia w tym zakresie znaleźć można w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 1957 r. (ustanowiono swobodny przepływ pracowników oraz swobodę przedsiębiorczości), w Traktacie o Unii Europejskiej (TUE) – Traktacie z Maastricht z 1992 r., co później potwierdzono w Traktacie z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (wprowadzono pojęcie obywatelstwa UE przysługującego wszystkim obywatelom państw członkowskich).

² W strategii lizbońskiej określono następujące kierunki aktywności i cele: gospodarka oparta na wiedzy, zrównoważony rozwój, modernizacja europejskiego modelu społecznego oraz stabilna polityka makroekonomiczna. Po kilku latach, w związku z niespełnieniem założeń pod-

miały ulepszyć je gospodarczo do 2010 r, tak by były one zdolne w dłuższej perspektywie do silnej konkurencji na świecie, w oparciu o wiedzę, z większą liczbą lepszych miejsc pracy³.

Lata 90. sprzyjały dążeniom UE do reform gospodarczo-społecznych, część z nich dotyczyła edukacji na poziomie oświatowym, ale brakowało aktywności w szkolnictwie wyższym, jakby niewystarczająco dostrzegano jego wpływ na gospodarkę. Zaczęło się to zmieniać w końcu lat 90.; dynamiki nabrała działalność europejskich ministrów szkolnictwa wyższego, którzy obrali sobie za cel integrację swojego sektora.

Przede wszystkim na uwagę zasługuje Deklaracja sorbońska, którą 25 maja 1998 r. podpisali ministrowie odpowiedzialni za szkolnictwo wyższe Francji, Niemiec, Wielkiej Brytanii i Włoch. Deklaracja stanowiła swoisty plan harmonizowania systemów szkolnictwa wyższego, a jej celem było wspieranie mobilności w Europie⁴. Deklaracja sorbońska uwzględniała także zwiększenie konkurencyjności europejskiej oferty edukacyjnej w odniesieniu do USA, ze szczególnym uwzględnieniem mobilności i atrakcyjności kształcenia, które nie były domeną systemów Unii Europejskiej. W związku z tym ustalone zostały dezyderaty reformowania, w tym harmonizowanie struktury studiów, stopni kształcenia i wsparcie przemieszczania się studentów w Unii Europejskiej wraz z implementacją European Credit Transfer System (ECTS). Idea harmonizowania szybko ewaluowała, do prac zgłosili wtedy ministrowie szkolnictwa wyższego kolejnych państw.

Działania skupione dotąd wokół Europy Wiedzy, strategii i Konwencji lizbońskiej, Deklaracji sorbońskiej były jednak niedostatecznie efektywne; potrzeba było więcej. Warto podkreślić, że cechą European Higher Education Area – EHEA (Europejski Obszar Szkolnictwa Wyższego, dalej jako EOSW) było tworzenie go na poziomie uzgodnień międzyrządowych, a nie w ramach regulacji prawa wspólnotowego czy później w ramach prawa Unii Europejskiej⁵.

Równoległe z procesem bolońskim rozpoczętym w 1999 r. prowadzono działania harmonizujące w Europie kształcenie zawodowe i szkolenia. Ich efektem było ogłoszenie Deklaracji kopenhaskiej w 2002 r. obejmującej zadania, takie jak utworzenie jednolitych ram przezroczystości kompetencji i kwalifikacji

jęto próby modyfikacji strategii lizbońskiej w stronę tworzenia nowych miejsc pracy, ostatecznie w 2010 r. zarzucono te działania i uruchomiono „Plan Europa 2020”.

³ H. de Boer, F. Vught, *The Europe of Knowledge: An analysis of the EU's innovation strategy*, [w:] P. Axelrod, R.D. Trilokekar, T. Shanahan, R. Wellen (red.), *Making Policy in Turbulent Times. Challenges and prospects for higher education*, Chapter: 15, McGill-Queen's University Press, 2013, s. 341–342.

⁴ Joint Declaration on Harmonisation of the Architecture of the European Education System [The Sorbonne Declaration], www.ehea.info/files.

⁵ The European Higher Education Area: Joint declaration of the European Ministers of Education convened in Bologna on the 19th of June 1999 [The Bologna Declaration], www.ehea.info/files.

z narzędziem Europass⁶ (obejmuje np. profil internetowy z historią edukacji formalnej i nieformalnej oraz kreatory dokumentów pomocnych w rozwijaniu kariery międzynarodowej i kilka rodzajów suplementów do dyplomów ważnych w całej Europie).

W trakcie rozwijania kolejnych faz procesu bolońskiego pojawiła się nowa inicjatywa harmonizująca. 27 listopada 2009 r. w Parlamencie Europejskim w Brukseli z inicjatywy byłego prezydenta Francji Valérego Giscarda d'Estaing, a także Michelangelo Baracchi Bonvicini powołano Atomium Culture (AC). Od początku stanowiło to innowacyjną kontrpropozycję harmonizującą szkolnictwo wyższe, która skupiała najlepsze uniwersytety i przedsiębiorstwa Europy. Działała w płaszczyznach transferu wiedzy oraz rozpowszechniała wyniki z najefektywniejszych europejskich badań, choć nie było pewności co do jej ostatecznego kształtu czy formy prawnej. To, co odróżniało Atomium Culture od innych aktywności działań harmonizujących (proces boloński), było zwiększenie przepływu wiedzy ponad granicami z uwzględnieniem roli mediów wiodących europejskich czasopism (przykładowo „El Pais”, „Algemeine Zeitung”). Organizacja była budowana jako sieć wiodących europejskich uniwersytetów (Uniwersytet Boloński, Uniwersytet Ateński, Uniwersytet Humboldta) i firm (np. Microsoft, Siemens)⁷. Aktualnie organizacja ewoluowała w stronę międzynarodowej instytucji pozarządowej Atomium-European Institute for Science, Media and Democracy, EISMD. Najbardziej aktualne działania instytutu związane są z kształtowaniem zastosowań sztucznej inteligencji. W tym celu w 2018 r. wraz z członkami-założycielami Audi, Elsevier, Facebook, Fujitsu, Google, Intesa SanPaolo, Johnson&Johnson i Microsoft uruchomiono międzynarodowe forum skupiające wszystkie podmioty zainteresowane kształtowaniem społecznego wpływu nowych zastosowań Artificial Intelligence (AI), w tym Parlament Europejski, organizacje pozarządowe, pręmysł i media. Podobne inicjatywy stały się udziałem Atomium w 2021 r., szczególnie dotyczy to wspólnych prac z ECAI (European Consultation on Artificial Intelligence) dotyczących organizacji w listopadzie pierwszych konsultacji społecznych na temat sztucznej inteligencji w całej Europie⁸.

Zakres przedmiotowy procesu bolońskiego

Priorytetowym dokumentem opisującym zadania i cele harmonizowania systemu szkolnictwa wyższego w Europie jest Deklaracja bolońska⁹. 19 czerw-

⁶ Aktualne informacje o Europass można znaleźć pod adresem: <https://europass.org.pl/o-europass>.

⁷ www.atomiumculture.eu (data dostępu: 1.03.2017).

⁸ www.eismd.eu/about.

⁹ The European Higher Education Area: Joint declaration of the European Ministers of Education convened in Bologna on the 19th of June 1999 [The Bologna Declaration], www.ehea.info/files.

ca 1999 r. w Bolonii 31 ministrów szkolnictwa wyższego podjęło intensywne działania zbliżające zarządzane przez nich systemy. Zyskały one od razu miano procesu bolońskiego i pozostawały wtedy na poziomie uzgodnień międzyrządowych, nie stanowiąc, jak wielu oczekiwało, konwencji europejskiej. Zostały one oparte o dobrowolne deklaracje państw sygnatariuszy, będąc też porozumieniem między państwami europejskimi. Przy tym nie zostały na nie nałożone obowiązki implementacji ustalonych zasad (brak konkretnych sankcji w razie zaniechania odpowiednich działań). Proces boloński jest w dużym stopniu formą zobowiązania politycznego, które w imieniu państw złożyli ministrowie szkolnictwa wyższego. Nie stosuje się też żadnych mechanizmów prawnych w postaci dyrektyw i wytycznych, ich miejsce zajmują z powodzeniem zachęty i wsparcie. Wobec tego jest wyrazem woli wobec aktywności w edukacji na rzecz budowania obszaru szkolnictwa wyższego w Europie, choć ostatecznie nie wiąże prawnie państw członkowskich¹⁰.

Obecnie ten harmonizujący proces również pozostaje poza regulacjami Unii Europejskiej jako struktury ponadnarodowej. Harmonizacja prawa w ramach procesu bolońskiego została zatem zastąpiona pojęciem harmonizowania systemu. Harmonizacja (ang. *approximation*, fr. *approchement*) oznacza zbliżanie, dostosowanie krajowych przepisów prawnych z przepisami prawa UE. Harmonizacja nie jest zjawiskiem jednolitym, prawo krajowe nie musi być literalnie tożsame z przepisami unijnymi, ustawodawstwo harmonizuje się z przepisami wydanymi przez organy Unii Europejskiej, a nie, jak czasem przywołuje się w niektórych publikacjach, z przepisami prawnymi obowiązującymi w konkretnych państwach. Harmonizacja stanowi specjalny tryb scalania lub powiązania systemów prawnych państw członkowskich nie posiadający jednolitej natury. Można ją rozumieć też jako dążenie do ujednolicenia prawa poprzez uzgadnianie, wzajemne dostosowywanie i zespalandie poszczególnych elementów w całość. W tym ujęciu harmonizacja prawa znajduje najwięcej podobieństw do harmonizowania systemu szkolnictwa wyższego w procesie bolońskim¹¹. Realizowany jest on jako współpraca międzyrządowa w dostosowywaniu regulacji prawnych, organizacyjnych zmian instytucjonalnych oraz w aktywności organizacji studenckich i instytucji partycypujących w harmonizowaniu. Koordynacją procesu zajmują się ministrowie szkolnictwa wyższego, którzy przygotowują dokumenty prawne dotyczące oceny rezultatów i decyzji wytyczających dalsze priorytetowe kierunki¹².

¹⁰ M. Wójcicka, *Deklaracja Bolońska: (nie)zamierzone skutki zmian strukturalnych i programowych*, [w:] J. Piekarski, D. Urbaniak-Zajac (red.), *Innowacje w edukacji akademickiej. Szkolnictwo wyższe w procesie zmiany*, Łódź 2010, s. 109–110.

¹¹ A. Semeniuk, *Harmonizacja prawa prywatnego w Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2011, r. XI, nr 1–2, s. 219–220; por. J. Osiejewicz, *Harmonizacja prawa państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa, 2016, s. 7.

¹² E. Solska, *Duch liberalizmu a projekt europejskiej przestrzeni edukacyjnej*, Lublin 2011, s. 201–203.

Ministrowie, przyjmując Deklarację bolońską *The European Higher Education Area: Joint declaration of the European Ministers of Education convened in Bologna on the 19th of June 1999*, uwzględnili generalną koncepcję harmonizowania krajowych systemów szkolnictwa wyższego, które ułatwiłyby międzynarodową współpracę naukową i ujednoliciłyby rozwiązania organizacyjne w programach studiowania i uznawalności stopni akademickich. Do ujętych w tym dokumencie reguł zaliczyć też można zwiększenie wydajności i konkurencyjności szkolnictwa wyższego, zachowując jednocześnie odrębność kulturową narodowych programów kształcenia¹³.

Praktykę działań i realizację reform w szkolnictwie wyższym opisać można dezyderatami procesu bolońskiego, tworzącymi łącznie jego zakres przedmiotowy i stanowiącymi jednocześnie źródło istotnych zmian w europejskiej polityce szkolnictwa wyższego. Dezyderaty te służyły ministrom do uaktualnień pierwotnych założeń bolońskich, przez co ten projekt społeczno-edukacyjny miał szansę przez lata zostać dostosowany to zmieniających się potrzeb i aspiracji środowisk akademickich. Zapisany w Deklaracji bolońskiej zakres przedmiotowy ministrowie przedstawiają w ramach cyklicznie (1999–2020) organizowanych konferencji w takich krajach, jak Czechy, Wielka Brytania, Niemcy, Norwegia, Belgia, Węgry, Austria, Rumunia, Armenia, Francja i Włochy (więcej w tabeli 1). W okresie między konferencjami proces boloński jest koordynowany przez Grupę Kontynuacji (Bologna Follow-up Group – BFUG) oraz Radę Procesu. W skład BFUG wchodzi przedstawiciele krajów uczestniczących w procesie bolońskim oraz przedstawiciele Komisji Europejskiej¹⁴.

Trzeba też zwrócić uwagę, że proces boloński wciąż rozszerza się na nowe państwa europejskie. Realizowany jest w środowisku politycznym (międzyrządowym) Unii Europejskiej z dominującym udziałem narodowych środowisk akademickich, które jednocześnie dbają o odrębność systemów szkolnictwa wyższego. W zakresie przedmiotowym uwzględnia wiele dezyderatów – trudno wskazywać ich liczbę, gdyż rozwijanie głównego celu w postaci Europejskiego obszaru szkolnictwa wyższego wciąż trwa. Nie wiadomo choćby, jakie realne zmiany wprowadzą ministrowie po kolejnej konferencji w Rzymie w 2021 r. Można jednak wyznaczyć te rudymentarne dezyderaty: zapewnienie jakości kształcenia, wielostopniowość studiów, system punktów kredytowych (ECTS), wsparcie dla mobilności, uznawanie dyplomów, stopni i tytułów, promocja europejskiego i społecznego wymiaru EOSW, wprowadzanie alternatywnych form kształcenia (*e-learning*, *lifelong learning*, kształcenie przez całe życie oraz *joint diplomas* czyli wspólne dyplomy) i Europejskiej ramy kształ-

¹³ Ibidem, s. 197.

¹⁴ E. Chmielecka, *Proces boloński i krajowe ramy kwalifikacji dla szkolnictwa wyższego*, „Studia BAS” 2013, nr 3(35), s. 108.

cenia. W polskim szkolnictwie wyższym od lat podejmuje się próby implementacji zapisów z komunikatów bolońskich, z jednej strony aktywności tych się wystarczająco nie wspiera (ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym¹⁵), z drugiej w pewnym stopniu komprymuje (ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym¹⁶).

Tabela 1

Zakres przedmiotowy komunikatów ministrów szkolnictwa wyższego uczestniczących w procesie bolońskim

Komunikaty ministrów	Zakres przedmiotowy procesu bolońskiego
Boloński	Deklaracja bolońska – 1999 • przyjęcie systemu czytelnych i porównywalnych stopni kształcenia (suplement – 2001) • przyjęcie systemu opartego na dwóch (trzech – 2001) głównych cyklach • ustalenie systemu punktów kredytowych – ECTS • promocja mobilności uczestników rynku edukacyjnego (nauczyciele akademicy, studenci i personel administracyjny) • promocja współpracy europejskiej w zakresie zapewniania jakości (ewaluacja i akredytacja) • promocja europejskiego wymiaru szkolnictwa wyższego
Praski	Komunikat praski – 2001 Zakres Deklaracji bolońskiej + • wdrażanie systemów kształcenia ustawicznego + e-learning • udział we wdrażaniu procesu bolońskiego władz uczelni, pracowników i studentów
Berliński	Komunikat berliński – 2003 Zakres poprzednich komunikatów + • współpraca uczelni z przemysłem • włączenie do procesu bolońskiego również Europejskiego obszaru badań
Bergeński	Komunikat bergeński – 2005 Zakres poprzednich komunikatów + • wymiar społeczny procesu bolońskiego • narodowe i ramowe struktury kwalifikacji i umiejętności dla EOSW • ułatwienia w uznawaniu wspólnych dyplomów (<i>joint diplomas</i>) • elastyczność w uznawaniu wcześniejszych lat nauki

¹⁵ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 55).

¹⁶ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 85, 374, 695).

Londyński	Komunikat londyński – 2007 Zakres poprzednich komunikatów + • sprawiedliwe uznawanie kwalifikacji uzyskiwanych w kształceniu nieformalnym • zmodyfikowane struktur kwalifikacji zapewniających porównywalność • ustanowienie Europejskiego Rejestru Agencji ds. Zapewniania Jakości (Register of European Higher Education Quality Assurance Agencies) • poprawa zatrudnialności • zgodność struktury zatrudnienia i szczebli awansu zawodowego w służbach publicznych z nowym systemem studiów
Leuweński	Komunikat leuweński – 2009 Zakres poprzednich komunikatów + • przygotowanie studentów do aktywnego uczestnictwa w demokratycznym społeczeństwie • Krajowe ramy kwalifikacji uznające nakłady i efekty za nośnik uznawalności europejskiej • przyjęcie Karty europejskich uniwersytetów kształcenia ustawicznego • uruchomienie Forum polityki bolońskiej (<i>Bologna Policy Forum</i>)
Budapeszteńsko-wiedeński	Deklaracja budapeszteńsko-wiedeńska – 2011 Zakres poprzednich komunikatów + • ogłoszenie osiągnięcia pełni zadeklarowanego w Bolonii w 1999 r. EOSW • decyzja o kontynuacji procesu bolońskiego • niezależna ocena przez konsorcjum naukowców realizacji dotychczasowych dezyderatów procesu • uruchomienie międzynarodowej strony internetowej EOSW • <i>Peer learning</i>, czyli partnerskie uczenie się • współpraca z państwami spoza Europy na zasadach koprezydencji
Bukareszteński	Komunikat bukareszteński – 2012 Zakres poprzednich komunikatów + • współpraca międzynarodowa
Erywański	Komunikat erywański – 2015 Zakres poprzednich komunikatów + • podnoszenie jakości i przydatności kształcenia • kontynuacja wsparcia zatrudnialności absolwentów • poprawa inkluzyjnego charakteru systemów szkolnictwa wyższego
Paryski	Komunikat paryski – 2018 Zakres poprzednich komunikatów + • innowacje w kształceniu akademickim • trójstopniowy system kształcenia i ramy kwalifikacji • uznawalność wykształcenia • zapewnienia jakości w szkolnictwie wyższym • nowelizacja wzoru suplementu do dyplomu

Rzymski	Komunikat rzymski– 2020 Zakres poprzednich komunikatów + • opracowywanie krajowych ram kwalifikacji • pełne wdrożenie Konwencji lizbońskiej Rady Europy/UNESCO o uznawaniu kwalifikacji • automatyczne uznawanie kwalifikacji akademickich i okresów studiów w Europie • rozwój bazy danych zewnętrznego systemu zapewniania jakości (DEQAR¹⁷) • europejski paszport kwalifikacji dla uchodźców • europejskie podejście do zapewniania jakości programów typu <i>joint degree</i>. • wsparcie dla inkluzji społecznej
---------	---

Źródło: opracowanie własne na podstawie: Romanian Communiqué 19 November 2020, Yerevan Communiqué 14–15 May 2015, Bucharest Communiqué 26–27 April 2012, Budapest–Vienna Declaration, Leuven Louvain-la-Neuve Communiqué 28–29 April 2009, London Communiqué 17–18 May 2007, Bergen Communiqué 19–20 May 2005, Berlin Communiqué 18–19 September 2003, Prague Communiqué 18–19 May 2001, Bologna Declaration 18–19 June 1999; <https://ehea.info/page-ministerial-declarations-and-communications>.

Proces boloński w ustawie z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym oraz innych ustawach

Ustawa o szkolnictwie wyższym z dnia 12 września 1990 r. oraz jej następstwa w postaci zmienionych statutów krajowych uniwersytetów ukształtowały ramy prawne funkcjonowania szkolnictwa wyższego w czasie transformacji ustrojowej¹⁸. Ten akt prawny nie mógł jeszcze mieć konkretnych odniesień do reform bolońskich, gdyż decyzje o budowaniu EOSW zapadły dopiero dziesięć lat później. Jednak pewne fundamenty zostały dzięki tej ustawie położone. Uniwersytety zyskały autonomię, nastąpiło przecież przejście na zarządzanie odpowiadające potrzebom rynkowemu. Piętrzyły się trudności budżetowe, ograniczono dotychczasowe finansowanie szkolnictwa wyższego odbywające się dotąd na zasadzie zapotrzebowania i często było uznaniowe. W zamian wprowadzono dotacje oparte o liczbę studentów¹⁹. Na zmiany dostosowujące funkcjonowanie uniwersytetów do standardów państw Europy Zachodniej trzeba było czekać co najmniej do pierwszej dekady XXI wieku.

¹⁷ www.eqar.eu.

¹⁸ Ustawa z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. z 2005 r., Nr 10, poz. 71; Nr 23, poz. 187; Nr 94, poz. 788).

¹⁹ J. Woźnicki, *Aktualne uwarunkowania rozwojowe szkolnictwa wyższego*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2016, nr 2(4), s. 106.

Zanim to nastąpiło, krajowe uniwersytety zмагаć się musiały ze słabą dynamiką adaptowania do nowo powstałych warunków gospodarki wolnorynkowej.

W nowo powstałym systemie szkolnictwa wyższego, którego normatywną podstawę stanowiła ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym, uwzględniono zamysł prężnego włączenia krajowego systemu kształcenia do Unii Europejskiej, co od razu uruchomiło potrzebę porównań międzynarodowych oraz potrzebę wejścia w europejskie standardy kształcenia i prowadzenia badań naukowych²⁰. Niestety, oczekiwania środowiska akademickiego zainteresowanego reformami sorbońskimi, lizbońskimi i bolońskimi pozostały niezaspokojone, co wynikało głównie z niedostatków finansowych, ale też i organizacyjnych. Nie wiadomo, kto miał podjąć ciężar praktyki reformowania. Brakowało wszak regulacji kształcenia wielostopniowego, ze szczególnym uwzględnieniem trzeciego stopnia kształcenia, nie uregulowano programów mobilnościowych promujących kształcenie międzynarodowe studentów oraz europejskiej współpracy akademików. W zasadzie zaniechano konkretnych ustawowych działań, łatwo osiąganym w Europie, skierowanych ku mobilności, studiom wielostopniowym czy wreszcie trudniejszemu, holistycznie rozumianemu budowaniu EOSW. W niewielkim stopniu uwzględniono wspólne kształcenie z instytucjami z zagranicy (art. 168 ust. 1–3), czego efektem było niewielkie zainteresowanie tym rodzajem kształcenia (w 2010 r. osiem największych szkół zdecydowało się na takie działanie, tylko jako partner²¹, bez zaangażowania w funkcję koordynatora).

W ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym uwzględniono wiele ważnych dla organizacji uniwersytetów kwestii. Wiele z nich w małym stopniu uwzględnia dorobek procesu bolońskiego, szczególnie dezyderatów zgłaszanych przez ministrów w najbardziej aktualnych komunikatach z Budapesztu–Wiednia, Erywania, Bukaresztu i Rzymu. W żadnym stwierdzeniu preambuły nie można znaleźć sformułowań czy stanowisk uwzględniających inicjatywy działaczy procesu bolońskiego. Enuncjacja ta dotyczy także innego projektu społeczno-edukacyjnego, jakim jest Atomium Culture. Choć aktualna formuła tego procesu zmieniła się w kierunku *think tanku*, czy nawet instytutu naukowego, to i tak żadne z wcześniejszych zaleceń Atomium Culture nie znalazło się wśród źródeł inicjujących obecne reformy w krajowym szkolnictwie wyższym, choć ówczesny Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego Jarosław Gowin zapowiadał jednocześnie silne zaznaczenie polskiego potencjału akademickiego nie tylko w Europie, ale i na świecie. Szkoły wyższe miały zacząć liczyć się w międzynarodowych rankingach akademickich. Przykładowo przed wejściem w życie Konstytucji dla Nauki najlepsze Uniwersytety: Warszawski i Jagielloński nie mogły wyjść z piątej setki rankingu szang-

²⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 55).

²¹ Fundacja Rozwoju Systemów Edukacji, *Wspólne studia, udział polskich szkół w programie Erasmus Mundus*, Warszawa 2010, s. 6.

hajskiego (Academic Ranking of World Universities – AWRU). Z tabeli rankingowej z 2021 r. AWRU wynika, że Uniwersytet Warszawski poprawił swoją pozycję na tej liście i znalazł się w czwartej setce na 1000 jednostek²².

W przepisach ogólnych ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym²³ w pierwszych 10 artykułach nie znajdziemy odniesień do idei harmonizowania szkolnictwa europejskiego i procesu bolońskiego. Pewna reminiscencja dotyczy systemu szkolnictwa wyższego i nauki, który ma funkcjonować z poszanowaniem standardów międzynarodowych. W dziale II: Szkolnictwo wyższe znalazły się odniesienia do sposobów potwierdzania efektów uczenia się. Uwzględniono też instrukcje dotyczące wskazywania kandydatów do instytucji przedstawicielskich środowiska akademickiego oraz wykonywania zadań związanych z przypisywaniem poziomów Polskiej Ramy Kwalifikacji.

Są one efektem działań probolońskich i powinny odnosić się do Europejskiej Ramy Kwalifikacji²⁴. W zaleceniach Rady Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2017 r. w sprawie Europejskiej Ramy Kwalifikacji dla uczenia się przez całe życie²⁵ określono wspólne ramy odniesienia dla kwalifikacji w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Ramy te funkcjonują jako instrument odniesienia, dzięki któremu kwalifikacje są bardziej czytelne i łatwiejsze do zrozumienia w różnych państwach i systemach w Europie. Główne cele tych instrumentów uwzględniają promocję mobilności obywateli między krajami oraz ułatwianie kształcenia ustawicznego (*lifelong learning*). Europejska Rama Kwalifikacji to narzędzie, które jest niezbędne w porównywaniu systemów kwalifikacji w Europie. Ustalono w nim osiem europejskich poziomów odniesienia, które opisano w kategoriach efektów uczenia się: wiedzy, umiejętności i kompetencji. Poprzez to działanie komparatystyczne krajowe systemy kwalifikacji (ang. National Qualifications Framework – NQF) i kwalifikacje w Europie odniesione są do poziomów europejskich. Absolwenci, kształcący i pracodawcy mogą przez to porównywać kwalifikacje uzyskiwane w różnych systemach kształcenia i szkolenia, w całej Europie²⁶.

W rozdziale II „Prowadzenie studiów” ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym uwzględniono problematykę prowadzenia studiów

²² Zob. W. Siwiński, *UJ i UW na „szanghajskiej huśtawce”*, „Forum Akademickie” 2009, nr 9.

²³ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 85, 374, 695).

²⁴ Ustawa z dnia 22 grudnia 2015 r. o Zintegrowanym Systemie Kwalifikacji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 226).

²⁵ Zalecenie Rady Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2017 r. w sprawie Europejskich Ram Kwalifikacji dla uczenia się przez całe życie i uchylające zalecenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie ustanowienia europejskich ram kwalifikacji dla uczenia się przez całe życie (2017/C 189/03).

²⁶ Komisja Europejska, *Wyjaśnienie Europejskich Ram Kwalifikacji dla uczenia się przez całe życie*, Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Luksemburg 2008, s. 3.

wspólnych (*joint studies*²⁷). Możliwe jest prowadzenie studiów wspólnych z innymi instytucjami edukacyjnymi z zagranicy. Taka forma współpracy stanowi osiągnięcie procesu bolońskiego, obok innych, w tym *joint diplomas* (wspólne dyplomy), *joint degrees* (wspólne stopnie), *lifelong learning* (kształcenie ustawiczne), *distance learning* (kształcenie na odległość), służących łącznie wspieraniu dezyderatu mobilności. Mimo korzystania z osiągnięć implementacyjnych procesu bolońskiego, nie wspomina się o jego źródłach w ustawie o szkolnictwie wyższym i nauce. W pewnym zakresie zasady współpracy określa umowa zawarta w formie pisemnej, która w szczególności wskazuje podmiot odpowiedzialny za wprowadzanie danych do systemu POLON i podmiot uprawniony do otrzymania środków finansowych na kształcenie studentów na studiach stacjonarnych prowadzonych wspólnie. Zasady działania takiego kształcenia zapisano w art. 60. ust. 1, z którego wynika, że uczelnia może prowadzić studia wspólnie z instytutem międzynarodowym, zagraniczną uczelnią lub instytucją naukową.

Ustawy o szkolnictwie wyższym i nauce – odniesienia do realizacji procesu bolońskiego na Łotwie, we Francji, w Rumunii, Grecji, Czechach i w Finlandii

W ustawie o szkolnictwie wyższym Łotwy²⁸ wyróżnić można dezyderat wspierania jakości poprzez akredytację uczelni obejmującą ocenę organizacji pracy i jej jakości, w wyniku której uzyskuje ona status uczelni uznawanej przez państwo (rozdział 1), a także szczegółowo opracowane zasady określania punktów kredytowych stanowiących jednostkę rozliczeniową studiów, co wprost odnosi się do idei mobilności i ECTS. W łotewskiej ustawie zdefiniowano również efekty kształcenia stanowiące zestaw wiedzy, umiejętności i kompetencji, które mają być nabyte po ukończeniu programu studiów, modułu studiów lub kursu kształcenia. W art. 55 łotewskiej ustawy o zakresie wspólnych programów studiów (*joint study programmes*) uwzględniono – charakterystyczne dla państw promujących mobilność – pojęcie współpracy szkoły wyższej wraz z instytucją partnerską, którą może być inna akredytowana instytucja szkolnictwa wyższego na Łotwie lub uznana instytucja szkolnictwa wyższego z zagranicy. W art. 55 ust. 3 uwzględniono szerzej boloński dezyderat jakości opisując podmiotowo i przedmiotowo zasady akredytacji. Łotewski system szkolnictwa wyższego nastawiono na współpracę międzynarodową, poświęcono jej cały rozdział (Chapter XI: International Co-operation of Higher Educa-

²⁷ Por. A. Aerden, H. Reczulska, *Guidelines for Good Practice for Awarding Joint Degrees*, ECA Occasional Paper, The Hague 2013.

²⁸ Law on Higher Education Institutions, Republic of Latvia 1995 r. (accessed: 18.10.2018).

tion Institutions), w art. 84–85 uwzględniono zasady uznawalności oparte o wcześniejsze zapisy Konwencji lizbońskiej²⁹ i zalecenie Rady Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2018 r. w sprawie propagowania automatycznego wzajemnego uznawania kwalifikacji uzyskanych w ramach kształcenia i szkolenia³⁰. Konotacje te są zresztą znacznie szersze. Konwencja o uznaniu kwalifikacji związanych z uzyskaniem wyższego wykształcenia w Regionie Europejskim, opracowana przez Radę Europy oraz UNESCO, zapewnia ramy prawne uznawania kwalifikacji uzyskanych w ramach kształcenia na poziomach dających dostęp do szkolnictwa wyższego. Istotne są tu też zapisy komunikatu bukareszteńskiego z 2012 r., w którym ministrowie, realizując proces boloński, zobowiązali się do osiągnięcia długoterminowego celu, jakim jest automatyczne uznawanie porównywalnych stopni akademickich. Należy również wspomnieć, że w 2002 r. ministrowie ci zobowiązali się do realizacji procesu kopenhaskiego, czyli wspierania uznawalności kwalifikacji i kompetencji w Europie.

We francuskiej ustawie o szkolnictwie wyższym i badaniach naukowych³¹ wyznaczono ramy reformy systemu szkolnictwa wyższego i badań naukowych rozpoczętej przez rząd francuski jeszcze w 2012 r. Jednym z celów tej reformy jest uwzględnienie potrzeb studentów, zwłaszcza tych popularnych studiów – pierwszego stopnia. Ustawa zawiera szereg przepisów mających na celu realizację tego celu, a część z nich odnosi się do idei równości szans (zdefiniowanej jako wymiar społeczny procesu bolońskiego)³². Ten dezyderat podkreślono na konferencji ministrów szkolnictwa wyższego w norweskim Bergen w 2005 r. i oznacza on zapewnienie dostępności do studiów szczególnie studentom z grup o niższym statusie społecznym. Chodzi tu o zmniejszanie nierówności społecznych lub kulturowych oraz poprawę warunków życia studentów (art. 6).

Do kształcenia ustawicznego odnosi się z kolei ustawa w sprawie poradnictwa i szkolenia zawodowego przez całe życie z 29 listopada 2009 r.³³ Jeszcze więcej odniesień probolońskich można znaleźć we francuskiej ustawie z 27 lipca 2007 r. w sprawie praw i obowiązków uniwersytetów (rozdziały I, III i IV)³⁴.

²⁹ Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region Lisbon, 11 IV 1997.

³⁰ Zalecenie Rady Unii Europejskiej z dnia 26 listopada 2018 r. w sprawie propagowania automatycznego wzajemnego uznawania kwalifikacji uzyskanych w ramach kształcenia i szkolenia na poziomie wyższym i średnim II stopnia oraz efektów uczenia się osiągniętych w okresach nauki za granicą (2018/C 444/01).

³¹ LOI n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000027735009>.

³² B. Michalski, *Konsekwencje Procesu Bolońskiego dla rozwoju gospodarczego i międzynarodowej konkurencyjności gospodarki*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2008, nr 13, s. 88.

³³ LOI n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000021312490>.

³⁴ Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000824315>.

W rumuńskiej ustawie o edukacji³⁵ w rozdziale XI: Dyrekcja Generalna ds. Szkolnictwa Wyższego w zakresie podmiotowym zawarto zasady funkcjonowania Krajowego Centrum Uznawania i Równoważności Dyplomów (Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare – CNATDCU)³⁶ zajmującego się uznawalnością wykształcenia. W pkt. 4a stwierdza się, że celem tego podmiotu jest zapewnienie odpowiedniej jakości kształcenia uniwersyteckiego w Rumunii oraz rozwój zgodnie z propozycjami EOSW. Odniesiono się też do innych dezyderatów bolońskich, w tym kształcenia ustawicznego (rozdział XIII: Dyrekcja Generalna ds. Zarządzania Zasobami Ludzkimi i Sieciami Szkół). W art. 27 pkt 6 wyodrębnić można zasady organizacji pracy Dyrekcji Kształcenia Ustawicznego (DFC), która pełni funkcje związane z wdrażaniem, monitorowaniem i regulowaniem ram metodologicznych konkretnych działań na rzecz rozwoju zawodowego i rozwoju kariery w nauczaniu jako integralnej części procesu uczenia się przez całe życie.

W greckim systemie szkolnictwa wyższego znaczny nacisk położono na kształcenie ustawiczne, widać to szczególnie w ustawie nr 4763³⁷ z 21 grudnia 2020 r. o Krajowym Systemie Edukacji Zawodowej, Szkolenie i uczenie się przez całe życie, w której w części A, art. 1 znalazły się zasady funkcjonowania Krajowego Systemu Kształcenia i Szkolenia Zawodowego, który powinien uwzględniać Krajową Ramę Kwalifikacji odpowiadającą Europejskiej Ramie Kwalifikacji. Probolońskie idee *lifelong learning* uwzględnia też ustawa nr 4115 z 13 stycznia 2013 r. o organizacji i działalności Fundacji Młodzież, Kultura i Uczenie się przez całe życie oraz o Krajowej Agencji Akredytacyjnej, Agencji Kwalifikacji i Poradnictwa Zawodowego i o innych przepisach, ze zmianami³⁸. Uwzględniono w niej dezyderaty bolońskiego promowania jakości kształcenia (Deklaracja bolońska, 1999) oraz o *lifelong learning*. Ten ostatni termin można tłumaczyć jako „kształcenie się przez całe życie”, w podobnym kontekście używa się też terminu „kształcenie ustawiczne”. *Lifelong learning* miał istotne znaczenie dla osiągnięcia EOSW i były wiodącym zagadnieniem komunikatu praskiego z 2003 r.³⁹, co zostało zresztą potwierdzone przez mi-

³⁵ Anexa la OME nr.4075/05.07.2021 REGULAMENTUL DE ORGANIZARE ȘI FUNCȚIONARE A MINISTERULUI EDUCAȚIEI, <https://edu.ro/legisla%C8%9Bie-organizare-%C8%99i-func%C8%9Bionare-0>.

³⁶ Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare (CNATDCU), www.cnatdcu.ro.

³⁷ ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 4763 Εθνικό Σύστημα Επαγγελματικής Εκπαίδευσης, 21 Δεκεμβρίου 2020, Αρ. Φύλλου 254.

³⁸ ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 4115 Οργάνωση και λειτουργία Ιδρύματος Νεολαίας και Δια Βίου Μάθησης και Εθνικού Οργανισμού Πιστοποίησης Προσόντων και Επαγγελματικού Προσανατολισμού και άλλες διατάξεις, 30 Ιανουαρίου 2013, Αρ. Φύλλου 24.

³⁹ Cyt. „Lifelong learning is an essential element of the European Higher Education Area” [w:] Towards the European Higher Education Area Communiqué of the meeting of European Ministers in charge of Higher Education in Prague on May 19th 2001, www.encore-edu.org/prague.

nistrów w 2005 r. w komunikacie berlińskim⁴⁰. Ministrowie szkolnictwa wyższego, sygnatariusze Deklaracji bolońskiej i kolejnych komunikatów, uznali znaczenie uczenia się przez całe życie jako jednego z podstawowych sposobów zwiększania dostępu do edukacji na poziomie wyższym i wyrównywania szans w tym zakresie, podkreślili konieczność zwiększenia udziału uczelni w ogólnej strategii działań zmierzających do realizacji tej idei⁴¹. Idee bolońskie znajdziemy również w ustawie nr 4485 z dnia 4 sierpnia 2017 r. o organizacji i funkcjonowaniu szkolnictwa wyższego, regulacjach dotyczących badań naukowych i innych przepisach⁴². Już w art. 1 pkt 3 minister odnosi się Krajowego Systemu Kształcenia i Szkolenia Zawodowego, w ramach którego programy kształcenia zawodowego mogą być organizowane w szkołach wyższych dla absolwentów liceów zawodowych (EPAL), które wydają dyplomy zgodne z Krajową Ramą Kwalifikacji i Europejską Ramą Kwalifikacji. W art. 4 pkt a i b ustawy nr 4485 uwypuklono znaczenie misji systemu szkolnictwa w Grecji, który w tworzeniu i przekazywaniu wiedzy poprzez badania i nauczanie uwzględnia koncepcję uczenia się przez całe życie przy pomocy nowoczesnych metod nauczania, w tym nauczania na odległość, zgodnie z kryteriami uznanymi na szczeblu międzynarodowym. W pkt. e odniesiono się do bolońskiej idei mobilności, zapowiadając promowanie współpracy z innymi instytucjami edukacyjnymi i badawczymi za granicą, skutecznej mobilności ich kadry nauczycielskiej, studentów i absolwentów, uczestnicząc w europejskiej społeczności akademickiej.

Czeska ustawa o szkolnictwie wyższym także uwzględnia koncepcje harmonizowania związane z wdrażaniem procesu bolońskiego⁴³. Widać to już we wprowadzeniu, w części I (Part I Fundamental Provisions) w pkt. c., oferowane są kształcącym alternatywne formy służące zdobywaniu wiedzy z różnych dziedzin nauki i kultury, a tym samym przyczyniające się do uczenia się przez całe życie (*lifelong learning*). Ustawa wspiera też społeczny wymiar procesu bolońskiego, choćby w pkt. d., poprzez odgrywanie aktywnej roli w publicznej dyskusji na tematy społeczne i etyczne, pielęgnowanie różnorodności kulturowej i wzajemnego zrozumienia. Dla czeskiego szkolnictwa istotne jest rozwijanie współpracy międzynarodowej, a w szczególności europejskiej, jako pod-

⁴⁰ Cyt. „Ministers underline the important contribution of higher education in making lifelong learning a reality” [w:] Realising the European Higher Education Area Communiqué of the Conference of Ministers responsible for Higher Education in Berlin on 19 September 2003, <https://www.ehea.info/page-ministerial-conference-berlin-2003>.

⁴¹ A. Kraśniewski, *Proces Boloński, To już 10 lat*, Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji, Narodowa Agencja Programu „Uczenie się przez całe życie”, Warszawa 2009, s. 46.

⁴² ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 4485 Οργάνωση και λειτουργία της ανώτατης εκπαίδευσης, ρυθμίσεις για την έρευνα και άλλες διατάξεις, 4 Αυγούστου 2017, Αρ. Φύλλου 114.

⁴³ Act No. 111/1998 Coll.(Amended And Consolidated), 22 April 1998, on higher education institutions and on amendments and supplements to some other acts (The Higher Education Act), No. 24/2017.

stawowego aspektu swojej działalności, wspieranie wspólnych projektów z podobnymi instytucjami za granicą, wdrażanie wzajemnego uznawania studiów i dyplomów oraz ułatwianie wymiany kadry akademickiej i studentów (pkt f). W § 60 uwzględniono zagadnienia organizacyjne procesu kształcenia przez całe życie. Może być ono ukierunkowane na konkretny zawód lub zainteresowania, a szczegółowe warunki dotyczące uczenia się przez całe życie są określone w regulaminach wewnętrznych uniwersytetów. W czeskiej ustawie rozbudowano przepisy służące zapewnieniu jakości (wewnętrznej w § 77b i zewnętrznej w osobnym dziale IX § 78–§ 85), której cechą jest zwrócenie uwagi na współpracę międzynarodową, praktycznie każda kategoria uwzględnia taki zakres (§ 78a). Odniesienia do reform bolońskich skierowanych w stronę systemu zapewnienia jakości odnaleźć można w korespondującym z ustawą nr 111 rozporządzeniu nr 274 z sierpnia 2016 r. w sprawie zasad akredytacyjnych w szkolnictwie wyższym⁴⁴. Informacje takie znajdziemy w dziale I o misji i strategii instytucji szkolnictwa wyższego Czech – stale się w nich podkreśla, że misja uczelni została określona z uwzględnieniem roli, jaką odgrywa ona na terytorium Republiki Czeskiej, jej regionów oraz w środowisku międzynarodowym. W uczelni określa się plany strategiczne z punktu widzenia prowadzonej działalności edukacyjnej, a także współpracy międzynarodowej. Określa się też zestaw wskaźników monitorujących realizację celów, które obejmują współpracę międzynarodową.

W fińskiej ustawie o uniwersytetach⁴⁵ istnieje ograniczona liczba odniesień do założeń bolońskich, w zasadzie wspomniano tylko o koncepcji kształcenia przez całe życie oraz o zapewnianiu jakości (zewnętrznej). Można dodać, że narzędzie to nie zawsze było powszechnie wdrażane w szkolnictwie wyższym państw Europy. Przed 1990 r. tylko cztery kraje miały wdrożony model zewnętrznego zapewniania jakości (Dania, Francja, Holandia i Wielka Brytania). Składał się on z niezależnej agencji ds. jakości, działającej w oparciu o sprawozdanie z samooceny, wzajemną kontrolę na miejscu oraz sprawozdanie końcowe. Finlandia, Norwegia i Litwa rozważały pomysł ustanowienia własnego systemu zapewniania jakości. Sytuację odmieniły postanowienia ministrów państw członkowskich procesu bolońskiego; początkowo przyczyniły się do tego komunikaty z Berlina i Pragi (2001–2003), ale zapewnienie jakości stało się źródłem reform praktycznie we wszystkich komunikatach ministerialnych⁴⁶. Kluczowy w tej kategorii był raport przedstawiony w 2005 r. w Bergen „Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area (ESG)” przygotowany przez roboczą grupę E4 (ENQA, ESU, EUA,

⁴⁴ Government Regulation No. 274/2016 Coll. of 24 August 2016 on standards for accreditation in higher education.

⁴⁵ Universities Act 558/2009 (Amendments up to 644/2016 included).

⁴⁶ The European Higher Education Area in 2020 Bologna Process Implementation Report, Luxembourg 2020, s. 62–90.

EURASHE) i opublikowany w Helsinkach⁴⁷. Zapewnienie jakości zostało uwzględnione w rozdziale 11 ustawy w § 87 o ewaluacji, zgodnie z którą uniwersytety muszą poddawać ocenie swoją działalność edukacyjną, badawczą, a także muszą regularnie uczestniczyć w zewnętrznej ewaluacji swojej działalności oraz w zewnętrznych systemach zapewniania jakości. Podmiotem realizującym to zadanie jest Fińska Komisja Akredytacyjna, której przepisy reguluje dodatkowo odrębna ustawa⁴⁸. W § 2 („Misja”) zawarto odniesienie do idei *lifelong learning*, poprzez którą uniwersytety promują uczenie się przez całe życie, współdziałając przez to z otaczającym je społeczeństwem. Brakuje odwołań do współpracy z zagranicą w jakiegokolwiek formule, za to w wielu miejscach przywoływane są przepisy o używaniu języka fińskiego oraz szwedzkiego (§ 8–12, 35, 36a, 46, 47, 69, 74–78, 92). Warto przypomnieć, że język ten jest obok szwedzkiego jednym z dwóch języków urzędowych w Finlandii oraz jednym z języków urzędowych Unii Europejskiej.

Uwagi końcowe

Proces boloński realizowany jest w szkolnictwie wyższym od 1999 r. do dzisiaj jako jedyny trwale ukształtowany projekt społeczno-edukacyjny na poziomie Europy. W jego rozwoju można wyróżnić kilka charakterystycznych okresów. Zmienność ta determinowana jest relacjami zachodzącymi między jego głównymi realizatorami, a także odmienną dynamiką implementacji dezyderatów bolońskich. Choć ministrowie szkolnictwa wyższego, grupa wdrożeniowa (Bologna Follow Up Group, BFUG) oraz instytucje towarzyszące harmonizowaniu dbały o równomierny stan wdrażania postanowień Deklaracji bolońskiej, to jednak największy ciężar zadaniowy spadł na podmioty narodowych systemów szkolnictwa wyższego – część z nich wywiązywała się bez zastrzeżeń, ale część napotykała na wiele trudności; niektóre próby kończyły się niepowodzeniami. Warto to wyjaśnić, gdyż w okresie budowania EOSW (które ogłoszono jako ukończone w 2010 r.) harmonizowano narodowe systemy z użyciem różnych narzędzi, w tym systemem ECTS, Europejską Ramą Kwalifikacji, uznawalnością dyplomów, zapewnianiem jakości kształcenia, alternatywnymi formami kształcenia i innymi instrumentami wymienionymi w komunikatach ministrów. Służyły one osiągnięciu celów porównywalności krajowych systemów kształcenia, ułatwiających przez to mobilność w Europie studentów i akademików. Nie zawsze realizatorzy zadania (środowisko

⁴⁷ Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area (ESG), European Association for Quality Assurance in Higher Education, Helsinki 2005, www.ehea.info/cid105593/esg.html.

⁴⁸ Act on the Finnish Education Evaluation Centre nr 1295/2013.

akademiczkie) przyjmowali je z entuzjazmem, stąd pochodziły spóźnienia i nierównomierności w osiąganiu celów w tamtym czasie⁴⁹.

Chronologicznie pewne zmiany prawne mogło przynieść wejście w życie krajowej ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym. Niestety, oczekiwania środowiska akademickiego zainteresowanego reformami bolońskimi pozostały niezaspokojone. Wynikało to głównie z niedostatków finansowych. Nie uregulowano wtedy, w sposób zdecydowany, finansowania programów mobilnościowych promujących kształcenie międzynarodowe studentów oraz europejskiej współpracy akademików. W zasadzie zaniechano ustawowych działań, łatwo osiągalnych w Europie, skierowanych ku mobilności i budowaniu EOSW.

Nowe regulacje mogły ten stan zmienić. Jednak w ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym w małym stopniu uwzględniono dorobek procesu bolońskiego – szczególnie niewiele reprezentowanych jest dezyderatów z aktualnych deklaracji i komunikatów z Budapesztu–Wiednia, Erywania, Bukaresztu, Paryża. Chodzi tu o kontynuowanie wsparcia zatrudnialności absolwentów, poprawę inkluzyjnego charakteru systemów szkolnictwa wyższego, innowacje w kształceniu akademickim, uznawalność wykształcenia i zapewnienia jakości w szkolnictwie wyższym (szczególnie zewnętrznego). Szkoda, że w żadnym stwierdzeniu preambuły nie potwierdzono osiągnięć uwzględniających postanowienia realizatorów procesu bolońskiego.

W procesie bolońskim, w latach 2010–2019, a zatem po osiągnięciu podstawowych założeń EOSW, istotne dla sygnatariuszy tego projektu społeczno-edukacyjnego stało się zrealizowanie idei uczenia się przez całe życie (*lifelong learning*) w szkolnictwie wyższym. Rozumiane jest ono jako uelastycznienie formuły kształcenia, w tym systemowe otwarcie na uczestnictwo nowych grup społecznych, które dotąd były słabo reprezentowane⁵⁰. Dezyderat ten nie jest w krajowej ustawie wystarczająco realizowany, co może przystopować dalszy rozwój EOSW. Szkoda, bowiem w istocie większość europejskich rządów podjęło wzmożone starania przezwyciężenia wielu przeszkód w harmonizowaniu zgodnie z postanowieniami procesu bolońskiego, co ma kluczowe znaczenie dla utrzymania mobilności edukacyjnej, współpracy akademickiej, uznawania okresów kształcenia i zagranicznych kwalifikacji.

Wśród europejskich systemów szkolnictwa wyższego istnieją przykłady, z których można skorzystać w odniesieniu do braków w krajowym szkolnictwie wyższym. Z lotewskiego aktu prawnego można skorzystać w zakresie przepisów o organizacji wspólnych programów z instytucją szkolnictwa wyższego z zagranicy (*joint study programmes*). Warto też w większym stopniu nastawić się na współpracę międzynarodową, czemu dodatkowo sprzyjać może automa-

⁴⁹ E. Chmielecka, *Proces boloński – to już 20 lat!*, „Forum Akademickie” 2019, nr 9.

⁵⁰ Ibidem.

tyczne wzajemne uznawanie kwalifikacji uzyskanych w ramach kształcenia i szkolenia, tak mocno zasygnalizowane w łotewskiej ustawie o szkolnictwie wyższym i mające swoje źródła jeszcze w Deklaracji kopenhaskiej z 2002 r. Sytuację łotewskiego systemu szkolnictwa wyższego ilustruje w tym zakresie wskaźnik poziomu mobilności zewnętrznej absolwentów (*Outward degree and credit mobility of graduates, by country of origin and level of educational attainment, 2016/17*) oraz wskazania atrakcyjności systemów szkolnictwa wyższego w skali międzynarodowej (*Balance as a measure of the attractiveness of the education system of the country at tertiary education level – mobility flows within and outside EHEA – 2016/17*)⁵¹. Z kolei na francuskiej ustawie można wzorować się w zakresie wdrożenia wymiaru społecznego procesu bolońskiego, szczególnie istotne jest tu uwzględnienie potrzeb studentów i umiejscowienie ich w centrum uwagi akademickiej. Dezyderat wymiaru społecznego odnosi się przykładowo do udziału Francuzek w kształceniu na poziomie wyższym, w latach 2000–2017 nastąpił nieznaczny wzrost ich udziału (o 0,5%). Być może obiektywnie wzrost nie jest znaczny, ale na Cyprze spadek takiego udziału wyniósł aż 14%. Zauważalne zmiany w wymiarze społecznym po francuskich reformach przyniósł udział imigrantów w ogóle osób studiujących, który od 2005 r. wzrósł o ok. 4% (2018 r.). Z poziomu 6,9% do 8% w stosunku do 2005 r. wzrósł we Francji udział studiujących w wieku starszym. Zgodnie z wskaźnikiem wsparcia dostępu do szkół wyższych grup wykluczonych społecznie (*Measures to support the access of under-represented groups to higher education 2018/19*) oraz wskazaniami uznawalności kształcenia (*Recognition of prior non-formal and informal learning, 2018/19*) trzeba podkreślić najwyższą pozycję francuskiego systemu kształcenia w Europie⁵². W rumuńskim systemie szkolnictwa wyższego tradycję i osiągnięcia procesu bolońskiego akcentuje się w wielu miejscach (np. w zakresie zapewniania jakości, czy też w odniesieniu do rozwoju EOSW). Znaczne osiągnięcia Rumunii w zakresie reform projakościowych ilustrować może wskaźnik udziału w zewnętrznych systemach zapewniania jakości (*Level of student participation in the external Quality Assurance System, 2018/19*)⁵³. Dla rumuńskich decydentów istotnym zagadnieniem stało się kształcenie przez całe życie, w związku z czym w ustawie znalazł się stosowny dział uwzględniający organizację ukształtowanego w związku z tym specjalnego podmiotu – Dyrekcji Kształcenia Ustawicznego (DFC). Podobne konstatacje przychodzą na myśl po analizie greckiej ustawy o szkolnictwie wyższym, również w tym akcie prawnym zaakcentowano wagę

⁵¹ The European Higher Education Area in 2020 Bologna Process Implementation Report, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020, s. 136–137, https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/european-higher-education-area-2020-bologna-process-implementation-report_en.

⁵² *The European Higher Education...*, s. 116–118.

⁵³ *Ibidem*, s. 74.

kształcenia ustawicznego. Proces ten został uwzględniony nawet w odrębnych przepisach o Krajowym systemie edukacji zawodowej.

W polskiej ustawie przydałoby się też zaimplementowanie bolońskiej idei mobilności i uczestnictwa krajowego środowiska akademickiego w międzynarodowej społeczności akademickiej. Od lat polskie szkoły stanowią słabo zinternacjonalizowany system na tle innych państw członkowskich procesu bolońskiego, na co wpłynęły nie tylko zaszłości historyczne, ale też niewystarczające wskaźniki: poziomu finansowania systemu szkolnictwa wyższego, znajomości języka angielskiego wśród kadry i studentów oraz otwartości na obce kultury całego środowiska akademickiego. Dzieje się tak pomimo wpisania w cele przyjętej przez rząd w 2016 r. „Strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju do 2020 r. (z perspektywą do 2030 r.)” – pryncypium umiędzynarodowienia szkolnictwa wyższego i nauki⁵⁴. Także czeska ustawa o szkolnictwie wyższym silnie akcentuje dezyderaty bolońskie przyczyniające się do uczenia się przez całe życie (*lifelong learning*) oraz uwzględniające społeczny wymiar procesu bolońskiego. W Czechach (podobnie jak w greckim systemie) istotne jest rozwijanie współpracy międzynarodowej. Takich akcentów bolońskich brakuje w krajowej ustawie o szkolnictwie wyższym. Szczególnie widoczne są zaniechania opracowań wszelkich planów strategicznych w odniesieniu do współpracy międzynarodowej. Wskazanie publikowania w czasopiśmie zagranicznych i przypisywanie im najwyższej rangi punktowej nie musi wcale zaważyć na upowszechnieniu się kontaktów akademickich z instytucjami na całym świecie. Podobieństwa do polskiej ustawy o szkolnictwie wyższym wykazuje fiński akt prawny – w ustawie o uniwersytetach istnieje ograniczona liczba odniesień do założeń bolońskich, w zasadzie wspomniano tylko o koncepcji kształcenia przez całe życie oraz o zapewnianiu jakości (zewnątrznej).

Wykaz literatury

- Aerden A., Reczulska H., *Guidelines for Good Practice for Awarding Joint Degrees. ECA Occasional Paper*, The Hague 2013.
- Axelrod P., Trilokekar R. D., Shanahan T., Wellen R. (red.), *Making Policy in Turbulent Times. Challenges and prospects for higher education*, Chapter: 15, McGill-Queen's University Press, 2013.
- Chmielecka E., *Proces boloński – to już 20 lat!*, „Forum Akademickie” 2019, nr 9.
- Chmielecka E., *Proces boloński i krajowe ramy kwalifikacji dla szkolnictwa wyższego*, „Studia BAS” 2013, nr 3(35).

⁵⁴ Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), Warszawa 2017, s. 276, www.gov.pl/web/fundusze-regiony/informacje-o-strategii-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju.

- Consiliul Național de Atestare a Titlurilor, Diplomelor și Certificatelor Universitare (CNATDCU), www.cnatdcu.ro.
- Komisja Europejska, Wyjaśnienie europejskich ram kwalifikacji dla uczenia się przez całe życie, Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Luksemburg 2008.
- Kraśniewski A., Proces Boloński, *To już 10 lat, Fundacja Rozwoju Systemu Edukacji*, Narodowa Agencja Programu „Uczenie się przez całe życie”, Warszawa 2009.
- Michalski B., *Konsekwencje Procesu Bolońskiego dla rozwoju gospodarczego i międzynarodowej konkurencyjności gospodarki*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2008, nr 13.
- Osiejewicz J., *Harmonizacja prawa państw członkowskich Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Piekarski J., Urbaniak-Zajac D. (red.), *Innowacje w edukacji akademickiej. Szkolnictwo wyższe w procesie zmiany*, Wyd. UŁ, Łódź 2010.
- Realising the European Higher Education Area Communiqué of the Conference of Ministers responsible for Higher Education in Berlin on 19 September 2003, <https://www.ehea.info/page-ministerial-conference-berlin-2003>.
- Semeniuk A., *Harmonizacja prawa prywatnego w Unii Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2011, r. XI, nr 1–2.
- Siwiński W., *UJ i UW na „szanghajskiej huśtawce”*, „Forum Akademickie” 2009, nr 9.
- Solska E., *Duch liberalizmu a projekt europejskiej przestrzeni edukacyjnej*, Wyd. UMCS, Lublin 2011.
- Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area (ESG), European Association for Quality Assurance in Higher Education, Helsinki 2005, www.ehea.info/cid105593/esg.html.
- Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), Warszawa 2017, www.gov.pl/web/fundusze-regiony/informacje-o-strategii-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju.
- The European Higher Education Area in 2020 Bologna Process Implementation Report, Luxemburg 2020.
- Towards the European Higher Education Area Communiqué of the meeting of European Ministers in charge of Higher Education in Prague on May 19th 2001, www.en-core-edu.org/prague.
- Woźnicki J., *Aktualne uwarunkowania rozwojowe szkolnictwa wyższego*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2016, nr 2(4).
- The European Higher Education Area in 2020 Bologna Process Implementation Report, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020, https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/european-higher-education-area-2020-bologna-process-implementation-report_en.

Summary

Implementation of the Bologna Process in the Higher Education Acts of Poland, Latvia, France, Romania, Greece, Czech Republic and Finland

Keywords: law on higher education and science, Bologna Process, harmonization, university.

The subject of this article is the Bologna Process implemented in higher education as an educational project. The theoretical aim of the work concerns the issues including the scope of the Bologna Process. Also to be taken into account in this work is a selection of legal documents of international scope, which are related to the Great University Charter⁵⁵, the Sorbonne and Bologna Declarations and the communiqués of the ministers of higher education from 2001 to 2021. The practical aim is an attempt to assess whether the object scope of the Bologna Process understood as harmonization of European education has been taken into account in the Act of 20 July 2018. – Law on Higher Education? In a comparative formula, the harmonization process and the implementation of the Bologna Decides have also been referred to the higher education laws of Latvia, France, Romania, Greece, the Czech Republic and Finland.

The author also intends to pay attention to other socio-educational processes, which may significantly determine the level of international competitiveness of Polish universities (Sorbonne Declaration, Lisbon Strategy and Convention, Atomium Culture and Copenhagen Process). The background of the considerations included in this analysis is the reforms of the higher education system introduced by the Act of 27 July 2005. – Law on Higher Education. The Author has used the monographic method and partly the comparative method.

⁵⁵ The Magna Charta Universitatum jest dokumentem podpisanym przez 388 rektorów z Europy i całego świata 18 września 1988 r., w 900. rocznicę powstania Uniwersytetu Bolońskiego, www.magna-charta.org/magna-charta-universitatum.

Agnieszka Skóra

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

ORCID: 0000-0003-2169-5326

agnieszka.skora@uwm.edu.pl

The language problem of minorities in a homogeneous state. Comments on the example of the legal status of the Silesian, Kashubian and Wymysorys languages in Poland

Introduction

The aim of this article is to present the language situation of some regional minorities in Poland: Silesians (*Ślązacy*), Kashubians (*Kaszubi*) and the residents of Wilamowice. This issue is very broad hence the author's attention has been focused on the determination of the legal status of such minorities only and their right to use ethnic or regional languages in contact with the government bodies. This is a very significant problem because the population of Post-War II Poland became nearly completely ethnically homogeneous as a result of the German-Nazi Holocaust, the radically altered borders, the deportations ordered by Soviet state authorities, who wished to remove the sizeable Polish minorities from the Baltics (today Lithuania) and Eastern Europe (western part of today Belarus and western part of today Ukraine). It is worth emphasizing that at the 2011 National Census, only 1,55% of the 38 million inhabitants of Poland declared to be descendants of another single ancestry than Polish¹.

Presently there are 3 categories of minorities according to the provisions of law – the Act of 6 January 2005 on national and ethnic minorities and the regional languages (hereinafter referred to as the Act of 2005)²: 9 national minorities (Byelorussians, Czechs, Lithuanians, Germans, Armenians, Rus-

¹ All data in this essay comes from website of the Statistic Poland: <https://stat.gov.pl/spisy-powszechnne/nsp-2011/nsp-2011-wyniki/> (only in Polish, access: 28.5.2021).

² Ustawa z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (the Act of 6th January, 2005 on national and ethnic minorities and on the regional language, consolidated text in: Law Journal of 2017, item 823).

sians, Slovaks, Ukrainians, Jews³), 4 ethnic minorities (Karaimes, Lemkos, Roma, Tartars) and only one regional linguistic minority (Kashubians)⁴. The ethnic homogeneity index, which in recent years is at the level of nearly 95%, makes the country one of the most homogenous not only in Europe⁵ but also worldwide. Also among the members of the European Union, the country stands out as exceptionally ethnically homogenous. However, Poland is not free from the discussion about language minority rights. In Poland (in other Central European countries alike), national and ethnic minorities, regardless of their sizes, are traditional (historic) groups rather than migrant ones. This is what makes them explicitly different from national (and ethnic) minorities occurring in the countries in Western Europe, which mostly are made of immigrants hardly integrating with the native population⁶.

However, the minority problem is very important to us for three reasons. First of all, lately, the residents of the Silesia region (Silesians) also want to be a national (or an ethnic) minority and they fight for it. Silesia (Śląsk) is a historical region in central Europe divided by the current national boundaries of Poland, Germany and the Czech Republic. There have been some debates on whether or not the Silesians constitute a distinct nation. Secondly, for several years, the inhabitants of Wilamowice have been fighting to preserve their language and their regional identity. The problem of minority rights is also important because ca. 3 million emigrants from Ukraine have come to Poland in the last 5 years⁷. For the first time since 1945, Poland is no longer a country of only Poles.

The historical background

To describe the contemporary legal situation of language minorities, a short historical overview is required. Due to the small size of this study, the

³ D. Kuźnicka, *Mniejszość etniczna a mniejszość narodowa w Polsce – analiza porównawcza na przykładzie Łemków i Żydów*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), *Aktualne problemy ochrony wolności i praw mniejszości w Polsce i na świecie i współpracy w Europie*, Wrocław 2017, p. 181 ff.

⁴ On a side note, it is worth mentioning here that this method of enumerative calculation of minorities is in line with that adopted by Hungary or Croatia. (among others: *Ustavni zakon o ljudskim pravima i slobodama i o pravima etničkih i nacionalnih zajednica ili manjina u Republici Hrvatskoj*, consolidated text in: "Narodne novine" br. 72/2000).

⁵ A. Malicka, *Status prawny mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce – ustawa o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz języku regionalnym*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), *Aktualne problemy ochrony wolności i praw mniejszości w Polsce i na świecie*, seria: E-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 95, Wrocław 2017, p. 55; M. Ratajczak, *Mniejszości narodowe i etniczne w polskich mediach publicznych w Polsce, Mniejszości narodowe i etniczne w polskich mediach publicznych w Polsce*, "Rocznik SNPL" 2017, vol. 17, p. 394.

⁶ W. Kundera, *Mniejszości narodowe w Polsce – zarys historyczno-prawny*, "Studia Prawa Publicznego" 2018, no. 9, p. 111.

⁷ Ibidem, p. 111.

gradual formation of Poland as a multinational country is described only in very general terms, while disregarding completely the political discussion. Throughout a long period of its existence, Poland has been a multi-cultural country populated by representatives of different national groups⁸. The scholars mention that presence of national and ethnic minorities in Poland was largely the result of the eastward and north-eastward expansion of Poland that was started in the 15th century by king Casimir the Great⁹. As a result, the areas populated primarily by the progenitors of present Ukrainians and Byelorussians were included in the Polish national borders. Then, by establishing political alliances with other states (the unions of 1385 and 1569 between the Crown of the Kingdom of Poland and the Grand Duchy of Lithuania), the formation of a multinational state and strong integration of Poles and Lithuanians continued¹⁰. Furthermore, immigrant population centres began to appear in the 11th and 12th centuries. Those were mostly Jews seeking sanctuary from persecutions that had started to arise in Central and Western Europe and, since the 12th and 13th century, also Germans who settled mainly in towns. Simultaneously, the loss of northern and western areas of contemporary Poland (Pomerania, Warmia, Silesia), which began in the 14th century and lasted until 1945¹¹, turned those areas into a territory where various national, ethnic and cultural influences intermingled. Among the immigrant population, there were also the Tartar (refugees from the Golden Horde and captives taken into slavery by the Grand Duchy of Lithuania), the Karaim who came from the Crimea¹² and originated from the Khazar population assimilated with other Turkish-speaking peoples, and Armenians.

As already mentioned, the national and ethnic situation of Poland changed radically after 1945. Scholars highlight that the Second World War brought a drastic change in Poland's national structure¹³. It was caused by the Holocaust and systematic persecution and murder of the Roma people, the loss of eastern territories together with the national minorities that lived there, and the incorporation of Pomerania, Warmia and Silesia. The main objective of the minority policy – according to academics – pursued in that period was to establish a mono-ethnic society deprived of national and ethnic mi-

⁸ Ibidem, p. 109; A. Malicka, op. cit., pp. 57–58.

⁹ A. Rykała, *Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce z perspektywy geografii politycznej*, "Acta Universitatis Lodzensis, Folia Geographica Socio-Oeconomica" 2014, no. 17, p. 70; W. Kundera, op. cit., p. 112.

¹⁰ Ibidem, pp. 71–72.

¹¹ Ibidem, pp. 72–73, 81.

¹² A. Rykała, *Mniejszość religijna – mniejszość etniczna – wspólnota kulturowa. Uwagi na temat genezy, aktywności i tożsamości Karaimów w Polsce*, "Acta Universitatis Lodzensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica" 2011, no. 11, pp. 81–89.

¹³ P. Majdańczyk, *Mniejszości narodowe w Polsce po II wojnie światowej*, "Pamięć i Sprawiedliwość" 2004, no. 3/2 (6), p. 37; A. Malicka, op. cit., p. 58.

norities¹⁴. A deliberate effort was made to build a nation-state in which there was no place for minorities, and where nationality and citizenship were supposed to be identical. The objective was essentially achieved¹⁵.

Poland's policy towards non-Polish nationalities – according to the view of scholars – that lived in the country was restrictive at that time¹⁶. Efforts were made to assimilate them by eliminating minority population centres, resettlement (of mainly Germans and Ukrainians), discrimination, controlling their social and cultural activities, and isolation from their home countries¹⁷. The presence of representatives of the minorities in public life and media was eradicated. Their organizational activities (including societies, foundations) were limited and placed under full supervision, basically turning it into folklore. In such circumstances, the minority organizations, except the Jewish ones, were mostly elusive, as the experts wrote¹⁸. Education of minorities was limited (until complete liquidation), especially the possibility of teaching in the minority languages. Furthermore, the languages of the minorities and their national symbols were removed from the legislation and everyday public life. It's safe to say that by doing so Poland became completely polonised¹⁹. The state authorities did not treat minorities equally, which manifested in many ways, including, *inter alia*, expressing a relative tolerance for some minorities, while restricting others. In the concept of a nationally homogenous state, there was no place for non-Polish social groups.

A substantial change in the attitude of state authorities towards minorities took place after 1989, along with a change in the political system. Currently, great importance is attached to the protection of minorities, and legal standards in that regard are very high²⁰.

The most important actions undertaken by the state and legal acts concerning the protection of language minority rights

Protection of national and ethnic minorities has a long history but issues related to them are still disputed. That is why protection guarantees are part of legal solutions at the universal, regional, and national levels. Since the end

¹⁴ M. Barwiński, *Mniejszości narodowe i etniczne w polskiej przestrzeni publicznej*, "Studia z Geografii Politycznej i Historycznej" 2016, vol. 5, pp. 93–94.

¹⁵ P. Majdańczyk, op. cit., p. 38; W. Kundera, op. cit., p. 123.

¹⁶ M. Barwiński, op. cit., p. 93.

¹⁷ For more on the repression against Germans, Ukrainians, Slovaks and Lithuanians see, among others: W. Kundera, op. cit., p. 118 ff; A. Malicka, op. cit., p. 58.

¹⁸ A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 86.

¹⁹ W. Kundera, op. cit., p. 118 ff.

²⁰ Ibidem, p. 125 ff; A. Malicka, op. cit., p. 59.

of the Second World War, the attempts to precisely determine the national origin of the people populating Poland within its present borders have failed. The reason for this was mostly refraining from addressing that question in Censuses. Only the National Census in 2002, which contained a question about national identification for the first time since the War, provided some data about the national and ethnic structure of Poland's population. The scholars mention, it turned out that non-Polish nationality population lives mainly in three provinces: Silesian (*województwo śląskie*: 39.5% of the whole population claimed non-Polish national identity), Opole (*województwo opolskie*: 28.3%) and Podlaskie (*województwo podlaskie*: 11.7%)²¹. One ethnic minority (Kashubians) was identified in the Pomeranian Province (*województwo pomorskie*)²². The experts mention that the 2011 National Census provided additional data on Poland's structure of nationalities²³. The results led to a conclusion that Poland's population is dominated by 97.1% by homogenous Polish national identity. 1.55% of people declared only a non-Polish national-ethnic identity, of which 0.12% of respondents identified themselves with two non-Polish nationalities²⁴.

Since 1990 work has been undertaken to pass legislation that would be "a constitution of minorities". The first draft of such a law (The draft act on rights of persons belonging to national and ethnic minorities) was developed in 1993 under the Helsinki Foundation for Human Rights²⁵. A debate over the draft²⁶ took place in 1994 and 1996 within the framework of the parliamentary committees. Another draft was discussed in 1999 and it reached the first reading at the Parliament²⁷.

In 1989 the Act to Guarantee the Freedom of Conscience and Faith²⁸ was signed, which was of great significance for minorities, as most of them were of another faith than ethnic Poles²⁹.

The Constitution of the Republic of Poland on the 2nd of April 1997³⁰, provides basic guarantees for Polish citizens who are members of national, ethnic and other minorities. According to Art. 32 of the Constitution, all persons shall be equal before the law. It means – most of all – that all persons

²¹ See footnote 1.

²² A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, pp. 88–89.

²³ Ibidem, p. 101.

²⁴ See footnote 1.

²⁵ A. Malicka, op. cit., p. 60.

²⁶ Described the discussion in detail: B. Machul-Telus, *Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce*, [in:] A. Bartuś (ed.), *Granice wolności*, Oświęcim 2015, pp. 46–47.

²⁷ A. Malicka, *Status prawny mniejszości...*, p. 60.

²⁸ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1153), the Act of 17th May, 2005 on national and ethnic minorities and on the regional language, consolidated text in: "Dziennik Ustaw" 2017 item 1153.

²⁹ W. Kundera, op. cit., p. 127.

³⁰ Text published in "Dziennik Ustaw" 1997, no. 78, item 483, as amended.

shall have the right to equal treatment by public authorities. No one shall be discriminated against in social, political or economic life for any reason whatsoever³¹. This basic and general guarantee of equality also applies to ethnic and national minorities. The concept of minority rights protection has been thus included in the principle of equal treatment (or non-discrimination) which requires respect for the differences occurring between particular categories of social groups.

According to academics³², the equality principle realisation in various areas of public life is also guaranteed in other provisions of the Constitution. One can mention f.e. access to culture (Article 6.1), creation of political parties (Article 11.1), access to the public service (Article 60), protection of property (Article 64), access to health care services (Article 68.2), access to education (Article 70.4), electoral rights (Article 96,2, Article 127.1, Article 169.2) and others. The Constitution also includes the right to free use of minority languages in private life and public (Art. 27 of the Constitution).

The legal situation of the minority is also directly regulated in Art. 35 of the Constitution, which stipulates that the Republic of Poland shall ensure Polish citizens belonging to national and ethnic minorities the freedom to maintain and develop their language, to maintain customs and traditions, and to develop their own culture. It is also the case law of the Constitutional Tribunal about this principle that plays a major role³³.

At the level of the provincial administration, Polish law allows plenipotentiaries for national and ethnic minorities to be appointed at the office of the local governors (voivode, *wojewoda* in *Polish*)³⁴. Whereas initially it was assumed that such positions would be created mostly in the areas where minorities are quite numerously represented (e.g. in the Silesian or Pomeranian Province), currently there are plenipotentiaries for national and ethnic minorities working at offices of all the local governors.

The world experience shows that the problem of minority languages protection is one of the most vulnerable ones when it comes to specifying the legal status of particular national, ethnic or regional groups. As a result of numerous and heated discussions (particularly at the final stage of work), the Act of

³¹ W. Kundera, op. cit., p. 126 ff; A. Malicka, op. cit., p. 71.

³² G. Baranowska, *Legal regulations on national and ethnic minorities in Poland*, "Przegląd Zachodni" 2014, no. 2, p. 39.

³³ OTK 2001 no. 7, p. 1080; judgement of the Constitutional Tribunal of 24th February 1999, SK 4/98, OTK 1999, no. 2, item 24, pp. 158–159; judgement of the Constitutional Tribunal of 18th April 2000, K 23/99, OTK 2000, no. 3, item 23, p. 450.

³⁴ Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o województwie i administracji rządowej w województwie (Act of 23th January, 2009 on the voivode and government administration in the voivodship), text published in "Dziennik Ustaw" from 2019 item 1464. The "voivode" means the centrally-appointed governor of a Polish region and "voivodship" means the region, the highest-level administrative subdivision of Poland, corresponding to a "province" in other countries.

2005 was passed. Adoption of the law was Poland's ultimate recognition of the multinational character of the society living in its territory. It is the basic document that regulates the status of minorities and grants them their respective rights. The Act of 2005 regulates the issues connected with the maintenance and development of the respective cultural identity of national, ethnic and regional minorities, the preservation and development of the regional language, and the observance of the principle of equal treatment of individuals irrespective of their ethnic descent; it also defines the tasks and powers of government administrative agencies and local government units in this regard. The Act of 2005 defines the meaning of national and ethnic minority, regulates the use of a minority language (Chapter 2) and regional language (Chapter 4), forms of the education and culture (Chapter 3) and governmental and local authorities and agencies in charge of national and ethnic minorities (Chapter 5). It is important to note that the Act of 2005 does not differentiate between the freedoms and rights of national and ethnic minorities unless the other acts provide otherwise. It is worth mentioning that the judgement of the Constitutional Tribunal dated 13th May 1997³⁵ explains the legal consequences for a citizen using the language of a minority in contact with the state. In the Tribunal's opinion, a Polish citizen having no command of the national language or feeling the urge to manifest their ethnic distinctiveness, have the right to speak their native language everywhere where the use of the state language is not imposed.

Additionally, Polish law provides them with some "privileges" that ethnic Poles do not have, for instance, a lower Parliament election threshold. It is worth noting that there is a law on electoral privileges for election committees that applies to national minorities only³⁶. So far, it has been benefitted only by the German and Byelorussian minority³⁷.

The notion of national and ethnic minority

As far as political geography is concerned, a minority is a group of people that is less numerous than the rest of the population within the area it inhabits. When a minority group is determined by the national-ethnic identity of its members, we can speak of the existence of a national or ethnic minority. Thus,

³⁵ Judgement of the Constitutional Tribunal of 13 May 1997, W 7/96, OTK 1997, no. 2, item 27.

³⁶ Judgement of the Constitutional Tribunal of 30 April 1997, W 1/97, text published in "Dziennik Ustaw" 1997, no. 50, item 324.

³⁷ In the judgement of the Constitutional Tribunal of 8 April 1997, K 14/96, emphasized that the said regulation was based on the principle of levelling the chances for all Polish citizens who belong to national minorities within their participation in the representative bodies. See OTK no. 2/1996, item 14.

a national (ethnic) minority, according to scholars³⁸, is a group of country's population that differs from the majority of its population (its citizens) with its national (ethnic) identity, usually the language used daily, its tradition, as well as other values or characteristics that consolidate it in more or less developed awareness of distinction. On the other hand, definitions of sociological nature refer to minorities through a criterion of discrimination³⁹.

It is worth noting that despite a growing international interest in the issue of minorities at the turn of the 19th/20th centuries, there is now no single and commonly acknowledged definition in place that would precisely specify national and ethnic minorities, be it in terms of law or non-law⁴⁰. As a rule, definitions developed for the sake of a specific legal act were made use of, which still is the standard practice of international law. Therefore, it happens that having to deal with international law, we come across various definitions of the national minority phenomenon⁴¹. Such a definition had not existed in Polish law either until the Act of 2005 was passed.

A legal definition one can find in the Act of 2005. By defining the notions of national and ethnic minorities, the Act of 2005 has filled a legal vacuum, joining the group of a few countries in Europe that have already defined the notion of a minority and have come up with respective rights (like in Belgium, Netherlands, Latvia, Lithuania, Belarus, Ukraine and in Hungary).

International law does not present a universal legal definition for the notion of a national and ethnic minority, neither had it existed in the internal Polish law until the said Act of 2005 was passed. As a rule, definitions developed for the sake of a specific legal action were made use of, which still is the standard practice of international law. Therefore, dealing with international law, it often happens that we come across various definitions of the notion of national minorities⁴².

According to Article 2.1 the Act of 2005, a national minority shall be a group of Polish citizens who jointly fulfil the following conditions: (1) is numerically smaller than the rest of the population of the Republic of Poland; (2) significantly differs from the remaining citizens in its language, culture or tradition; (3) strives to preserve its language, culture or tradition; (4) is

³⁸ A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 64; D. Kuźnicka, op. cit., p. 167 ff.

³⁹ B. Machul-Telus, op. cit., p. 43; D. Kuźnicka, op. cit., p. 167 ff.

⁴⁰ A. Malicka, *Ochrona mniejszości narodowych – standardy międzynarodowe i rozwiązania polskie*, Wrocław 2004, p. 11 ff; W. Wereszko, *Parlament Europejski jako rzecznik mniejszości narodowych i etnicznych w Unii Europejskiej*, "Rocznik Europeistyczny" 2019, no. 5, p. 87; D. Kuźnicka, op. cit., p. 167 ff; G. Janusz, *Definiowanie mniejszości w dokumentach międzynarodowych i aktach prawa wewnętrznego*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", Sectio K 2008, vol. 15, p. 96 ff.

⁴¹ W. Wereszko, op. cit., p. 87; T. Witkowski, *Prawa mniejszości w Organizacji Bezpieczeństwa*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), op. cit., pp. 33–34.

⁴² A. Malicka, *Ochrona mniejszości narodowych...*, p. 11 ff; D. Kuźnicka, op. cit., p. 169.

aware of its own historical, national community, and is oriented towards its expression and protection; (5) its ancestors have been living on the present territory of the Republic of Poland for at least 100 years; (6) identifies itself with a nation organized in its state. The following minorities shall be recognized as national minorities: Byelorussians, Czechs, Lithuanians, Germans, Armenians, Russians, Slovaks, Ukrainians, Jews.

According to Article 2.3 the Act of 2005, an ethnic minority shall be a group of Polish citizens who jointly fulfil the following conditions: (1) is numerically smaller than the rest of the population of the Republic of Poland; (2) significantly differs from the remaining citizens in its language, culture or tradition; (3) strives to preserve its language, culture or tradition; (4) is aware of its own historical, national community, and is oriented towards its expression and protection; (5) its ancestors have been living on the present territory of the Republic of Poland for at least 100 years; (6) does not identify itself with a nation organized in its state.

One can notice that being recognized as a national or ethnic minority depends on the “limit of time” during which a given group has been living on the territory of Poland. This definition has a very specific point, adopted from the Hungarian Act on the rights and national minorities, setting the “limit of time” which requires at least 100 years of the given group’s status as Polish citizens to be named a minority⁴³. During the work on the draft of the Act of 2005, it was agreed that its provisions should cover the historic minorities, i.e. those who existed in the territory of Poland both at the decline of the I Republic of Poland (The Polish-Lithuanian Commonwealth) and after 1918 when Poland was regaining its independence. The criterion of the “limit of time” is considered to be the most controversial both in the doctrine and in political discussions.

However, this definition also requires the fulfilment of other conditions. Under the Act of 2005, a national (or ethnic) minority should be aware of its historical national community and be oriented towards its expression and protection. In addition to that, it should differ from the remaining citizens in its language, culture or tradition, while at the same time striving to preserve them.

During the legislative procedure, some minorities protested against the “division” into national and ethnic minorities⁴⁴. After the Lower Chamber of the Polish Parliament (*Sejm*) approved of the Act in 2004 and referred it to the Upper House (*Senat*) of the Polish Parliament, the Union of Jewish Religious Communities in Poland, the Association of Tatars of the Republic of Poland, and The Roma People Association in Poland sent a letter to senators

⁴³ The “limit of time” is specified in Hungarian act of 7th July 1993 (no. LXXVII) on the rights and national minorities (§ 1 sec. 2).

⁴⁴ G. Baranowska, op. cit., p. 35.

protesting against such a division which they considered “deeply humiliating”. It is worth mentioning that scholars highlight that the Act of 2005 was the first law in Polish history that lawfully recognized the Lemko as a separate group. Until then that ethnic minority had been often identified as the Ukrainian national minority⁴⁵.

Not all the nationalities currently living in Poland are covered by the regulations of the Act of 2005. That is because one of its assumptions – in the opinion of experts⁴⁶ – was to regulate all matters related to the functioning of the so-called traditional (historical) minorities which have for centuries been connected with the Polish state, unlike the “new” so-called immigrant minorities. Because of this, some quite large national communities considering Polish conditions, such as Greeks, Macedonians, Turkish or Vietnamese, are not included in the notion of minorities. This does not mean that all other non-Polish nationalities cannot cultivate their distinction, identity, language and culture⁴⁷. They can also perform their social and organizational activity, develop education, and their discrimination is prohibited by other legal acts of law, including, *inter alia*, the constitution and legislation. Yet, they do not have several additional rights and privileges (including the political, language and financial ones) that apply only to communities included in the Act of 2005.

Language rights of national, ethnic and regional minorities

Language is one of the most important cultural and social determinants of belonging to a specific national or ethnic group. Experts highlight that according to the data obtained during the 2002 Census, 563,000 people used languages other than Polish for communication at home (52,000 communicat-

⁴⁵ M. Hopej, *Łemkowska mniejszość etniczna w polskiej przestrzeni społecznej*, [in:] *Znaczenie mniejszości etnicznych, narodowych i językowych w Europie*, “Zeszyty Naukowe Koła Wschodnioeuropejskiego Stosunków Międzynarodowych” 2015, p. 56; E. Michna, *Tożsamość Łemków u progu XXI wieku. Ciągłość i zmiana*, “Studia Migracyjne – Przegląd Polonijny” 2011, no. 4(142), p. 189 ff; M. Barwiński, *Współczesna tożsamość etniczna i kulturowa Łemków na obszarze Łemkowszczyzny – uwarunkowania i konsekwencje*, “Acta Universitatis Lodziensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 1999, no. 2, s. 123; D. Kuźnicka, op. cit., p. 180 ff. According to the data contained in the 2011 National Census, 10531 respondents identified themselves as Lemko where 5612 of them (53,3%) declared being homogenously Lemko and 4919 (46,7%) 28 a combined origin, including 3621 declaring as Polish-Lemko. See more: *Ludność według rodzaju i kolejności identyfikacji narodowoetnicznych w 2011 r. Ludność. Stan i struktura demograficzno-społeczna. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, p. 260.

⁴⁶ M. Barwiński, *Mniejszości narodowe...*, p. 95; A. Skóra, *Wniesienie podania w języku mniejszości narodowej do organu administracji publicznej*, “Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, no. 14, p. 412.

⁴⁷ M. Barwiński, *Mniejszości narodowe...*, pp. 95–96.

ed only in a different language)⁴⁸. Thus, Polish was used at home by 97.8% of Poland's population. On the other hand, according to the 2011 Census, more than 948,000 people used languages other than Polish at home, representing 2.46% of the entire Poland's population⁴⁹.

According to Article 27 of the Constitution, Polish shall be the official language in the Republic of Poland. This provision shall not infringe upon national minority rights resulting from ratified international agreements. It means that all central and local administrative authorities, all courts and tribunals and other public authorities, must carry their administrative work in the Polish language. It also means that citizens must take into account the fact that the working language of these above mentioned public authorities is Polish. It should be noted that the constitutional provisions on language protection do not directly apply to a regional language. The guarantees for its protection are set out in the Act of 2005. According to academics⁵⁰, the importance of language rights of minorities is demonstrated by the circumstance that in the Act of 2005, the legislator included the chapter on the use of minority languages immediately after general provisions and devoted several provisions, which concern various matters, to that issue. Article 8 of the Act of 2005 stipulates, that persons belonging to a minority shall have the right, in particular, to use freely their minority language in public and private life, spread and exchange information in their minority language, run information of a private nature in their minority language, learn their minority language or to be instructed in this language.

One of the more significant minority rights provided by the act is the possibility of using minority languages as supporting (*język pomocniczy*) before the municipal authorities. Article 9 of the Act of 2005 introduces the option of using a minority language as a supporting language in contact with municipal authorities. But it is important to mention that a supporting language might be used only in these municipalities where the number of minority residents, whose language is to be used as a supporting one, is no less than 20 per cent of the total number of the municipality residents and who have been entered into the Official Register of Municipalities, where a supporting language is used. The possibility to use a supporting language shall mean that persons belonging to a minority, shall have the right to apply to the municipal authorities in the supporting language, either in a written, electronic oral form and obtain, on his or her distinct request, an answer in the supporting language, either in a written, electronic or oral form. As I mentioned in one of my papers⁵¹, oral, electronic or written applications in a supporting language during the

⁴⁸ A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 95.

⁴⁹ See footnote 1.

⁵⁰ G. Baranowska, op. cit., p. 44; A. Skóra, op. cit., p. 413.

⁵¹ A. Skóra, op. cit., p. 415.

conduct of administrative proceedings shall be allowed. The submission of an application in a supporting language shall not constitute a reason for turning the application down without examination. This provision is particularly important because without this legal solution lodging an application in a foreign language is qualified as a formal defect of an application according to Article 64 of the Polish Code of Administrative Proceedings⁵². The experts have noticed that the first such bilingual communes were entered into the register in January 2006⁵³. Currently there are 33 bilingual communes registered including 5 where the supporting regional language is Kashubian (*kaszëbsczi jãzëk, język kaszubski*) in *województwo pomorskie* – Pomeranian Province – in 5 municipalities: Linia, Luzino, Parchowo, Sierakowice and Żukowo⁵⁴. And only four minorities fulfil the criterion enabling the local governments to meet the expectations of people who report non-Polish nationality identification: Byelorussian, Lithuanian, German and Kashubian. The representation of minorities who have „language privileges” and the number of municipalities where they could use their minority language as supporting have not changed. To summarize, a citizen of Poland has the right to use their native language in every situation where the use of the state (official) language is not imposed. However, as scholars mention, submitting applications in minority languages is sporadic⁵⁵. It is much more frequent than persons submit oral applications in German, Lithuanian, Kashubian or Byelorussian. Members of minorities emphasize that it is more important for them to have the right of using their native tongue in offices than its practical use.

On September 25, 2015, the Polish Parliament passed an amendment to the Act of 2005. The changes concerned, inter alia, art. 9 and introducing the possibility of using an auxiliary language also before district (*powiat*) authorities. However, the act was not signed by the President of the Republic of Poland and amendments did not enter into force. It should be emphasized that in practice, there were 4 districts, Kashubian included, in which – following the provisions of the Act of 2005 – the conditions for introducing an auxiliary language were fulfilled⁵⁶.

⁵² Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (act of 14th of June 1960 – the Code of Administrative Proceedings), consolidated text published in “Dziennik Ustaw” 2020, item 256, as amended.

⁵³ G. Baranowska, op. cit., p. 45.

⁵⁴ There are other 26 municipalities with the languages of national minorities: 5 municipalities with the Belarusian (Orla, Hajnówka – rural and urban municipalities, Czyże, Narew, Narewka), 1 with the Lithuanian (Puńsk) and 22 with German.

⁵⁵ M. Barwiński, *Mniejszości narodowe...*, p. 97.

⁵⁶ See <https://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/zawetowane/art,2,prezydent-zawetowal-trzy-ustawy.html> (access: 28.05.2021).

The problem of the legal status and the right to use a minority language of the Silesian, Kashubian minorities and the residents of Wilamowice in contemporary Poland

The basis for the Polish definition of a regional language are the provisions of the European Charter for Regional or Minority Languages⁵⁷ It is worth emphasizing that the provisions of the Charter shall not affect any more favourable provisions concerning the status of regional or minority languages, or the legal regime of persons belonging to minorities which may exist in a Party or are provided for by relevant bilateral or multilateral international agreements (Art. 4.1 of the Charter).

According to Art. 1 of the European Charter for Regional or Minority Languages, “minority language” means language that is traditionally used within a given territory of a state by nationals of that State who form a group numerically smaller than the rest of the state’s population and is different from the official language(s) of that state; it does not include either dialect of the official language(s) of the State or the languages of migrants. Provisions of the European Charter for Regional or Minority Languages make the basis for the Polish definition of a regional language. Regarding the use of a regional language, the Polish Act of 2005 refers to respective regulations on support languages and the provisions on the use of additional names to towns and villages in minority languages.

As already mentioned, regional language – under Polish law – is not the language of community members, even with Polish citizenship, who are immigrants or descendants of immigrants originating from a community with organized statehood or who do not have their roots in such a community. The status of a regional language may be granted to the language of the community which traditionally considers itself part of the nation inhabiting the territory of Poland. Moreover, such a language should traditionally be used by communities (it cannot be a new linguistic creation) that are not numerically dominant in the territory of the country.

From the perspective of the number of speakers, Silesian is the second most widely spoken language in Poland after the country’s sole official and national language of Polish. The status of the Silesian minority is particularly challenging for the Polish authorities at present⁵⁸. The question of recog-

⁵⁷ Following the ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages in 2009, the then present Ministry for Administration and Digitalisation launched an all-Polish campaign promoting regional languages among others. The undertaken actions were supposed to serve such goals as spreading the knowledge on the regulations of the European Charter for Regional or Minority Languages. The speakers of the regional Kashubian language were encouraged to a broader employment of their right to use the support language.

⁵⁸ Ibidem, p. 96; A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 87.

nizing the Silesian minority (as national or ethnic) has been highly controversial since the mid-1990s. During the 2002 Census, more than 173,000 people were declared to be of „Silesian nationality”, which represented, as I have mentioned, 39.5% of the Silesian Province population. Concurrently, that made Silesians the most numerous minority and escalated the current political conflict. While referring to those data, representatives of the non-registered Association of Population of Silesian Origin tried to have the Silesians recognized as an ethnic group in the Act of 2005 and the Silesian language recognized as the second regional language beside Kashubian. The Polish Parliament, however, rejected these demands. The efforts increased after another Census in 2011 during which 846,000 people declared that their nationality is Silesian⁵⁹. Since 2011, new draft amendments of the act of 2005 have been sent from time to time to the Parliament and to have Silesian recognized as a regional language. Furthermore, drafts have appeared aimed at recognizing the Silesian community as an ethnic minority. So far, 6 drafts amending the Act of 2005 have been submitted, both in terms of granting Silesian the status of a regional language and including the Silesian community among ethnic minorities. In September 2012 the Association of Population of Silesian Nationality was registered, however, after the appeal in December 2013, the Supreme Court concluded that Silesians cannot be recognized as a separate nation and, therefore, the Association of Population of Silesian Nationality (*Związek Ludności Narodowości Śląskiej*) should not be registered under that name. The governmental head of province (*wojewoda*) of the Silesian province (*województwo śląskie*) who opposed the registration of the *Związek Ludności Narodowości Śląskiej* under such a name, applied an appeal⁶⁰. The civil appellate court revoked the decision of the court of the first instance and dismissed the motion of the association, arguing that: „in Poland, the tradition is that the concept of a national minority applies to groups the members of which constitute a majority in another State; in other words, a minority is an ethnic group which is supported by the majority living outside Poland”⁶¹. The appellate court drew attention to the fact that a consequence of registering the Union would be granting privileges guaranteed to national minorities. The matter was later referred to the Supreme Court which stated that national minority is a legal term undefined in the Polish law and refers to a “national group formed in the course of a historical process and socially accepted”⁶². Later, the association lodged its complaint against Poland with the European Tribu-

⁵⁹ M. Barwiński, *Mniejszości narodowe...*, p. 96; A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 101.

⁶⁰ G. Baranowska, op. cit., p. 35.

⁶¹ Judgment of the Appeal Court in Katowice of 24 September, 1997, I ACa 493/97, OSA 1998 no. 10, item 43.

⁶² Judgment of the Supreme Court in Warszawa of 14 February 2007, III SK 20/06, OSNP 2008, no. 3–4 item 54.

nal of Human Rights which found no violation of the European Convention of Human Rights by the Polish authorities (in the case of Gorzelik & Others v. Poland)⁶³.

The case law of Polish courts fails to provide a final decision and to resolve the question of formal, official recognition of the Silesian nationality. Scholars mention that the state authorities consider the national aspirations of Silesians as well as the activity of organizations that stimulate and promote the ideas of autonomy of Silesia a threat⁶⁴. Despite being most numerous, the population that identifies with the Silesian nationality has not been recognized legally. It does not have any privileges of other, much less numerous, minorities.

On the other hand, Kashubians are an ethnic minority living in northern regions of Poland: Pomeranian province (districts: pucki, wejherowski, kartuski, lęborski, bytowski, kościerski, chojnicki), and West Pomeranian province (district słupski). For centuries, Kashubians remained trilingual. One can mention that after 1945, when the Kashubian-German borderland ceased to exist, they started to become bilingual (Kashubian-Polish bilingualism) or monolingual (Polish). Today the Kashubians are a diverse community in terms of language (they speak several dialects) and culture⁶⁵. Scholars highlight that some organizations (as f.e. *Zrzeszenie Kaszubsko-Pomorskie*) emphasize the Polish-Kashubian identity, but the other strives to have Kashubians recognized as a nation and takes actions centred on creating a national Kashubian group identity⁶⁶. Formally, the Kashubians – unlike a certain group of Silesians – do not seek autonomy.

On the 2002 Polish Census, the number of people declaring “Kashubian” as their only ethnicity was ca. 5,000, and there were 52,000 persons who declared Kashubian as the language they use at home. On the 2011 Polish Census, the number of people declaring “Kashubian” as their only ethnicity was 16,000, and there were 233,000 persons who declared Kashubian as first or second ethnicity (together with Polish). It is worth noting that over 108,000 (in 2011) people declared everyday use of the Kashubian language. One can highlight that the classification of Kashubian as a language or dialect has been very controversial. Kashubian (*kaszëbsczi jãzëk*) is a West Slavic language influenced by Polish, Low German and High German and belongs to the same language family as Polish and for a long time was perceived as a dialect of the Polish language or as “broken Polish”, which contributed to its low prestige⁶⁷.

⁶³ Case of Gorzelik & Others v. Poland, Judgement of December 20th 2001, appl. 44158/98, <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60003%22%5D%7D> (access: 28.06.2021).

⁶⁴ A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 99.

⁶⁵ M. Ratajczak, op. cit., p. 397.

⁶⁶ M. Mazurek, *Tożsamość kaszubska – dziś (i jutro?)*, “Studia Humanistyczne AGH” 2015, no. 13 (3), p. 132 ff.

⁶⁷ J. Olko, *From discouragement to self-empowerment. Insights from an ethnolinguistic vitality survey among the Kashubs in Poland*, “PLoS One” 2020, no. 15(8), doi: 10.1371/journal.

They have been more effective than the Silesians in securing themselves collective minority rights, which the right to speak the Kashubian language to administration authorities is the best proof. As mentioned, the Kashubian language has been recognized by the Act of 2005 as the only regional language in Poland⁶⁸ and has enjoyed legal protection as an official regional language. This legal act provides for its use in official contexts in municipalities in which speakers are at least 20% of the population. There is a rule that the number of citizens within a community, who belong to a minority, is calculated as the number of people speaking a regional language, which results from the latest Census.

Wymysorys, a language of Wilamowice residents was brought to Poland by the settlers from Western Europe and survived through the historical storms in the region till today⁶⁹. Wilamowice is a small town in the Oświęcim Basin (*Kotlina Oświęcimska*), founded in the 13th century by settlers of Germanic origin⁷⁰. The town itself has ca. 3000 inhabitants and is an executive centre for a municipality with a population of ca. 18,000, where indigenous Wilamowiceans constitute a numerical minority even at the lowest self-governmental unit, not exceeding 18%⁷¹. The language enclave originates from Colonial Middle High German. For nearly eight hundred years, they maintained their identity, language and dress, including through endogamy, to which they leaned because of a much higher property status than residents⁷². In 1945, Polish authorities prohibited the wearing of costumes and the use of the Wilamowicean language, and people who did not comply with this prohibition were severely punished⁷³. Nowadays, the residents of Wilamowice fight to preserve their linguistic and cultural identity and try to attract the attention of Poland to themselves and their language.

For the first time, the Wysomyrys language and the regulation of its status were discussed at the conference “European and regional instruments for the protection of endangered languages”, which took place on November 5,

pone.0237395 (access: 28.04.2021); G. Gudaszewski *Struktura narodowo-etniczna, językowa i wyznaniowa ludności Polski. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Warszawa 2015, p. 29; A. Grabowska, P. Ladykowski, *The Change of the Kashubian Identity before Entering the EU*, “Baltic Journal of European Studies” 2002, no. 1, pp. 2–5.

⁶⁸ M. Ratajczak, op. cit., p. 397.

⁶⁹ M. Mętrak, *Wymysorys (Vilamovicean) and Halcnovian: historical and present-daysocio-linguistic situation of microlanguages in a southern-Polish language island*, [in:] L. Rezončnik, N. Zavašnik, *Slovani od preloma 19. in 20. stoletja do danes. jezikovne, zgodovinsko-politične spremembe in književni doprinos*, Lublana 2019, p. 2 ff; T. Wicherkiwicz, T. Król, J. Olko, *Awaking the Language and Speakers' Community of Wymysiöeryś*, “European Review” 2017, no. 26, issue 1, p. 1.

⁷⁰ M. Mętrak, op. cit., pp. 2–3; T. Król, *Czym jest dla dzisiejszych Wilamowian język wila-mowski? Różne funkcje, różne postawy językowe?*, “Łódzkie Studia Etnograficzne” December 2016, pp. 243 ff; T. Wicherkiwicz, T. Król, J. Olko, *Awaking the Language*, op. cit., p. 2 ff.

⁷¹ T. Wicherkiwicz, T. Król, J. Olko, op. cit., p. 2.

⁷² T. Król, op. cit., p. 243 ff.

⁷³ Ibidem, p. 243; M. Mętrak, op. cit., p. 4.

2013, in the Polish Parliament. Before the Committee on National and Ethnic Minorities, the Wilamowiceans reported the problem of the lack of legal support for the Wysomyrys.

Summary

In this description, I described the legal and factual actions done by Poland to manage the language problem of Silesians, Kashubians and residents of Wilamowice, Polish regional language minorities. Described language minorities in Poland are of unquestionable historical, cultural and political value. They are a testimony of the unique multicultural character of the country that has been shaped over centuries. However, shaping a strong regional identity – according to academics⁷⁴ – which was particularly true for the Silesians and Kashubians, was a social and cultural phenomenon. Nowadays, the Polish authorities face the problem of responding to the declaration of belonging to the Silesian nationality and adopting a position regarding the legal form of that group's subjectivity. This problem could be solved by amending the Act of 2005 to extend the group of ethnic minorities by the Silesians. Kashubians, on the other hand, demand the possibility of using the Kashubian language at the district level (*powiat*), which is a larger unit of the territorial subdivision of Poland than a municipal authority. The residents of Wilamowice would like to receive any support to ensure the development of their language. Despite the state's support of the minorities' culture development, there still is the risk of their extinction under the impact of the Polish nation and the global cultures. It could be mentioned that Poland has been facing the problem of the so-called 'minority regionalisation' coming down to the situation that the majority of the society is not fully aware of the core issue of minorities and the minority problems are confined to the local borders (within the so-called 'small homelands' of their settlement)⁷⁵.

It is worth noting that every year the Centre for Public Opinion Research – as experts mention⁷⁶ – examines the attitude of Poles towards other nations, attempting to determine their sympathies. The results show a gradual opening of Poles to other nationalities. Poles also accept the right of minorities to learn their language in public schools. However, the right to use minority language before administrative authorities and the right to place bilingual town (or village) signs with minority language arouses objection of more than half of Poles⁷⁷.

⁷⁴ A. Rykała, *Mniejszości narodowe...*, p. 89.

⁷⁵ W. Kundera, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁶ B. Machul-Telus, *op. cit.*, pp. 48–49.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 49.

References

- Baranowska G., *Legal regulations on national and ethnic minorities in Poland*, "Przegląd Zachodni" 2014, no. 2.
- Barwiński M., *Współczesna tożsamość etniczna i kulturowa Łemków na obszarze Łemkowszczyzny – uwarunkowania i konsekwencje*, "Acta Universitatis Lodziensis, Folia Geographica Socio-Oeconomica" 1999, no. 2.
- Barwiński M., *Mniejszości narodowe i etniczne w polskiej przestrzeni publicznej*, "Studia z Geografii Politycznej i Historycznej" 2016.
- Gudaszewski G., *Struktura narodowo-etniczna, językowa i wyznaniowa ludności Polski. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Zakład Wydawnictw Statystycznych, Warszawa 2015.
- Grabowska A., Ladykowski P., *The Change of the Kashubian Identity before Entering the EU*, "Baltic Journal of European Studies" 2002, no. 1.
- Hopej M., *Łemkowska mniejszość etniczna w polskiej przestrzeni społecznej*, [in:] *Znaczenie mniejszości etnicznych, narodowych i językowych w Europie*, "Zeszyty Naukowe Koła Wschodnioeuropejskiego Stosunków Międzynarodowych", Wrocław 2015.
- Janusz G., *Definiowanie mniejszości w dokumentach międzynarodowych i aktach prawa wewnętrznego*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska", Sectio K 2008, vol. 15.
- Król T., *Czym jest dla dzisiejszych Wilamowian język wilamowski? Różne funkcje, różne postawy językowe?*, "Łódzkie Studia Etnograficzne", December 2016.
- Kundera W., *Mniejszości narodowe w Polsce – zarys historyczno-prawny*, "Studia Prawa Publicznego" 2018, no. 9.
- Kuźnicka D., *Mniejszość etniczna a mniejszość narodowa w Polsce – analiza porównawcza na przykładzie Łemków i Żydów*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), *Aktualne problemy ochrony wolności i praw mniejszości w Polsce i na świecie*, seria: E-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 95, Wrocław 2017.
- Machul-Telus B., *Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce*, [in:] A. Bartuś (ed.), *Granice wolności*, Urząd Miasta Oświęcim, Oświęcim 2015.
- Majdańczyk P., *Mniejszości narodowe w Polsce po II wojnie światowej*, "Pamięć i Sprawiedliwość" 2004, no. 3/2 (6).
- Malicka A., *Status prawny mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce – ustawa o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz języku regionalnym*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), *Aktualne problemy ochrony wolności i praw mniejszości w Polsce i na świecie*, seria: E-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 95, Wrocław 2017.
- Malicka A., *Ochrona mniejszości narodowych – standardy międzynarodowe i rozwiązania polskie*, UWr, Wrocław 2004.
- Mazurek M., *Tożsamość kaszubska – dziś (i jutro?)*, "Studia Humanistyczne AGH" 2015, no. 13(3).
- Mętrak M., *Wymysorys (Vilamovicean) and Halcnovian: historical and present-day sociolinguistic situation of microlanguages in a southern-Polish language island*, [in:] L. Rezoničnik, N. Zavašnik, *Slovani od preloma 19. in 20. stoletja do danes. jezikovne, zgodovinsko-politične spremembe in književni doprinos*, Lublana 2019.
- Michna E., *Tożsamość Łemków u progu XXI wieku. Ciągłość i zmiana*, "Studia Migracyjne – Przegląd Polonijny" 2011, no. 4(142).

- Olko J., *From discouragement to self-empowerment. Insights from an ethnolinguistic vitality survey among the Kashubs in Poland*, "PLoS One" 2020, no. 15(8), doi: 10.1371/journal.pone.0237395.
- Ratajczak M., *Mniejszości narodowe i etniczne w polskich mediach publicznych w Polsce*, "Rocznik SNPL" 2017, vol. 17.
- Rykała A., *Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce z perspektywy geografii politycznej*, "Acta Universitatis Lodzensis, Folia Geographica Socio-Oeconomica" 2014, no. 17.
- Rykała A., *Mniejszość religijna – mniejszość etniczna – wspólnota kulturowa. Uwagi na temat genezy, aktywności i tożsamości Karaimów w Polsce*, "Acta Universitatis Lodzensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica" 2011, no. 11.
- Skóra A., *Wniesienie podania w języku mniejszości narodowej do organu administracji publicznej*, "Gdańskie Studia Prawnicze" 2005, no. 14.
- Wereszko W., *Parlament Europejski jako rzecznik mniejszości narodowych i etnicznych w Unii Europejskiej*, "Rocznik Europeistyczny" 2019, no. 5.
- Wicherkiewicz T., Król T., Olko J., *Awaking the Language and Speakers' Community of Wymysiöeryś*, "European Review" 2017, no. 26, issue 1.
- Witkowski T., *Prawa mniejszości w Organizacji Bezpieczeństwa*, [in:] J. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (eds.), *Aktualne problemy ochrony wolności i praw mniejszości w Polsce i na świecie*, seria: E-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 95, Wrocław 2017.

Summary

The language problem of minorities in a homogeneous state. Comments on the example of the legal status of the Silesian, Kashubian and Wymysorys languages in Poland

Keywords: national minority, ethnic minority, regional minority, the language of minorities.

In this paper, I aim at presenting the language situation of some regional minorities in Poland: Silesians (*Ślązacy*), Kashubians (*Kaszubi*) and the residents of Wilamowice. Protection of language minorities is extremely important from the point of view of cultural development of countries. Throughout a long period of its existence, Poland has been a multi-cultural country populated by representatives of different national, regional and ethnic groups. However, the national and ethnic situation of Poland changed radically after the Second World War. Today Poland is one of the most homogenous states not only in Europe but also worldwide. However, Poland is not free from the discussion about minority rights. Shaping a strong regional identity, which was particularly true for the Silesians and Kashubians and residents of Wilamowice, was a social and cultural phenomenon, completely unknown in the long history of Poland. The Act on national and ethnic minorities and on the regional languages dated January 6, 2005, allows to use of Kashubian language as a "supporting language" before the municipality authorities, the smallest ad-

ministrative unit. The other obvious point of this description concerns the demanding of similar linguistic rights by Silesians. The study also highlights the efforts of the residents of Wilamowice to preserve their unique language.

Streszczenie

Problem języka mniejszości w homogenicznym państwie. Uwagi na przykładzie statusu prawnego języka śląskiego, kaszubskiego i wilamowskiego w Polsce

Słowa kluczowe: mniejszość narodowa, mniejszość etniczna, mniejszość regionalna, język mniejszości.

W niniejszym artykule przedstawiono sytuację językową niektórych mniejszości językowych w Polsce: Ślązaków, Kaszubów oraz mieszkańców Wilamowic. Ochrona mniejszości językowych jest niezwykle ważna z punktu widzenia rozwoju kulturalnego krajów. Polska przez długi okres swojego istnienia była krajem wielokulturowym, zamieszkałym przez przedstawicieli różnych grup narodowościowych, regionalnych i etnicznych. Jednak sytuacja narodowa i etniczna Polski zmieniła się radykalnie po II wojnie światowej.

Dziś Polska jest jednym z najbardziej jednorodnych państw nie tylko w Europie, ale i na świecie. Nie jest jednak wolna od dyskusji o prawach mniejszości językowych. Kształtowanie silnej tożsamości regionalnej, co dotyczy zwłaszcza Ślązaków i Kaszubów oraz mieszkańców Wilamowic, stanowi bowiem zjawisko społeczne i kulturowe, dotąd nieznane w długiej historii Polski. Ustawa o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o językach regionalnych z dnia 6 stycznia 2005 r. dopuszcza używanie języka kaszubskiego jako „języka pomocniczego” przed władzami gminy, najmniejszą jednostką administracyjną. Drugim ważnym punktem jest analiza prawna wysiłku Ślązaków w celu uzyskania podobnych praw językowych. W opracowaniu zwrócono też uwagę na starania mieszkańców Wilamowic, mające służyć zachowaniu ich unikalnego języka.

Denis Solodov

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-2884-9420

denis.solodov@uwm.edu.pl

Ewelina Lewandowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-6280-6793

ewelina.lewandowska@uwm.edu.pl

Zasadność sporu odnośnie nowej definicji zgwałcenia – uwagi na tle proponowanych zmian

Wprowadzenie

Definicja przestępstwa zgwałcenia zawarta w art. 197 § 1 Kodeksu karnego¹ (dalej jako k.k.) od lat stanowi przedmiot dyskusji. Wątpliwości badaczy i praktyków budzi niemal każdy z jej elementów składowych – obcowanie płciowe², przemoc³, podstęp⁴, groźba bezprawna⁵. Powodem jest mało precyzyjna, niejednoznaczna terminologia zastosowana przez ustawodawcę. W orzecznictwie sądów polskich również znajdziemy różne podejścia, jeśli chodzi o zakres semantyczny i legalny poszczególnych znamion; z reguły znajdu-

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 z dnia 25 sierpnia 2020 r.

² K. Burdziak, *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 5 lipca 2017 r., III KK 273/17*, „Glosa, Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018, nr 10(102), s. 55–56; M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, nr 1, s. 211–229.

³ M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, Warszawa 2012, s. 467–472; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 449.

⁴ H. Myśliwiec, *Podstęp jako znamień przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 66–69; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 262–267.

⁵ A. Michalska-Warias, *Groźba bezprawna jako ustawowe znamień przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, 1, s. 7–9.

je to swoje uzasadnienie w okolicznościach konkretnej sprawy⁶. Ta wieloznaczność tłumaczy, dlaczego treść art. 197 k.k. wielokrotnie stała się obiektem nowelizacji. Jedną z ostatnich propozycji dość radykalnych zmian, jeśli chodzi o ukształtowanie znamion przestępstwa zgwałcenia, zgłoszona w marcu 2021 r., przewiduje, że za zgwałcenie ma być uznawane doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego „bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody przez tę osobę”. Według autorów projektu zmienić się ma też tytuł rozdziału z *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości* na *Przestępstwa przeciwko wolności i autonomii seksualnej*. Konieczność tych zmian inicjatorzy nowelizacji wiążą z „brakiem adekwatnej reakcji organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości” wobec tego typu przestępstw. W ich opinii aktualna definicja legalna zgwałcenia uzależnia byt danego przestępstwa od zgromadzenia dowodów świadczących o oporze ofiary wobec sprawcy, co w praktyce w niektórych sytuacjach pozbawia osoby pokrzywdzone ochrony prawnej⁷.

Pomysł modyfikacji definicji legalnej zgwałcenia popiera również Rzecznik Praw Obywatelskich, który wskazuje, że „przyjęta w polskim ustawodawstwie definicja zgwałcenia, a wraz z nią innych przestępstw seksualnych (art. 197 Kodeksu karnego), jest wyrazem teorii wolności seksualnej, która uwypukla konieczność wyrażenia sprzeciwu wobec niechcianych zachowań seksualnych. Współczesne standardy ochrony praw człowieka mówią natomiast w tym miejscu o teorii autonomii seksualnej, która kładzie nacisk na świadomą zgodę, wolną od przymusu, strachu i dezorientacji”. Jego zdaniem art. 197 k.k. chroni „jedynie przed przełamującymi opór ofiary naciskami w formie przymusu fizycznego w postaci przemocy oraz przymusu psychicznego w postaci groźby bezprawnej, a także przed podstępny doprowadzeniem do czynności seksualnych, a nie przed jakimkolwiek niekonsensualnym zachowaniem seksualnym”. W związku z tym proponuje się zamienić sformułowanie „doprowadza do obcowania płciowego przemocą, groźbą lub podstępem” na „brak dobrowolnej i świadomej zgody na obcowanie płciowe”⁸. W odpowiedzi Ministerstwo Sprawiedliwości wskazało, że brak zgody na obcowanie płciowe jest w obecnym stanie prawnym immanentną cechą przestępstwa zgwałcenia, a więc sformułowanie znamion przedstępstwa zgwałcenia, które znajdziemy w art. 197 k.k., nie wymaga podjęcia działań legislacyjnych we wskazanym przez Rzecznika Praw Obywatelskich kierunku⁹.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11 maja 2018 r., sygn. akt II AKa 40/18, Lex nr 2614566; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2015 r., sygn. akt WA 14/15, Lex nr 2053652.

⁷ Projekt „Ustawa z dnia ... 2021 r. o zmianie ustawy Kodeks karny”, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/dok?OpenAgent&9-020-429-2021> (data dostępu: 1.07.2021).

⁸ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Premiera, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

⁹ MS odmawia prac nad nową definicją zgwałcenia, <https://www.prawo.pl/prawo/definicia-zgwalcenia-ms-odmawia-prac-legislacyjnych,508505.html> (data dostępu: 1.07.2021).

Należy zwrócić uwagę na to, że impulsem do tej dyskusji była kampania „Tak to miłość” zainicjowana przez stowarzyszenie Amnesty International. Ideą przewodnią kampanii było dostosowanie definicji zgwałcenia do aktualnie obowiązujących standardów międzynarodowych, które przewidują konieczność kryminalizacji każdego aktu seksualnego, gdzie brak jest zgody drugiej strony niezależnie od tego, czy spotkał się on z głośnym i stanowczym oporem ze strony ofiary¹⁰. W raporcie „Poland: *Shadow Report* on aspects of the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence” z 2020 r. Amnesty International stwierdza, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądów polskich dominuje przekonanie o konieczności udowodnienia oporu ze strony pokrzywdzonego, co jest tym jakby drugim, po braku zgody, znamieniem przestępstwa zgwałcenia. Zdaniem stowarzyszenia sądy polskie dość często interpretują ten wymóg w sposób wąski, oczekując od oskarżenia dowodów stawiania oporu w formie fizycznej¹¹.

Na wstępie należy zaznaczyć, że nie ma wątpliwości, iż argumenty przedstawione przez różne strony tej dyskusji mają charakter rzeczowy, praktyczny, są jak najbardziej uzasadnione, a więc zasługują na uwagę. Rozważania nad zasadnością postulowanych zmian należy zacząć od oceny aktualnego stanu prawnego, przede wszystkim od kwestii zgodności przepisów krajowych w części dotyczącej przestępstwa zgwałcenia z prawem międzynarodowym.

Konwencja stambulska

Od 1 sierpnia 2015 r. obowiązują Polskę¹² założenia tzw. Konwencji stambulskiej (dalej jako Konwencja)¹³. Jest to akt prawa międzynarodowego, który wieńczy dotychczasową aktywność Rady Europy w kierunku zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet, tworząc podstawy prawne ochrony kobiet

¹⁰ Amnesty International – konieczna jest zmiana definicji gwałtu w Polsce, <https://publicystyka.ngo.pl/amnesty-international-konieczna-jest-zmiana-definicji-gwaltu-w-polsce> (data dostępu: 17.05.2021).

¹¹ Poland: *Shadow Report* on aspects of the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2020, <https://rm.coe.int/poland-shadow-report-amnesty-international-grevio/16809efdd1> (data dostępu: 1.07.2021)

¹² Warto zaznaczyć, że w chwili zakończenia prac nad niniejszym opracowaniem do dalszych prac w Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka skierowano projekt Ordo Iuris, który zakłada wypowiedzenie Konwencji stambulskiej, <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,26934129,sejm-projekt-ordo-iuris-ws-wypowiedzenia-konwencji-stambulskiej.html> (data dostępu: 1.07.2021).

¹³ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Dz.U. z 2015 r., poz. 398).

przed wszelkimi formami przemocy, w tym przemocy domowej, na terytorium państw europejskich¹⁴.

Jednym z podstawowych elementów-postulatów Konwencji jest sprawa wzajemnej koordynacji działań na polu zapobiegania i prewencji przemocy wobec kobiet. Dążąc do utworzenia jednolitej przestrzeni prawnej, Konwencja żąda od państw sygnatariuszy dostosowania prawa karnego krajowego, mianowicie podjęcia działań ustawodawczych w kierunku kryminalizacji zachowań polegających na:

- penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody,
- innych czynnościach o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody,
- doprowadzeniu innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią (art. 36 § 1 Konwencji).

Zgoda, o której mowa w art. 36 § 1 Konwencji, ma mieć charakter dobrowolny, a fakt jej wyrażenia należy ustalać w świetle wszelkich znanych (ustalonych) okoliczności (art. 36 § 2 Konwencji).

Konieczność dostosowania prawa karnego krajowego

W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy treść ww. normy (art. 36 Konwencji) powinna zostać przeniesiona *ad verbum* do treści art. 197 k.k. i zastąpić aktualny kształt ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest w miarę jednoznaczna. Analiza przepisów zawartych w art. 36 Konwencji prowadzi do niebudzącego wątpliwości wniosku, że twórcy Konwencji postawili akcent na osiągnięciu określonych celów, jednym z których jest kryminalizacja szeregu czynów umyślnych. W treści Konwencji nie znajdziemy wskazania na konieczność „mechanicznego” kopiowania treści jej przepisów do prawa krajowego. Charakterystycznym pod tym względem jest to, że Konwencja nie narzuca określonego trybu ścigania zgwałceń. Nie znajdziemy w jej treści wskazania na to, który z trybów – publiczny czy mieszany – jest trybem preferowanym. Przepisy Konwencji stanowią jedynie o tym, że osiągnięty efekt dostosowania prawa krajowego musi być tożsamy z tym pożądanym, opisanym w treści Konwencji, zarówno na poziomie ustawy (karnej), jak i praktyki jej stosowania. Takie ukierunkowanie Konwencji na osiągnięcie określonych celów i podtrzymywa-

¹⁴ Szerzej na ten temat: E. Kowalewska-Borys, E. Truskolaska, *Podstawowe założenia oraz pojęcie konwencji stambulskiej*, [w:] E. Kowalewska-Borys (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, Warszawa 2015, s. 24–51.

nie określonych standardów ochrony należy uznać za punkt wejściowy analizy aktualnie obowiązujących przepisów karnych.

W doktrynie opinie co do zgodności treści obowiązującego art. 197 § 1 k.k. z założeniami Konwencji (art. 36) są podzielone. Zdaniem części badaczy definicja legalna zgwałcenia, którą znajdziemy w art. 197 § 1 k.k., nie zawiera tak istotnego elementu, jak penetracja, do której dochodzi „bez zgody osoby”. Zgwałcenie w świetle obowiązującej definicji legalnej oznacza bowiem poddanie się obcowaniu płciowemu, innej czynności seksualnej lub wykonaniu takiej czynności z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp. Nie ma tu mowy o penetracji bez zgody¹⁵. Niemniej jednak problem ten wydaje się być wyłącznie kwestią semantologiczną, nie zaś legalną, prawną. Nietrudno założyć, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie zwrot „obcowanie płciowe”, zawarty w dyspozycji art. 197 § 1 k.k., jest traktowany w sposób zbieżny z założeniami twórców Konwencji¹⁶. Warto również zaznaczyć, że to, w jaki sposób zdefiniowano znamiona przestępstwa zgwałcenia, jednoznacznie wyklucza element zgody po stronie ofiary. Ten brak zgody jest nieodzownym składnikiem konstrukcji art. 197 k.k. Niemniej jednak należy przyznać, że jest to znamie niejako „ukryte” – przemoc, groźba oraz podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. skutecznie wykluczają możliwość swobodnego jakiegokolwiek wyboru, jeśli chodzi o pokrzywdzonego¹⁷. Na znaczenie zgody, jej ustalenia, w kontekście zgwałcenia, zwracał uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że sąd „każdorazowo powinien ustalić, czy zgoda na czynność seksualną została udzielona, w jakim czasie jej udzielono i jaki był zakres tej zgody”¹⁸.

Wątpliwości badaczy budzi natomiast zawarte w treści art. 197 § 1 k.k. „wyliczenie” różnych wariantów *modus operandi* sprawcy – przemoc, groźba bezprawna, podstęp. Lista ta jest zamknięta, co w praktyce powoduje, że organy ścigania i sądy interpretują każde z tych znamion w sposób wyjątkowo szeroki¹⁹. Z jednej strony to „wyliczenie” ma określony walor praktyczny. Najczęściej spotykana w przypadku tego rodzaju przestępstw przemoc fizyczna pozostawia zauważalne ślady (materialne), co pozwala niejako zobiektywizować

¹⁵ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, nr 40, s. 309.

¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 19 maja 1999 r., sygn. akt I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7–8, s. 37.

¹⁷ P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdziak, Ł. Pohl, *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, s. 21, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Banaszak-Grzechowiak-P.-Burdziak-K.-Pohl-L._Przestepstwo-zgwalcenia-w-wybranych-panstwach-europejskich-raport-z-badania.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 września 2005 r., sygn. akt II KK 504/04, Lex nr 200229.

¹⁹ J. Warylewski, *Podanie ofierze alkoholu jako podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Dopuszczalność kumula-tywnej kwalifikacji z art. 197 § 1 i art. 197 § 2 k.k. Glosa do wyroku sądu apelacyjnego z dnia 28 marca 2018 r., II Aka 91/18*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018, nr 2, s. 83–84; R. Krajewski, op. cit., s. 262–267.

proces dowodzenia. W przypadku gróźb czy podstępu również można oczekiwać, że zostaną dowody materialne zachowań sprawcy w postaci udokumentowanego stanu nietrzeźwości (np. przy zastosowaniu przez sprawcę podstępu) lub też nagrań cyfrowych ukazujących groźby. Zastosowana w treści art. 197 § 1 k.k. konstrukcja pozwala również na odgraniczenie współsprawstwa od pomocnictwa, co jest niezwykle istotne przy dowodzeniu zgwałcenia zbiorowego. Z drugiej strony pojawiają się wątpliwości, czy przy wykładni dosłownej art. 197 k.k. tak słabo wyeksponowany element, jak zgoda ofiary, nie będzie traktowany marginalnie. Istnieje bowiem ryzyko, że akcent będzie stawiany na *modus operandi* sprawcy, na dowodzeniu, że jego zachowanie zawiera znamiona przestępstwa. Analiza praktyki²⁰ pokazuje jednak, że znaczenie kluczowe w wielu sprawach nadaje się oporowi pokrzywdzonego jako uzewnętrznionemu sprzeciwowi wobec działań sprawcy. Zgadza się to z tezą, że zachowanie ofiary oraz subiektywna jego interpretacja przez sprawcę ma bezpośredni wpływ na to, czy przyjęta zostanie kwalifikacja zgwałcenia²¹. Na podkreślenie zasługuje to, że opór ofiary „nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania i w zależności od sytuacji jego dostrzegane dla sprawcy uzewnętrznienie może sprowadzać się do innych form, np. płaczu, ustnych wypowiedzi, szarpania czy prób wzywania pomocy”²². Analiza akt postępowań karnych pokazuje, że to na ofierze ciąży niejako obowiązek wykazania, że nie wyrażała ona zgody na zbliżenie, i co więcej – że stawiała opór. Proces dowodzenia koncentruje się często na wykazaniu zgody

²⁰ Analiza akt spraw karnych obejmowała łącznie 280 spraw z art. 197 k.k. w okresie od 2007 do 2017 r., przy czym wyznacznikiem była kwalifikacja prawna czynu z art. 197 k.k. W badaniach wystąpiło 347 sprawców, łącznie 306 pokrzywdzonych, z czego 130 pokrzywdzonych poniżej lat 15 – najmłodsza ofiara miała 8 miesięcy. W okresie objętym badaniami w jednym przypadku nie skazano sprawcy z art. 197 k.k., natomiast przyjęto kwalifikację z art. 200 k.k. z powodu braku wniosku o ściganie od przedstawicieli ustawowych małoletniego pokrzywdzonego. Na obszar badawczy wybrano kilka województw. Objęto nim okręgi działalności Sądów Okręgowych w Bydgoszczy, Elblągu, Gdańsku, Lublinie, Olsztynie oraz w Warszawie. Wśród nich znalazły się również okręgi działalności Sądów Rejonowych – Sąd Rejonowy w Iławie, Olsztynie oraz w Gdańsku. W związku z tym, że problematyka dotycząca samego przestępstwa zgwałcenia jest złożona, analiza akt spraw karnych obejmowała głównie problematykę procesowo-kryminalistyczną. Analizie poddano takie zagadnienia, jak: zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, problematyka przesłuchania pokrzywdzonych, taktyka dowodzenia w sprawach o zgwałcenie oraz kryminalistyczna charakterystyka przestępstwa zgwałcenia. W analizowanych sprawach w 17 przypadkach sprawce/sprawców uniewinniono od stawianych zarzutów, zaś w 13 przypadkach sąd rozpoznający sprawę przyjął inną kwalifikację prawną czynu. Tylko w 250 sprawach zapadł prawomocny wyrok za przestępstwa z art. 197 k.k.

²¹ M. Grzyb, *Polskie prawo jest ślepe na prawdziwe oblicze przemocy seksualnej. O zmianie definicji zgwałcenia z art. 197 kk*, <https://klubjagiellonski.pl/2021/04/11/polskie-prawo-jest-slepe-na-prawdziwe-oblicze-przemocy-seksualnej-o-zmianie-definicji-zgwalcenia-z-art-197-kk/> (data dostępu: 17.05.2021); N. Kłaczyńska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 520.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt II AKa 72/09, Lex nr 519644.

lub jej braku po stronie pokrzywdzonego, a także stawianego przez niego oporu. Często przyjmuje się, iż wiarygodność zeznań pokrzywdzonego zależy od „wiarygodności” pokrzywdzonego oraz innych zebranych dowodów. W przeanalizowanych sprawach, w których zachodziły wątpliwości co do prawdomówności pokrzywdzonego czy też przy braku dowodów materialnych inkryminujących sprawcę, organ ścigania powoływał biegłych psychologów w celu ustalenia:

- czy pokrzywdzony ma zdolność do konfabulowania i wymyślania faktów,
- czy zeznania pokrzywdzonego opierają się na jego rzeczywistych przeżyciach.

Badania świadczą o tym, że nadal dominują pewne stereotypy, jeśli chodzi o ocenę sytuacji, w których ofiara w pewien sposób „przyczynia się” do popełnienia przestępstwa, np. ma wyzywający ubiór czy zachowuje się prowokująco. W przeanalizowanych sprawach ofiary zgwałcenia ani nie były ubrane wyzywająco, ani nie sprowokowały swoim zachowaniem sprawcy. W połowie spraw ofiarę i sprawcę łączyły bliższe relacje – mąż, ojciec, syn, brat, wujek, partner, ojczym, dziadek. Należy również wskazać, że w sprawach, w których sprawcami byli mężowie, prawie połowa z nich nie widziała nic złego w tym, iż wymuszali oni na swoich żonach stosunki płciowe. Charakterystycznym dla tych spraw był brak wyraźnego oporu fizycznego ze strony ofiary (kobiety). Pewnym uogólnieniem jest jednak twierdzenie, że obecne podejście do przestępstw seksualnych w Polsce ma swoje źródło w tradycyjnych i „seksistowskich” normach kulturalno-obyczajowych, tzw. męskim przywileju seksualnym²³. To, czy aspekty kulturalno-obyczajowe mają w naszym kraju wpływ na fakt, kto najczęściej staje się ofiarą zgwałcenia oraz to, na ile ten wpływ jest istotny, jest kwestią dyskusyjną i stosunkowo mało zbadaną. Na uwagę zasługują natomiast aspekt psychologiczny zachowania się ofiary. Najnowsze badania świadczą o tym, że brak stawiania przez ofiarę (kobietę) oporu w przypadku zgwałcenia, a takich spraw jest – jak wynika z badań autorów niniejszego artykułu – najwięcej, jest objawem dość specyficznej reakcji psychologicznej. W jej przypadku zamiast odruchów, które możemy nazwać tradycyjnymi – „zamrożenie”, „walka” i „ucieczka”²⁴, ma miejsce specyficzna dla kobiet (szczególnie młodych) reakcja „bądź przyjazna” (ang. *friend*). Polega to na tym, że kobieta (ofiara zgwałcenia) demonstrowa zachowanie świadczące o zgodzie na obcowanie płciowe, akceptacji gwałciiciela i jego „motywów”. Ta kontrintuicyjna, wysoce nielogiczna reakcja od kilku lat jest przedmiotem badań. Jej występowanie stwierdzono w znacznej części spraw karnych o zgwałcenie. Niemniej jednak wiele kwestii pozostaje wciąż otwartych, m.in. nie wiemy, co powoduje występowanie jej tylko u części kobiet (ofiar), jakie warunki muszą zostać

²³ M. Grzyb, op. cit.

²⁴ M. Lis-Turlejska, *Psychologiczne konsekwencje traumatycznego stresu – współczesne kierunki badań*, „Nowiny Psychologiczne” 2000, nr 2, s. 25–36.

spełnione, aby tego typu reakcja wystąpiła, jak zdiagnozować występowanie takiej reakcji *post factum*, czy można tę reakcję w jakiś sposób zmierzyć oraz stopniować²⁵. Świadomość tego zjawiska przyczyniła się do zmiany dotychczasowego podejścia prawników zachodnich do oceny zachowania się ofiar zgwałcenia. W najnowszych wytycznych dla oskarżycieli publicznych w sprawach o zgwałcenie w Wielkiej Brytanii znajdziemy trzy typowe scenariusze zachowań ofiar (kobiet), z których każdy nie wyklucza popełnienia przestępstwa:

1. ofiara walczy, tj. stawia rzeczywisty opór (fizyczny) sprawcy, a nawet go atakuje;

2. ofiara jest jakby sparaliżowana całą tą sytuacją;

3. ofiara stara się być przyjazna wobec sprawcy, pokazując swoim zachowaniem, że akceptuje całą tę sytuację.

Pierwszy z opisanych scenariuszy zdarza się, według autorów wytycznych, niezwykle rzadko. Większość kobiet (ofiar zgwałcenia) znajduje się w stanie szoku i psychologicznie nie jest przygotowana do stawiania oporu (fizycznego). Czasem powodem jest to, że sprawca jest uzbrojony, a więc, według ofiary, stawianie oporu w takich okolicznościach może jeszcze bardziej pogorszyć sytuację. Drugi z opisanych scenariuszy widzimy, kiedy kobieta ma wyjątkowo silną reakcję prymitywną, półświadomą. Ofiara unika gwałtownych ruchów, podejmowania aktywnych działań obrończych, co sprawia wrażenie, że jest jakby sparaliżowana. W takiej sytuacji kobieta (ofiara zgwałcenia), zarówno psychologicznie, jak i fizycznie, nie jest w stanie stawiać oporu napastnikowi. Reakcja trzecia – bądź przyjazna – również nie jest reakcją do końca świadomą i racjonalną. Przyjmując postawę akceptującą, ofiara zgwałcenia „liczy” na to, że podporządkowując się sprawcy da się z tej niebezpiecznej sytuacji wyjść z minimalnymi „stratami”. Na podkreślenie zasługuje to, że zachowując się w powyższy sposób ofiara nie zastanawia się nad tym, w jaki sposób to jej zachowanie będzie później ocenione przez osoby trzecie, w tym organy ścigania i sąd. Jej myśli dominuje dążenie do pozostawienia niekomfortowej, stresującej sytuacji²⁶.

Wracając do opisu ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia zawartych w treści art. 197 § 1 k.k. oraz praktyki jej stosowania, nie można nie zauważyć, że w świetle tej nowej wiedzy na temat mechanizmów determinujących zachowanie się ofiar zgwałcenia pojawia się tu pewna odczuwalna

²⁵ F. Mason, Z. Lodrick, *Psychological consequences of sexual assault*, „Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology” 2013, nr 27(1), s. 29–30; R.R. Luby, *Sexual violence: a trauma-informed approach for mental health nurses supporting survivors*, „Mental Health Practice” 2021, vol. 24, issue 3; K. Carmit, T. Noga, T. Anat, N. Racheli, *Beyond fight, flight, and freeze: Towards a new conceptualization of peritraumatic responses to child sexual abuse based on retrospective accounts of adult survivors*, „Child Abuse & Neglect” 2021, vol. 112.

²⁶ N. Burrowes, *Responding to the challenge of rape myths in court. A guide for prosecutors*, s. 20, www.nb-research.com/wp-content/uploads/2015/01/Responding-to-the-challenge-of-rape-myths-in-court_Nina-Burrowes.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

ułomność. Wyraźny akcent na *modus operandi* sprawcy skłania do wniosku, że zachowanie pokrzywdzonego w sytuacji zgwałcenia jest (powinno być) konfrontacyjne wobec działań sprawcy. Ten ostatni ma „atakować”, stosując przemoc, groźby bezprawne lub podstęp, a ofiara ma się bronić w ten lub inny sposób urzeczywistniając brak akceptacji na wymuszane przez sprawcę czynności seksualne i obcowanie płciowe. Jak widzimy, jest to podejście nie tylko nieadekwatne ze względu na aktualny stan naszej wiedzy odnośnie mechanizmów decyzyjnych, które „demonstrują” ofiary zgwałceń, ale też krzywdzące względem kobiet – ofiar zgwałceń nie tylko faktycznych, ale też potencjalnych, przyszłych, jeśli będziemy pamiętali o powrotności do przestępstwa wśród sprawców tego rodzaju czynów. Widzimy również, że dominujące w doktrynie i orzecznictwie racjonalne podejście do oceny zachowań ofiar zgwałcenia, które opiera się o założenie, iż ofiara zgwałcenia kieruje się pewną (zrozumiałą) logiką, może być mylące. Element (wyrażenia) zgody, na który nacisk kładzie Konwencja (art. 36), nie jest bowiem terminem *stricte* prawniczym. Ocena, czy do takiej zgody doszło, powinna być dokonywana w sposób nie intuicyjny, a kompetentny, w oparciu o aktualną wiedzę na temat zachowania się w sytuacji stresowej. W praktyce oznacza to konieczność sięgania po opinie biegłych z zakresu psychologii stresu.

Wnioski

1. Dyskusja wokół konieczności zmiany ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia ma nie tylko wymiar polityczny, ale też pewną wartość merytoryczną. Konwencja stambulska nie wymusza na państwach sygnatariuszach przeniesienia *ad verbum* treści art. 36 § 1, 2 do prawa karnego krajowego. Pod tym względem obowiązujące przepisy krajowe (art. 197 k.k.) nie są sprzeczne z założeniami Konwencji.

2. W praktyce niejako dominuje podejście tradycyjne do oceny zachowań ofiar zgwałceń, które stawia akcent na kwestię oporu fizycznego ofiary. Urzeczywistnieniem takiego oporu mogą być nie tylko aktywne działania obrończe, fizyczne, ale też inne reakcje, których powodem jest brak zgody na obcowanie płciowe i inne czynności seksualne – płacz, słowa itd.

3. W świetle najnowszych badań, ukazujących rzeczywistość zachowania się kobiet w sytuacjach stresowych spowodowanych zgwałceniem, to tradycyjne, powszechnie akceptowane podejście niejako traci na wiarygodności. Niemniej jednak możliwość rozwiązania tak skomplikowanej kwestii, jaką jest zgoda pokrzywdzonego w kontekście przestępstwa zgwałcenia przy pomocy środków prawnych, również budzi wątpliwości. Wydaje się, że celowe powinno być zwiększenie świadomości przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, jeśli chodzi o aktualny stan wiedzy psychologicznej w tym zakresie.

Możliwe jest też opracowanie metodyki badań psychologicznych, pozwalających na obiektywną i uzasadnioną naukowo ocenę zachowań pokrzywdzonego w przypadku tego typu przestępstw.

Wykaz literatury

- Banaszak-Grzechowiak P., Burdziak K., Pohl Ł., *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Banaszak-Grzechowiak-P.-Burdziak-K.-Pohl-L._Przestepstwo-zgwalcenia-w-wybranych-panstwach-europejskich-raport-z-badania.pdf.
- Bielski M., *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 1.
- Burdziak K., *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 5 lipca 2017 r., III KK 273/17*, „Głosa, Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018, nr 10.
- Burrowes N., *Responding to the challenge of rape myths in court. A guide for prosecutors*, www.nb-research.com/wp-content/uploads/2015/01/Responding-to-the-challenge-of-rape-myths-in-court_Nina-Burrowes.pdf.
- Carmit K., Noga T., Anat T., Racheli N., *Beyond fight, flight, and freeze: Towards a new conceptualization of peritraumatic responses to child sexual abuse based on retrospective accounts of adult survivors*, „Child Abuse & Neglect” 2021, vol. 112.
- Grzyb M., *Polskie prawo jest ślepe na prawdziwe oblicze przemocy seksualnej. O zmianie definicji zgwałcenia z art. 197 kk*, <https://klubjagiellonski.pl/2021/04/11/polskie-prawo-jest-slepe-na-prawdziwe-oblicze-przemocy-seksualnej-o-zmianie-definicji-zgwalcenia-z-art-197-kk/>.
- Klaczynska N., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Gizek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Kowalewska-Borys E., Truskolaska E., *Podstawowe założenia oraz pojęcie konwencji stambulskiej*, [w:] E. Kowalewska-Borys (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, Difin, Warszawa 2015.
- Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Lis-Turlejska M., *Psychologiczne konsekwencje traumatycznego stresu – współczesne kierunki badań*, „Nowiny Psychologiczne” 2000, nr 2.
- Luby R.R., *Sexual violence: a trauma-informed approach for mental health nurses supporting survivors*, „Mental Health Practice” 2021, vol. 24, issue 3.
- Mason F., Lodrick Z., *Psychological consequences of sexual assault*, „Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology” 2013, nr 27(1).
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Michalska-Warias A., *Groźba bezprawna jako ustawowe znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, nr 1.
- Mozgawa M., *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2012.

- Myśliwiec H., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11.
- Platek M., *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, nr 40.
- Warylewski J., *Podanie ofierze alkoholu jako podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Dopuszczalność kumulatywnej kwalifikacji z art. 197 § 1 i art. 197 § 2 k.k. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 28 marca 2018 r., II Aka 91/18*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018, nr 2.

Summary

The legitimacy of the discussion on a new definition of rape

Keywords: penal law, rape, Istanbul Convention, victim psychology, court case-law.

In the article, the need for the change of the legal definition of rape is discussed. The authors analyse the requirements of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Convention) and the draft law amending the definition of rape submitted in March 2021. The Convention is an integral part of Polish law. Nonetheless, it is highly questionable whether the Convention obliges state parties to copy the elements of the definition of rape found in Article 36 of the Convention.

Ewa Suknarowska-Drzewiecka

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk w Warszawie

ORCID: 0000-0002-2866-6125

e.suknarowska-drzewiecka@inp.pan.pl

Obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania a obowiązki pracownika wobec pracodawcy w stosunku pracy

Wstęp

Z genezy prawa pracy i posługiwania się konstrukcją umowy między dwiema stronami wynika – w związku z odesłaniem w treści art. 300 Kodeksu pracy (dalej jako k.p.) – prawo odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.) do stosunku pracy w sprawach nieunormowanych przepisami prawa pracy w razie braku ich sprzeczności z zasadami prawa pracy. Odesłanie do innej gałęzi prawa oznacza konieczność dokonywania modyfikacji stosowanych przepisów Kodeksu cywilnego¹ pod warunkiem jednak, że efektem przystosowania przepisu k.c. nie będzie nadanie nowego kształtu normie Kodeksu cywilnego w stosunkach pracy². Jako zasady prawa pracy uznaje się normy prawne o charakterze ogólnym (czy inaczej o dużym stopniu ogólności), które wyrażają podstawowe reguły, idee, założenia, mające zasadnicze znaczenie w systemie prawa pracy oraz znaczenie dla kształtowania i stosowania prawa, odzwierciedlające istniejący układ stosunków społeczno-gospodarczych, a także podstawowe założenia polityki społecznej państwa, ustalające jednocześnie prawne dyrektywy postępowania skierowane do określonych adresatów³. Zasadami prawa pracy w rozumieniu art. 300 k.p. są

¹ K. Roszewska, *Skutki sprzeczności przepisów kodeksu cywilnego z zasadami prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 2, s. 21.

² A.M. Świątkowski, *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis.

³ A. Rycak, *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis; T. Zieliński, *Zarys wykładu prawa pracy. Część I ogólna*, Katowice 1977, s. 197; Z. Salwa, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 1996, s. 35; H. Lewandowski, *Zasady prawa pracy*, [w:] E. Smoktunowicz, C. Kosikowski (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok–Warszawa 2000, s. 1243.

normy II stopnia (metanormy), rekonstruowane w drodze rozumowania indukcyjnego z norm prawa pracy (norm I stopnia). Nie można przy tym ustalić zamkniętego katalogu zasad prawa pracy w rozumieniu art. 300 k.p., są one bowiem dekodowane zawsze na potrzeby konkretnego przypadku w procesie stosowania prawa. Jako przykład można wskazać zasadę ochrony słusznego interesu pracownika czy zasadę odformalizowania działań pracownika.

W doktrynie podkreśla się, że znaczenie dla stosunku pracy mają m.in. przepisy ogólne prawa cywilnego dotyczące czynności prawnych (np. wad oświadczenia woli, obliczania terminów), umowy przedwstępnej i odpowiedzialności (przede wszystkim deliktowej, ale także kontraktowej)⁴. Przepisy Kodeksu pracy nie zawierają wszystkich reguł dotyczących zasad odpowiedzialności kontraktowej wynikających ze stosunku pracy, dlatego w sytuacjach nieunormowanych odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy Księgi trzeciej k.c., m.in. art. 353, art. 363, art. 358¹, art. 359, art. 361, art. 389–390, art. 395, art. 405–411, art. 415 i nast., art. 450–470, art. 471–486. Przepisy Kodeksu pracy nie zawierają także ogólnej zasady współdziałania pracownika z pracodawcą przy wykonywaniu ich zobowiązania wzajemnego, a w stosunku pracy spełnianie wzajemnych świadczeń jest niemożliwe lub bardzo utrudnione, jeżeli z dłużnikiem nie współdziała we właściwy sposób wierzyciel. Z tego względu należy w tej kwestii stosować art. 354 k.c.

Z przepisu art. 354 k.c. wynika, że wierzyciel powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Przepis ten stanowi w pewnym sensie odpowiednik ogólnej normy art. 56 k.c., dotyczącej treści stosunków prawnych wynikających z czynności prawnej, w której dla określenia treści czynności prawnej znajdują również zastosowanie oceny płynące z zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów⁵. Służy ochronie i zabezpieczeniu uzasadnionego interesu stron⁶.

Celem opracowania jest wykazanie, że z art. 354 k.c. można wywieść obowiązki pracownika, które nie wynikają wprost z przepisów Kodeksu pracy oraz analiza relacji między powinnościami pracownika, których podstawą jest art. 354 k.c. a wynikającymi z przepisów Kodeksu pracy, w tym z dbałością o dobro zakładu pracy. Przedstawione zostaną także konsekwencje prawne braku współdziałania ze strony pracownika-wierzyciela.

⁴ J. Stelina, *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis.

⁵ M. Safjan, *Komentarz do 354 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–449*¹⁰, Legalis; postanowienie SN z 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt I CSK 765/17, Legalis nr 1769913.

⁶ W. Borysiak, *Komentarz do 354 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis; A. Klein, *Skutki prawne braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1990, t. CLXXXVI, s. 146.

W niniejszym artykule odniesiono się jedynie do obowiązku pracownika współdziałania z pracodawcą jako dłużnikiem, pozostawiając obowiązek pracodawcy współdziałania z pracownikiem jako dłużnikiem do przedstawienia w odrębnym opracowaniu.

Treść obowiązku współdziałania z dłużnikiem

Podstawowym obowiązkiem, który spoczywa na wierzycielu przy wykonywaniu zobowiązania, jest współdziałanie z dłużnikiem⁷. Odnosi się on do wykonywania wszelkich obowiązków dłużnika, które składają się na zobowiązanie⁸. Stosowanie art. 354 k.c. do stosunków pracy oznacza, że pracownik i pracodawca są więc wzajemnie zobowiązani do współdziałania podczas wykonywania swoich obowiązków. Powinno ono odbywać się w taki sam sposób, w jaki dłużnik powinien wykonywać zobowiązanie, czyli przy uwzględnieniu kryteriów wskazanych w art. 354 § 1 k.c.⁹ Owe kryteria to zgodność z treścią zobowiązania, jego celem społeczno-gospodarczym oraz zasadami współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Współdziałanie wierzyciela z dłużnikiem jest rozumiane w piśmiennictwie i orzecznictwie jako zachowanie wierzyciela, bez którego spełnienie świadczenia przez dłużnika jest w ogóle niemożliwe lub nadmiernie utrudnione¹⁰. Wykonanie tego obowiązku leży więc w interesie wierzyciela, gdyż umożliwia lub przynajmniej ułatwia uzyskanie przysługującego mu świadczenia¹¹. Jednakże wskazywanie w piśmiennictwie prawa cywilnego i orzecznictwie na spoczywający na wierzycielu obowiązek lojalności lub obowiązek udzielenia dłużnikowi określonych informacji prowadzi do wniosku, że obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem jest interpretowany szerzej niż wynika to z ww. definicji w kierunku uznania – jak to ujął Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 11 stycznia 2018 r.¹² – że obowiązek „wykonywania

⁷ W. Borysiak, op. cit.

⁸ Ibidem; A. Klein, op. cit., s. 155–156.

⁹ W. Borysiak, op. cit.; wyrok SN z 22 listopada 2000 r., sygn. akt II CKN 315/00, Legalis nr 277346; wyrok SN z 6 lutego 2013 r., sygn. akt V CSK 162/12, Legalis nr 557945; J. Dąbrowa, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, t. III, cz. 1, seria: System Prawa Cywilnego, Wrocław 1981, s. 725.

¹⁰ W. Borysiak, op. cit.; A. Klein, op. cit., s. 155; J. Dąbrowa, op. cit., s. 725; wyrok SN z 25 listopada 1998 r., sygn. akt II CKN 60/98, Legalis nr 45345; wyrok SN z 25 lutego 2010 r., sygn. akt V CSK 297/09, Legalis nr 356584; wyrok SN z 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, Legalis nr 1213091; W. Warkalło, *Ogólne zasady wykonywania zobowiązań*, „Studia Prawnicze” 1973, nr 37, s. 54–56; wyrok SN z 6 lutego 2013 r., sygn. akt V CSK 162/12, Legalis nr 557945.

¹¹ G. Kozieł, *Komentarz do 354 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis; P. Machnikowski, *Komentarz do 354 KC*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis.

¹² I ACa 726/17, Legalis 1719977.

zobowiązania” spoczywa w zobowiązaniu także na wierzycielu. Jego istnienie służy ochronie i zabezpieczeniu uzasadnionego interesu obu stron stosunku zobowiązaniowego.

Przepisy Kodeksu cywilnego ustanawiają szczegółowe obowiązki współdziałania wierzyciela z dłużnikiem, polegające najczęściej na przyjęciu przedmiotu świadczenia, np. art. 535, 605, 613, 643, 647 k.c. Obowiązki współdziałania pracownika w roli wierzyciela wskazane są także w przepisach Kodeksu pracy, przykładowo: podanie numeru rachunku płatniczego (art. 22¹ § 3 pkt 5 k.p.), udokumentowanie przebiegu dotychczasowego zatrudnienia (art. 22 § 5 k.p.), przepisy dotyczące składania wniosków o urlop wypoczynkowy (art. 163 § 1 k.p.), urlop rodzicielski (art. 182^{1d} k.p.) czy wychowawczy (art. 186 § 7 k.p.), zachowanie w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę (art. 100 § 2 pkt 4 k.p.), przestrzeganie tajemnicy określonej w odrębnych przepisach (art. 100 § 2 pkt 5 k.p.).

W doktrynie prawa cywilnego, jak również w orzecznictwie, wskazuje się, że obowiązek współdziałania wierzyciela obejmuje zarówno element bierny, jak i czynny¹³, przy czym obecność tego drugiego zależy od właściwości zobowiązania, jeżeli współdziałanie czynne wierzyciela jest potrzebne¹⁴.

Element bierny to powstrzymywanie się od zachowań, które mogłyby utrudniać wykonanie zobowiązania (obowiązek nieprzeszkadzania dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków)¹⁵. W doktrynie prawa cywilnego do elementu biernego zalicza się także obowiązek lojalności wobec kontrahenta, a więc powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności we wzajemnych relacjach¹⁶. Jeśli zaś chodzi o relację obowiązku nieprzeszkadzania dłużnikowi do obowiązku lojalności, to owo nieprzeszkadzanie stanowi minimum lojalności obowiązujące wierzyciela w każdym zobowiązaniu¹⁷. Zasada lojalności jest definiowana także jako przede wszystkim poszanowanie znanego wierzycielowi interesu dłużnika i takie jego postępowanie, aby nie narażać dłużnika na szkodę lub zbędne wydatki, które

¹³ Ibidem.

¹⁴ M.in. wyrok SN z 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 112/12, Legalis nr 736737; wyrok SN z 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, Legalis nr 1213091.

¹⁵ G. Koziół, op. cit.; wyrok SA w Katowicach z 11 stycznia 2018 r., sygn. akt I ACa 726/17, Legalis nr 1719977; J. Rajski, W. Kocot, K. Zaradkiewicz, *Prawo kontraktów*, Warszawa 2002, s. 342; W. Borysiak, op. cit. i cyt. tam literatura; wyrok SN z 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 112/12, Legalis nr 736737; wyrok SN z 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt III CSK 243/12, Legalis nr 736789; P. Nazaruk, *Komentarz do 354 KC*, [w:] P. Nazaruk, J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Lex.

¹⁶ M. Safjan, op. cit.; podobnie: F. Błahuta, [w:] F. Błahuta i in. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1972, s. 849; wyrok SN z 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 112/12, Legalis nr 736737; wyrok SN z 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt III CSK 243/12, Legalis nr 736789; P. Machnikowski, op. cit.. Zob. też A. Szpunar, *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 16; wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., sygn. akt III CSK 119/10, Legalis nr 417546.

¹⁷ P. Machnikowski, op. cit.; zob. F. Błahuta, op. cit., s. 849.

nie musiałyby być przez niego ponoszone dla właściwego wykonania zobowiązania¹⁸. Przyjęcie innego założenia oznaczałoby naruszenie relacji ukształtowanej pomiędzy stronami i przyjęcie możliwości swobodnego naruszania zobowiązania przez wierzyciela bez istnienia jakiegokolwiek sankcji z tym związanej¹⁹. Z uwagi na bierny charakter obowiązku lojalności, wskazane wyżej postępowanie wierzyciela należy rozumieć jako powstrzymywanie się od pewnych zachowań. Wydaje się, że z uwagi na świadczenie pracy przez pracownika w sposób powtarzający się obowiązek lojalności pracownika jako wierzyciela w stosunku pracy należy rozumieć szeroko, jako powstrzymanie się od wszystkiego, co naruszałoby uczciwość i słuszość we wzajemnych relacjach, a nie tylko jako nieprzeszkadzanie w wykonywaniu poszczególnych obowiązków przez pracodawcę. Dlatego do biernego elementu obowiązku współdziałania wierzyciela, jakim jest zasada lojalności, należy powstrzymanie się pracownika od zachowań konkurencyjnych wobec pracodawcy, od ujawniania tajemnicy pracodawcy, dokonywania czynów nieuczciwej konkurencji. Są to szczegółowe obowiązki współdziałania wierzyciela z dłużnikiem. Obowiązek zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę wynika także wprost z przepisu art. 100 § 2 pkt 4 k.p., a przestrzegania tajemnicy określonej w odrębnych przepisach (np. tajemnicy bankowej z art. 104 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, t.j. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.) – z przepisu art. 100 § 2 pkt 5 k.p. Z kolei zakaz nieuczciwej konkurencji wprowadzono w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1913). Dodatkowo pracodawca i pracownik mogą uszczegółowić obowiązek powstrzymania się od działalności konkurencyjnej w zawartej umowie o zakazie konkurencji. Z zasady lojalności można wywieść także granice dozwolonej publicznej krytyki pracodawcy przez pracownika (prawo do *whistleblowingu*), w tym w mediach i portalach społecznościowych, zarówno w czasie pracy, jak i podczas jej nieświadczenia. Powyższe obowiązki należą do obowiązku współdziałania wierzyciela, mimo że trudno wskazać obowiązek pracodawcy, wobec którego przestrzeganie ww. obowiązków pracownika stanowiłoby nieprzeszkadzanie dłużnikowi. Służą zachowaniu zasad uczciwości i słuszości we wzajemnych relacjach.

W doktrynie prawa pracy prezentowany jest pogląd, że podjęcie przez pracownika działalności konkurencyjnej przy braku umowy o zakazie konkurencji stanowi naruszenie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy²⁰. Takie zdanie podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z 3 marca 2005 r.²¹ Wyrażane jest

¹⁸ „Nakaz zaoszczędzenia dłużnikowi zbędnych wydatków” – zob. A. Rembieleński, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, Warszawa 1989, s. 269; W. Borysiak, op. cit.

¹⁹ W. Borysiak, op. cit.

²⁰ Por. M. Skąpski, *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 2, s. 15; D. Dörre-Kolasa, *Komentarz do art. 101¹ KP*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Legalis.

²¹ I PK 263/04, OSNP 2005, Nr 21, poz. 337.

także odmienne stanowisko, zgodnie z którym art. 101¹ § 1 k.p. należy rozumieć w taki sposób, że powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej jest obowiązkiem pracowniczym tylko wówczas, gdy zostało ustalone w odrębnej umowie i nie jest obowiązkiem pracowniczym wynikającym bezpośrednio z przepisów prawa. W szczególności obowiązek pracownika powstrzymania się od działalności konkurencyjnej w czasie trwania zatrudnienia nie może być wywodzony z ogólnego obowiązku dbałości pracownika o dobro zakładu pracy²². Wedle zaś trzeciego poglądu nie można przyjąć, że podejmowanie działalności konkurencyjnej lub też świadczenie pracy dla konkurenta jest automatycznie równoznaczne z naruszeniem obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy, lecz wymaga indywidualnej oceny każdego konkretnego przypadku²³. Za takim wnioskiem przemawia w szczególności przyjmowany dotychczas sposób rozumienia obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy oraz odmiennosc dóbr chronionych na podstawie art. 100 § 2 pkt 4 k.p. oraz art. 101¹ k.p.²⁴ Niezależnie od przyjęcia jednego z powyższych stanowisk, podjęcie przez pracownika działalności konkurencyjnej przy braku umowy o zakazie konkurencji stanowi – jak przedstawiono to wcześniej – naruszenie obowiązku pracownika współdziałania z wierzycielem.

Obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy, określanej jako dbałość o zakład pracy, rozumiany przedmiotowo jako jednostka organizacyjna będąca miejscem pracy danego pracownika²⁵, należy do szczegółowych obowiązków współdziałania wierzyciela z dłużnikiem, a na jego treść składają się zarówno zachowania czynne, jak i bierne. W doktrynie i w orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy należy wiązać z nakazem powstrzymania się od wszystkiego, co mogłoby godzić w majątkowe i niemajątkowe interesy zakładu pracy²⁶. Autorka niniejszego artykułu podziela także pogląd, że obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy należy również wiązać z obowiązkiem nieszkodzenia pracodawcy. W procesie pracy pracownik, dbając o dobro zakładu pracy, dba też o dobro swojego pracodawcy, a zdarzenia godzące w dobro pracodawcy, zagrażają też dobru zakładu pracy²⁷. Obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem jest obowiązkiem szerszym niż dba-

²² J. Skoczyński, [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 429.

²³ Wyrok SN z 8 marca 2013 r., sygn. akt II PK 194/12, Legalis nr 695618 i jego uzasadnienie; wyrok SN z 20 sierpnia 2009 r., sygn. akt II PK 41/09, Legalis nr 274110 i jego uzasadnienie; M. Zieleniecki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2005 r., I PK 263/04*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2006, nr 2, s. 183–192; uzasadnienie wyroku SN z 8 marca 2013 r., sygn. akt II PK 194/12, Legalis nr 695618.

²⁴ Uzasadnienie wyroku SN z 8 marca 2013 r., sygn. akt II PK 194/12, Legalis nr 695618.

²⁵ Wyrok SN z 9 lutego 2006 r., sygn. akt II PK 160/05, OSNP 2007, Nr 1–2, poz. 4.

²⁶ Por. Z. Masternak, *Obowiązek pracowniczej staranności*, Warszawa 1976, s. 61–62 oraz A. Kijowski, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 651.

²⁷ Por. J. Czerniak-Swędzioł, *Glosa do wyroku SN z 9.2.2006 r., II PK 160/05*, OSP 2007, Nr 7–8, poz. 96.

łość o dobro zakładu pracy. Niektóre oczekiwane zachowania będą wypełniać zarówno oba obowiązki, podczas gdy inne – tylko jeden z nich. Na przykład obowiązek informowania o zmianie numeru rachunku bankowego nie należy do obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy, natomiast powstrzymanie się od nieuzasadnionej krytyki w wulgarnej formie można zakwalifikować zarówno do obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy²⁸, jak i obowiązku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem.

Kolejnymi szczegółowymi, biernymi obowiązkami pracownika współdziałania wierzyciela z dłużnikiem będzie powstrzymanie się od zachowań narażających pracodawcę na niewypełnienie obowiązków w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Jednakże te obowiązki należy wywieść przede wszystkim z podstawowego obowiązku pracownika, jakim jest przestrzeganie przepisów i zasad bhp, np. obowiązek poddania się badaniom bhp, obowiązek uczestniczenia w szkoleniu bhp (wynika on jednocześnie z obowiązku przestrzegania przepisów i zasad bhp przez pracownika, art. 100 § 2 pkt 3 i 211 k.p.).

Jak wskazano wyżej, powinnością wierzyciela jest przede wszystkim nieczynienie tego, co utrudniałoby dłużnikowi wykonanie zobowiązania. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Z kolei element czynnego działania może wynikać jedynie z wyraźnego brzmienia przepisu lub z właściwości świadczenia bądź umowy, jeżeli w braku współdziałania wierzyciela nie byłoby możliwe właściwe świadczenie przez dłużnika²⁹, np. obowiązek przyjęcia świadczenia, a więc odebrania zakupionej rzeczy albo zamówionego dzieła, obowiązek udzielenia wskazówek, wyjaśnień, informacji, wydania dokumentacji lub przekazania wiadomości poufnych, dopuszczenia do wykonania usługi³⁰.

Z właściwości stosunku pracy wynika, że znaczna część obowiązków pracownika jako wierzyciela ma charakter czynnego działania. Obowiązkiem pracownika jako wierzyciela jest obowiązek podania numeru konta do wypłaty wynagrodzenia oraz aktualizacja tej informacji w razie jego zmiany, a w przypadku gdy wynagrodzenie jest płatne do ręki – odbiór gotówki z kasy. Natomiast jeśli pracodawca, który otrzymał od pracownika aktualny i prawidłowy numer konta, opóźnia się z wypłatą wynagrodzenia/odprawy/ekwiwa-

²⁸ Zob. przykładowe orzeczenia Sądu Najwyższego: z 16 listopada 2006 r., sygn. akt II PK 76/06, OSNP 2007, Nr 21–22, poz. 312; z 28 sierpnia 2013 r., I PK 48/13, Legalis nr 830616; z 12 stycznia 2005 r., sygn. akt I PK 145/04, OSNP 2005, Nr 16, poz. 243; z 3 sierpnia 2016 r., sygn. akt I PK 227/15, Legalis nr 1514847.

²⁹ K. Osajda, *Komentarz do art. 354*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017; M. Safjan, op. cit.; W. Borysiak, op. cit.; wyrok SN z 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, Legalis nr 1213091; P. Nazaruk, op. cit.

³⁰ A. Ochanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 165; W. Borysiak, op. cit.; wyrok SN z 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt IV CSK 621/12, Legalis nr 741814; wyrok SN z 27 marca 2013 r., sygn. akt V CSK 112/12, Legalis nr 736737; wyrok SN z 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14, Legalis nr 1213091.

lentu po rozwiązaniu stosunku pracy, były pracownik nie ma obowiązku podejmowania z nim kontaktu w celu uzyskania zaległego wynagrodzenia i innych świadczeń w związku z rozwiązaniem stosunku pracy. Obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zobowiązania nie obejmuje bowiem obowiązku podejmowania z własnej inicjatywy wierzyciela kontaktu z dłużnikiem, który pozostaje w zwłoce ze spłatą zaległego świadczenia³¹.

Kolejny szczegółowy obowiązek to udokumentowanie okresów dotychczasowego zatrudnienia oraz tzw. okresów wliczalnych do stażu pracy, np. pracy w gospodarstwie rolnym w celu nabycia prawa do nagrody jubileuszowej, dodatku stażowego, prawa do kolejnego urlopu wypoczynkowego, prawa do urlopu wypoczynkowego w wyższym wymiarze. Dalej można wymienić uzyskanie właściwych dokumentów lub wypełnienie formularzy i ich niezwłoczne przedstawienie w celu uzyskania zwrotu od pracodawcy z tytułu poniesienia kosztów podróży służbowej, używania prywatnego samochodu w celach służbowych, używania i konserwacji własnej odzieży i obuwia roboczego czy narzędzi pracy. W sytuacji gdy przepisy obowiązujące u pracodawcy nie określają terminu na złożenie takich dokumentów, z obowiązku współdziałania z dłużnikiem wynika, że obowiązek ten należy zrealizować bez zbędnej zwłoki.

Do obowiązku współdziałania pracownika jako wierzyciela można zaliczyć także m.in.:

- obowiązek poddania się badaniom bhp, obowiązek uczestniczenia w szkoleniu bhp (wynika on jednocześnie z obowiązku przestrzegania przepisów i zasad bhp przez pracownika, art. 100 § 2 pkt 3 i 211 k.p.);
- składanie wniosków o urlop wypoczynkowy i korzystanie z urlopów wypoczynkowych, w tym zaległych, składanie wniosków do planu urlopów;
- niezwłoczne składanie wniosków przez pracownika – ojca wychowującego dziecko albo pracownika członka najbliższej rodziny, w sytuacjach określonych w art. 180 § 10 pkt 1 i § 11–13 i 15 k.p.;
- informowanie o zmianie miejsca zamieszkania;
- informowania o terminie zajęć przez pracownika, który podnosi kwalifikacje zawodowe, aby uzyskać zwolnienie, o terminie egzaminów, dla których ma dni wolne, w terminie umożliwiający realizację (art. 103¹ § 2 k.p.);
- zgłaszanie zamiaru ze skorzystania ze zwolnienia dla pracownika wychowującego dziecko z wyprzedzeniem (art. 188 k.p.), wyjąwszy sprawy nagłe;
- zgłaszanie z wyprzedzeniem rezygnacji z korzystania z urlopu rodzicielskiego (art. 182^{1d} § 3 k.p.);
- wykonywanie przez pracownika niepełnosprawnego badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także dokonywanie zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy poza godzinami pracy, jeżeli jest taka

³¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 15 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1337/12, Legalis nr 1049401.

możliwość (zob. art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 573).

Przedstawienie pracodawcy orzeczenia o niepełnosprawności, jeżeli pracownik zamierza skorzystać z uprawnień pracowników niepełnosprawnych, jest obowiązkiem pracownika współdziałania z wierzycielem. Co więcej, jeżeli pracownik, który uzyskał orzeczenie o niepełnosprawności, jest w takim stanie zdrowia, że zapewnienie przez pracodawcę bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ochrona jego życia i zdrowia wymaga od pracodawcy szczególnych przedsięwzięć, to poinformowanie o niepełnosprawności jest obowiązkiem pracownika współdziałania z wierzycielem, nawet jeśli pracownik nie zamierzał korzystać z uprawnień pracowników niepełnosprawnych. Bez takiej informacji pracodawca nie jest bowiem w stanie wypełnić obowiązku chronienia zdrowia i życia pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Z tych samych względów obowiązek informacyjny o stanie zdrowia spoczywa na: pracownicy zatrudnionej przy pracach wzbronionych kobietom w ciąży, która zajdzie w ciążę (zob. art. 179 § 1 k.p.), pracownicy, która zajdzie w ciążę i uzyska od lekarza informację o przeciwwskazaniach zdrowotnych do wykonywania dotychczasowej pracy (zob. art. 179 § 3 k.p.), pracownikowi, którego stan zdrowia uległ pogorszeniu w stopniu wpływającym na wykonywanie dotychczasowej pracy (zob. art. 230 § 1, art. 229 § 4 k.p.), pracownikowi, którego stan zdrowia pogorszył się w taki sposób, że istnieje prawdopodobieństwo dezaktualizacji orzeczenia lekarskiego wydanego po przeprowadzeniu profilaktycznego badania lekarskiego i w związku z tym konieczne jest przeprowadzenie kolejnego badania (art. 229 § 4 k.p.).

Konsekwencje prawne braku współdziałania przez wierzyciela

Artykuł 354 k.c. nie określa skutków prawnych niewykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązania. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej, dłużnikowi nie przysługuje możliwość przymusowego wyegzekwowania od wierzyciela obowiązku współdziałania (roszczenie w sensie procesowym)³².

Brak współdziałania wierzyciela zwykle jest kwalifikowany jako jego zwłoka, ze skutkami określonymi w art. 486 § 1 k.c. (w tym z obowiązkiem naprawienia szkody art. 486). Ponadto każdy przypadek braku niezbędnego współ-

³² P. Machnikowski, op. cit.; A. Olejniczak, *Komentarz do art. 354 KC* [w:] A. Olejniczak, A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. drugie, Warszawa 2014.

działania wierzyciela wyłącza możliwość uznania opóźnienia w spełnieniu świadczenia za zwłokę dłużnika, opóźnienie następuje tu bowiem z przyczyn, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności (art. 476 k.c.)³³. Stwarza także możliwość złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, jeżeli świadczenie ma przedmiot, który nadaje się do tego (art. 467 pkt 4 k.c.)³⁴. Pracodawca nie będzie w zwłoce, jeżeli wypłata wynagrodzenia będzie wynikać z braku informacji od pracownika o aktualnym numerze konta czy nagroda jubileuszowa zostanie wypłacona kilka lat później lub dodatek stażowy wypłacony z wyrównaniem za kilka lat wstecz (aż do upływu okresu przedawnienia) z uwagi na dostarczenie w trakcie trwania zatrudnienia dokumentów potwierdzających staż pracy czy np. pracę w gospodarstwie rolnym wliczaną do stażu pracy³⁵. Pracodawca ma także prawo złożenia do depozytu sądowego świadczeń nieodebranych przez pracownika czy byłego pracownika.

W prawie cywilnym podstawowym skutkiem braku współdziałania wierzyciela może być zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania, gdyż nie będą spełnione jej przesłanki³⁶. Jeżeli naruszenie przez wierzyciela obowiązku współdziałania stanowi współprzyczynę poniesionej przez wierzyciela szkody, uzasadnia to zmniejszenie zasądanego odszkodowania na podstawie art. 362 k.c.³⁷ Natomiast jeśli wskutek braku współdziałania wierzyciela świadczenie stało się niemożliwe do spełnienia, zobowiązanie wygasa (art. 475 § 1 k.c.). Sporne są jednak skutki niemożliwości świadczenia z przyczyn dotyczących wierzyciela w zobowiązaniu wzajemnym (większość doktryny opowiada się za stosowaniem art. 495 § 1 k.c., jednak zdaniem Alfreda Kleina dłużnik zachowuje roszczenie o świadczenie wzajemne³⁸). Dalsze skutki braku określonego współdziałania wierzyciela mogą wynikać z przepisów szczególnych, np. art. 549, 551, 640 k.c.).

W stosunkach pracy brak współdziałania pracownika jako wierzyciela nie zwalnia pracodawcy z obowiązku właściwego wykonania zobowiązania z wyjątkiem sytuacji, gdy bez tego współdziałania nie jest możliwe wykonanie zobowiązania, np. udzielenie urlopu rodzicielskiego bez wniosku pracownika, wypłacanie nagrody jubileuszowej po uwzględnieniu pracy w gospodarstwie

³³ G. Koziół, op. cit.; A. Klein, op. cit., s. 157 oraz P. Machnikowski, [w:] E. Łętowska (red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna*, t. 5, seria: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2013, s. 157.

³⁴ P. Machnikowski, op. cit.; A. Olejniczak, op. cit.

³⁵ Pracodawca nie będzie w zwłoce, ale należy zauważyć, że nagroda jubileuszowa jest wymagalna niezwłocznie po nabyciu do niej prawa i od tej chwili należą się odsetki, choćby pracownik później wykazał okoliczności stanowiące przesłanki uprawniające do nagrody, a pracodawcy nie można było przypisać winy w opóźnieniu (wyrok SN z 19 sierpnia 1999 r., I PKN 189/99, OSNP 2000, Nr 22, poz. 819).

³⁶ W. Borysiak, op. cit.; A. Klein, op. cit., s. 157; J. Dąbrowa, op. cit., s. 726.

³⁷ M. Safjan, op. cit.; P. Machnikowski, op. cit.

³⁸ A. Klein, op. cit., s. 157.

rolnym bez ich udokumentowania, umożliwienie korzystania z uprawnień pracowników niepełnosprawnych bez przedstawienia orzeczenia o niepełnosprawności. Obowiązki pracodawcy w znacznej mierze kształtuje bowiem ustawa. Umowa o pracę kreuje stosunek pracy, z którym ustawa łączy konkretne prawa i obowiązki stron³⁹.

Jednocześnie powstaje pytanie o związek niedopełnienia przez pracownika obowiązku współdziałania wierzyciela z takimi instytucjami prawa pracy, jak odpowiedzialność porządkowa, wypowiedzenie umowy o pracę czy rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia. Pracownik może ponieść odpowiedzialność porządkową, jeżeli nie dopełni obowiązku, który wynika z ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, np. nie rozliczy delegacji w terminie i w sposób wskazany przez pracodawcę. Z kolei w zależności od stopnia naruszenia obowiązku współdziałania wierzyciela i całokształtu okoliczności danej sprawy, może ono skutkować wypowiedzeniem umowy o pracę albo jej rozwiązaniem bez wypowiedzenia. Będą to przede wszystkim przypadki naruszenia obowiązku lojalności wobec pracodawcy, jak w przypadku sprawy będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, zakończonej wyrokiem z 9 lipca 2009 r.⁴⁰, w którym Sąd Najwyższy uznał, że pracodawca miał prawo oczekiwać określonego zachowania od pracownika ze względu na pracowniczy obowiązek lojalnego zachowania się względem pracodawcy, wynikający z szerszego obowiązku należytego współdziałania z pracodawcą przy wykonywaniu zobowiązania.

Zakończenie

Art. 354 k.c. należy zaliczyć do przepisów Kodeksu cywilnego, które znajdą zastosowanie do stosunku pracy. Zastosowanie tego artykułu do obowiązków pracownika jako wierzyciela umożliwia sformułowanie katalogu szczegółowych obowiązków usprawniających wzajemną relację między stronami stosunku pracy. Jednocześnie niektóre ze szczegółowych obowiązków pracownika współdziałania z pracodawcą jako dłużnikiem są wskazane w Kodeksie pracy bądź można je wywieść z kodeksowego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy. Obowiązek współdziałania jest przy tym szerszy niż dbałości o dobro zakładu pracy. Niezależnie od uznania, czy podjęcie działalności konkurencyjnej wobec pracodawcy stanowi naruszenie obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy, czy też nie jest takim naruszeniem, powstrzymanie się pracownika od zachowań konkurencyjnych wobec pracodawcy należy do biernego elementu obowiązku współdziałania, obok ujawniania tajemnicy pracodawcy

³⁹ L. Florek, *Ustawa i umowa prawie pracy*, Warszawa 2010, s. 65 i nast.

⁴⁰ II PK 46/09, Legalis nr 214120.

i dokonywania czynów nieuczciwej konkurencji. Z kolei z właściwości stosunku pracy wynika, że część szczegółowych obowiązków pracownika współdziałania z pracodawcą jako dłużnikiem ma charakter czynnego działania. Właściwość stosunku pracy przesądza także o tym, że brak współdziałania pracownika jako wierzyciela nie zwalnia pracodawcy z obowiązku właściwego wykonania zobowiązania z wyjątkiem sytuacji, gdy bez tego współdziałania nie jest możliwe wykonanie zobowiązania.

Wykaz literatury

- Błahuta F., [w:] F. Błahuta i in. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972.
- Borysiak W., *Komentarz do 354 KC*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Czerniak-Swędziół J., *Glosa do wyroku SN z 9.2.2006 r., II PK 160/05*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2007, Nr 7–8, poz. 96.
- Dąbrowa J., [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, t. III, cz. 1, seria: System Prawa Cywilnego, Ossolineum, Wrocław 1981.
- Dörre-Kolasa D., *Komentarz do art. 101¹ KP*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Florek L., *Ustawa i umowa prawie pracy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Kijowski A., [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Wyd. ABC, Warszawa 2005.
- Klein A., *Skutki prawne braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 1990, t. CLXXXVI.
- Kozieł G., *Komentarz do 354 KC*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis el.
- Lewandowski H., *Zasady prawa pracy*, [w:] E. Smoktunowicz, C. Kosikowski (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Białystok–Warszawa 2000.
- Machnikowski P., *Komentarz do 354 KC*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Masternak Z., *Obowiązek pracowniczej staranności*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1976.
- Nazaruk P., *Komentarz do 354 KC*, [w:] P. Nazaruk, J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Lex.
- Ohanowicz A., Górski J., *Zarys prawa zobowiązań*, PWN, Warszawa 1970.
- Olejniczak A., *Komentarz do 354 KC*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Lex.
- Osajda K., *Komentarz do art. 354*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Rajski J., Kocot W., Zaradkiewicz K., *Prawo kontraktów*, LexisNexis, Warszawa 2002.
- Rembieliński A., [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 1, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1989.
- Roszevska K., *Skutki sprzeczności przepisów kodeksu cywilnego z zasadami prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 2.

- Rycak A., *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Safjan M., *Komentarz do 354 KC*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: Art. 1–44910, C.H. Beck, Legalis.
- Salwa Z., *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, PWN, Warszawa 1996.
- Skąpski M., *Pracowniczy obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2001, nr 2.
- Skoczylński J., [w:] M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczylński, *Kodeks pracy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Stelina J., *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Szpunar A., *Charakter prawny wykonania zobowiązania*, „Rejent” 1998, nr 5.
- Świątkowski A.M., *Komentarz do art. 300 KP*, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, C.H. Beck, Legalis.
- Warkalło W., *Ogólne zasady wykonywania zobowiązań*, „Studia Prawnicze” 1973, nr 37.
- Zieleniecki M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2005 r., I PK 263/04*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2006, nr 2.
- Zieliński T., *Zarys wykładu prawa pracy. Część I ogólna*, UŚ, Katowice 1977.

Summary

The creditor's obligation to cooperate in the performance of an obligation, and the employee's obligations towards the employer in the employment relationship

Keywords: labour law, employment relationship, employer, employee, application of the provisions of the Civil Code to the employment relationship, the creditor's obligation to cooperate, employee's obligations, employer's obligations.

The origins of labour law, and the use of the structure of a contract between two parties result – in connection with the reference in art. 300 of The Labour Code – in the right to properly apply the provisions of the Civil Code to an employment relationship in matters not regulated by labour law, in the absence of contradiction with the principles of labour law. One such provision is art. 354 of the Civil Code. This provision states that the creditor should cooperate in the performance of the obligation, under its substance and in a manner complying with its social and economic purpose and the principles of community life, and if there is an established custom in this respect – also in a manner complying with this custom. The purpose of the article is to indicate what obligations of creditors are imposed on an employee regarding a debtor-employer. There is no doubt, however, that the obligation to cooperate also concerns an employer in connection with the creditor's rights. The employment relationship is a mutual obligation. Application of art. 345 of the Civil Code related to

the obligations of an employee as a creditor enables the formulation of a catalogue of detailed obligations to improve the mutual relationship between the parties to the employment relationship. Particular importance should be attached to the employee's duty of loyalty, understood as refraining from anything that would violate honesty and equity in mutual relations, which includes, *inter alia*, the employee refraining from any competitive behaviour towards the employer – from revealing the employer's secrets to committing acts of unfair competition.

Małgorzata Szalewska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0003-0092-0125

szalewska@wp.pl

Postępowanie skargowe w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych

Zagadnienia wprowadzające

Jednym z kluczowych aspektów gwarancji skutecznej ochrony danych osobowych jest stworzenie odpowiednich mechanizmów prawnych dających osobie, której dane dotyczą, pewność realizacji jej praw. W zamyśle prawodawcy unijnego jednym z tych mechanizmów jest przyznanie takiej osobie prawa do wniesienia skargi do organu nadzorczego¹, z jednoczesnym zastrzeżeniem obowiązku każdego państwa członkowskiego, by za monitorowanie stosowania rozporządzenia odpowiadał co najmniej jeden niezależny organ publiczny w celu ochrony podstawowych praw i wolności osób fizycznych w związku z przetwarzaniem oraz ułatwiania swobodnego przepływu danych osobowych w Unii. Zgodnie z art. 34 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie danych osobowych² na gruncie prawa polskiego organem tym jest prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych (dalej jako UODO)³. Pełni on funkcję: 1) organu właściwego w sprawie ochrony danych osobowych (art. 34 ust. 1 uodo), 2) organu nadzorczego w rozumieniu rozporządzenia (art. 34 ust. 2 uodo)⁴, 3) organu prowa-

¹ Por. art. 77 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L Nr 119), dalej jako rozporządzenie lub RODO.

² Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1781), dalej jako ustawa o ochronie danych osobowych lub uodo.

³ Prezes UODO *expressis verbis* stanowi organ nadzoru w rozumieniu rozporządzenia. Funkcje kontrolne nad przestrzeganiem przepisów o ochronie danych osobowych pełnią również inne organy publiczne, w tym m.in. prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Najwyższa Izba Kontroli czy Rzecznik Praw Obywatelskich.

⁴ Na temat pozycji organu nadzorczego zob. M. Abu Gholeh, *Pozycja ustrojowa organu nadzorczego ochrony danych osobowych na przykładzie Polski*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 4, s. 163 i nast., <http://dx.doi.org/10.15804/ppk.2019.04.09>.

dzącego postępowanie w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych (art. 60 uodo). Jednocześnie ustawodawca polski w rozdziale VII uodo, zatytułowanym „Postępowanie w sprawie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych”, uregulował wybrane zagadnienia proceduralne, odsyłając w pozostałym zakresie do stosowania kodeksu postępowania administracyjnego⁵ (art. 7 ust. 1 uodo). Prawodawca przesadził w ten sposób o administracyjnoprawnym trybie rozstrzygania spraw o naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych, podporządkowanym kodeksowej regulacji jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego. Zrealizowana została w ten sposób autonomia proceduralna państwa członkowskiego Unii Europejskiej, będąca podstawą samodzielnego kreowania przez prawodawcę krajowego odpowiednich procedur służących realizacji unijnego prawa materialnego. Jednocześnie należy podkreślić, że autonomia proceduralna państwa członkowskiego nie może być obecnie postrzegana w sposób bezwzględny. Jest ona bowiem warunkowana wymogiem ekwiwalentności (równoważności) oraz skuteczności prawa unijnego, uznawanymi za jej merytoryczny element⁶ oraz zasadą bezpośredniego skutku, zgodnie z którą przepisy prawa wspólnotowego o określonej charakterystyce wywołują skutek bezpośredni, w tym również w zakresie zagadnień proceduralnych⁷. Oznacza to, że postępowanie o naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych, prowadzone przez prezesa UODO, determinowane jest trzema poziomami przepisów prawa: przepisami proceduralnymi zawartymi w rozporządzeniu, przepisami proceduralnymi zawartymi w ustawie o ochronie danych osobowych oraz subsydiarnie, w zakresie nieuregulowanym we wcześniej wskazanych aktach prawnych, przepisami k.p.a. Celem dalszych rozważań jest ustalenie specyfiki postępowania uregulowanego w rozdziale VII uodo, ze szczególnym uwzględnieniem jego skargowego charakteru oraz odrębności determinowanych przepisami prawa unijnego⁸.

⁵ Dz.U. z 2021 r., poz. 735, dalej jako k.p.a.

⁶ Por. K. Łuczak, *Wpływ kodeksu postępowania administracyjnego UE na zasadę autonomii proceduralnej państw członkowskich*, [w:] J. Supernat, B. Kowalczyk (red.), *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, Warszawa 2017, s. 110–111; Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i sądowniczoadministracyjne a prawo europejskie*, Warszawa 2010, s. 25.

⁷ Zob. M. Wilbrandt-Gotowicz, *Zintegrowane z prawem Unii Europejskiej postępowania administracyjne*, Warszawa 2017, s. 234 i nast.

⁸ Poza przedmiotem dalszych rozważań pozostają kwestie rozstrzygnięć podejmowanych w sprawach ochrony danych osobowych przez inne organy administracji publicznej, takie jak np. prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów czy prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Zakres przedmiotowy i podmiotowy skargi do organu nadzorczego

Jak słusznie zauważa Grzegorz Sibiga, w administracyjnoprawnej ochronie danych osobowych kluczowe znaczenie ma powiązanie prawa osoby fizycznej do ochrony jej danych osobowych z funkcjonowaniem organu administracyjnego właściwego w sprawach ochrony danych osobowych, który – posługując się prawnymi formami działania, właściwymi dla administracji publicznej – zapewni realizację tego prawa⁹. W obowiązującym porządku prawnym mechanizmem ochrony interesu prawnego osoby, której dane dotyczą, jest m.in. możliwość wniesienia skargi do organu nadzorczego, który to korzystając z przysługującego mu władztwa administracyjnego, uprawniony jest do rozstrzygnięcia „sporu” między osobą, której dane dotyczą, a administratorem lub podmiotem przetwarzającym te dane, poprzez zastosowanie odpowiednich środków prawnych. Podstawę materialnoprawną prawa do skargi do organu nadzorczego stanowi art. 77 ust. 1 RODO. Prawo to zostało przyznane osobie, której dane dotyczą. Oznacza to, że skarga, o której mowa w tym przepisie, nie może zostać wniesiona w interesie ogólnym (*actio popularis*) lub w celu ochrony praw innych osób. Przedmiotem skargi jest przetwarzanie danych osobowych skarżącego z naruszeniem przepisów rozporządzenia. Jak wynika z motywu 141 RODO, prawo do skargi jest determinowane naruszeniem uprawnień skarżącego wynikających z przepisów rozporządzenia. Będą to w szczególności prawa podmiotu, których dane dotyczą, uregulowane w rozdziale III RODO. W literaturze zwraca się jednak uwagę na możliwość objęcia skargą każdego naruszenia przepisów rozporządzenia, jeśli odnosi się ono do danych osobowych skarżącego¹⁰. Należy podzielić pogląd, że w zakresie naruszenia przepisów rozporządzenia mieścić się będą również naruszenia aktów delegowanych i wykonawczych przyjętych na jego mocy oraz przepisy państwa członkowskiego doprecyzowujące rozporządzenie¹¹. Wniosek taki wynika pośrednio z motywu 146 rozporządzenia, który odnosi się do prawa do odszkodowania, ale – wnioskując *a maiore ad minus* – należy przyjąć, że skoro wskazane naruszenia uznawane są za równoważne z naruszeniem rozporządzenia w odniesieniu do prawa do odszkodowania, to tym bardziej za takie należy je uznać, określając zakres przedmiotowy skargi do organu nadzorczego. Nie może z drugiej strony stanowić przedmiotu skargi jakiegokolwiek naruszenie przepisów

⁹ G. Sibiga, *Skarga do organu nadzorczego oraz jej rozpatrzenie według ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Postępowanie w przedmiocie skargi osoby, której dane dotyczą*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2017, nr 4, s. 6.

¹⁰ R. Jay, *Guide to the General Data Protection Regulation, A Companion to Data Protection Law and Practice*, 4th edition, London 2017, s. 287, cyt. za G. Sibiga, op. cit., s. 7.

¹¹ J. Łuczak, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex.

rozporządzenia, jeżeli nie ma ono bezpośredniego związku z przetwarzaniem danych osobowych podmiotu skarżącego¹². Zostaje w ten sposób wyraźnie zaakcentowana podstawowa funkcja skargi do organu nadzorczego – funkcja ochronna i gwarancyjna. Należy jednocześnie podkreślić, że naruszenie prawa konstytuujące skargę do organu nadzorczego ma charakter subiektywny. Prawo do wniesienia skargi zostało bowiem powiązane z odczuciem osoby skarżącej, jej przekonaniem czy też uznaniem co do potencjalnego naruszenia. Wiążące ustalenie tej okoliczności stanowić będzie przedmiot postępowania wyjaśniającego organu nadzorczego.

Zakres podmiotowy skargi o naruszenie prawa ochrony danych osobowych wyznacza z jednej strony osoba skarżącego, a z drugiej podmiot, który w ocenie tegoż skarżącego dopuścił się naruszenia prawa w związku z przetwarzaniem jego danych osobowych. Jak już wcześniej wskazano, skarżącym może być wyłącznie osoba, której dane dotyczą. Ze względu na istotę danych osobowych oraz podmiotowy zakres ochrony udzielonej na mocy rozporządzenia, skarżącym będzie zawsze osoba fizyczna. Z kolei podmiotem, którego działania lub zaniechania są przedmiotem skargi, jest przede wszystkim administrator danych oraz podmiot przetwarzający dane (procesor). Może to być więc osoba fizyczna, osoba prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot.

Wszczęcie postępowania

Prawo do wniesienia skargi do organu nadzorczego jest prawem podmiotowym przysługującym osobie, której dane dotyczą. Skarga ta stanowi bezpośredni środek prawny ochrony indywidualnego interesu skarżącego¹³, pozostający w jego wyłącznej dyspozycji. Oznacza to, że uprawnionym do wniesienia skargi, a tym samym wszczęcia postępowania skargowego, jest osoba fizyczna, której dane dotyczą i która uważa, iż zostały naruszone przepisy prawa odnoszące się do ochrony tych danych, a samo postępowanie skargowe jest postępowaniem wszczynanym na wniosek. W ujęciu procesowym skarga stanowi podanie w rozumieniu art. 63 k.p.a. Zgodnie z przepisami k.p.a. skarga (podanie) powinna zawierać co najmniej wskazanie osoby, od której pochodzi, jej adres i żądanie oraz czynić zadość innym wymaganiom ustalonym w przepisach szczególnych (art. 63 § 2 k.p.a.). Należy wskazać, że przepisy rozporządzenia oraz ustawy o ochronie danych osobowych nie określają żadnych dodatkowych wymogów formalnych co do treści skargi. Jednocześnie należy przyjąć, że ze względu na przedmiot sprawy żądanie o którym

¹² G. Sibiga, op. cit., s. 7.

¹³ M. Błażewski, [w:] M. Błażewski, J. Behr, *Środki prawne ochrony danych osobowych*, seria E-monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 124, Wrocław 2018, s. 38.

mowa w art. 63 § 2 k.p.a., powinno wskazywać co najmniej podmiot, który w ocenie skarżącego dopuścił się naruszenia, sposób tego naruszenia oraz określenie działań, których domaga się wnoszący skargę (np. sprostowanie danych, usunięcie danych)¹⁴. W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że sformułowanie żądania w sprawach wszczynanych na wniosek stanowi wyłączone uprawnienie strony i organ, do którego kierowane jest podanie, nie może we własnym zakresie żądania tego modyfikować¹⁵. Żądanie zawarte w skardze na naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych nie może natomiast dotyczyć nałożenia kary administracyjnej. Kara ta, stanowiąc bowiem sankcję administracyjną za naruszenie obowiązujących przepisów prawa, nakładana jest z urzędu przez organ administracji publicznej i pozostaje do wyłącznej dyspozycji tegoż organu. Skarżący nie może domagać się również ustalenia przez organ na jego rzecz odszkodowania, gdyż zgodnie z art. 93 uodo w związku z art. 82 RODO do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych zastrzeżona została droga sądowa.

Wszczęcie postępowania administracyjnego zainicjowanego skargą następuje od dnia doręczenia organowi skargi, chyba że skarga nie spełnia wymogów formalnych podania, a wnioskodawca nie usunął braków w terminie wskazanym przez organ. Zgodnie z art. 61a k.p.a. organ, do którego wpłynęła skarga (prezes UODO), odmawia wszczęcia postępowania, gdy skarga została wniesiona przez osobę niebędącą stroną lub z innych uzasadnionych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte¹⁶. Oznacza to, że organ odmówi wszczęcia postępowania w trybie wnioskowym m.in. w przypadku, gdy skarga zostanie wniesiona przez osobę, której nie dotyczą dane przetwarzane niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 57 ust. 4 RODO organ nadzorczy może odmówić podjęcia żądanych działań, jeżeli żądanie jest w sposób oczywisty nieuzasadnione lub nadmierne, w szczególności ze względu na swą powtarzalność. Autorka niniejszego artykułu uważa, że okoliczność wskazana w tym przepisie stanowić będzie inną uzasadnioną przyczynę niemożności wszczęcia postępowania, o której mowa w art. 61a ust. 1 k.p.a.

Odmowa wszczęcia postępowania na wniosek następuje w formie postanowienia, na które zgodnie z art. 7 ust. 3 uodo nie przysługuje zażalenie. Przepis ten stanowi *lex specialis* wobec art. 61a ust. 2 k.p.a. Postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania jest natomiast zaskarżalne do sądu administracyjnego, co wynika wprost z art. 7 ust. 4 uodo.

Wszczęcie postępowania administracyjnego przed prezesem UODO pociąga za sobą obowiązek zawiadomienia o tym postępowaniu wszystkich jego stron. Nie ulega wątpliwości, że status strony w postępowaniu będzie posiadał

¹⁴ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 26 maja 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 554/20, CBOSA.

¹⁵ Zob. wyrok NSA z 18 października 2016 r., sygn. akt II GSK 905/15, CBOSA.

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 27 listopada 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 1542/20, CBOSA.

administrator lub inny podmiot, wobec którego sformułowano zarzuty naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych.

Udział organizacji społecznej w postępowaniu

W celu zwiększenia skuteczności indywidualnej ochrony osób, których dane dotyczą, przed naruszeniem przepisów o ochronie danych, zarówno prawodawca unijny, jak i krajowy w istotny sposób zmodyfikował udział organizacji społecznych w postępowaniu administracyjnym przed prezesem UODO. Na poziomie RODO wprowadzono rozwiązanie, zgodnie z którym osoba, której dane dotyczą, ma prawo umocować podmiot, organizację lub zrzeszenie do wniesienia w jej imieniu skargi oraz wykonywania w jej imieniu praw, o których mowa w art. 77 RODO. Należy w związku z tym przyjąć, że na mocy przepisów RODO rozszerzony został, określony w art. 33 ust. 1 k.p.a., katalog podmiotów posiadających zdolność bycia pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu administracyjnym. Zgodnie bowiem z tym przepisem w postępowaniu administracyjnym prowadzonym na podstawie przepisów k.p.a., pełnomocnikiem strony może być osoba fizyczna posiadająca zdolność do czynności prawnych. W przypadku postępowań administracyjnych prowadzonych w sprawach skarg, o których mowa w art. 77 RODO, skarżący (wnioskodawca) może udzielić pełnomocnictwa podmiotom, o których mowa w art. 80 ust. 1 RODO. Zgodnie z tym przepisem umocowanym do reprezentowania skarżącego może być podmiot, organizacja lub zrzeszenie, które spełnia łącznie następujące warunki: 1) nie ma charakteru zarobkowego, 2) zostało należycie ustanowione zgodnie z prawem państwa członkowskiego, 3) ma cele statutowe leżące w interesie publicznym, 4) działa w dziedzinie ochrony praw i wolności osób, których dane dotyczą, w związku z ochroną ich danych osobowych¹⁷.

Zagadnienie udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym zainicjowanym skargą, o której mowa w art. 77 RODO, uregulowane zostało również w ustawie o ochronie danych osobowych. Zgodnie z art. 61 uodo organizacja społeczna, o której mowa w art. 31 § 1 k.p.a., może również występować w postępowaniu za zgodą osoby, której dane dotyczą, w jej imieniu i na jej rzecz. Sensu regulacji zawartej w tym przepisie nie można upatrywać w powieleniu rozwiązań przyjętych na gruncie art. 80 ust. 1 RODO. Przyjmując założenie racjonalnego ustawodawcy oraz zasadę bezpośredniego stosowania w porządku krajowym przepisów rozporządzeń unijnych, należy dokonać takiej wykładni art. 61 uodo, w wyniku której uchwycona zostanie różnica przyjętych rozwiązań, przy jednoczesnej zgodności regulacji krajowej z treścią rozporządzenia. Realizując te założenia – w ocenie autorki niniejszego artyku-

¹⁷ J. Łuczak, *Komentarz do art. 80*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), op. cit.

lu – należy przyjąć, że istota treści art. 61 uodo odnosi się do trzech kwestii: 1) rozszerzenia katalogu podmiotów działających w imieniu i na rzecz osoby której dane dotyczą, 2) uproszczonej formy umocowania tych podmiotów, 3) odwołania się do ogólnych uprawnień organizacji społecznych w postępowaniu administracyjnym, kształtowanych przepisami k.p.a. Określając krąg podmiotów uprawnionych do działania w imieniu i na rzecz osób, których dane dotyczą, na podstawie ich zgody, ustawodawca *expressis verbis* odwołał się do kategorii organizacji społecznej, o której mowa w art. 31 § 1 k.p.a. Zgodnie z definicją legalną, zawartą w art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a., pod pojęciem organizacji społecznej rozumie się organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne. Ponadto art. 31 § 1 k.p.a. dookreśla legitymację organizacji społecznej w zakresie uprawnień kształtowanych tym przepisem, poprzez wprowadzenie wymogu uzasadnienia podjętych działań celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny, przy czym wymogi te muszą być spełnione łącznie. Tak ukształtowana legitymacja organizacji społecznej do występowania w imieniu i na rzecz osób, których dane dotyczą, w istotny sposób odbiega od rozwiązań przyjętych w art. 80 ust. 1 RODO. W szczególności na gruncie prawa krajowego nie został wprost sformułowany wymóg niezarobkowego charakteru takiej organizacji oraz wymóg działania w dziedzinie ochrony praw i wolności osób, których dane dotyczą, w związku z ochroną ich danych osobowych. Ustawodawca krajowy odstąpił również od sformalizowanego wymogu udzielenia organizacji pełnomocnictwa na rzecz wyrażenia zgody na działanie organizacji społecznej w imieniu i na rzecz skarżącego. Brak jest racjonalnych argumentów przemawiających za utożsamieniem zgody, o której mowa w art. 61 uodo, z pełnomocnictwem w rozumieniu art. 33 k.p.a. W szczególności brak jest podstaw do żądania przez organ sporządzonego w formie pisemnej lub elektronicznej dokumentu zawierającego zgodę czy żądania urzędowo uwierzytelnionej kopii takowego dokumentu. Szczególnie istotnym elementem treści art. 61 uodo jest odwołanie się ustawodawcy do rozwiązań dotyczących udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym przyjętych w k.p.a. Wskazanie przez ustawodawcę, że organizacja, o której mowa w art. 31 § 1 k.p.a., może również (!) występować w postępowaniu za zgodą osoby, której dane dotyczą, w jej imieniu i na jej rzecz, w sposób jednoznaczny przesądza, iż wolą ustawodawcy było rozszerzenie uprawnień organizacji społecznej w tym postępowaniu względem uprawnień wynikających z przepisów k.p.a., przy jednoczesnej pełnej akceptacji tych form uczestnictwa organizacji społecznej, które uregulowane są w k.p.a. Zgodnie z art. 31 § 1 k.p.a. organizacja społeczna może w sprawie dotyczącej innej osoby występować z żądaniem: 1) wszczęcia postępowania, 2) dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny. We wskazanych przypadkach organizacja społeczna uczestniczy w postępowaniu administracyjnym

jako podmiot na prawach strony, reprezentując w tych postępowaniach interes publiczny. Należy jednocześnie zwrócić uwagę na fakt, że uwzględnienie przez organ administracyjny żądania organizacji społecznej wszczęcia postępowania administracyjnego powoduje wszczęcie tego postępowania przez organ z urzędu (art. 31 § 2 k.p.a.). W doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że w związku z tym żądanie przez organizację społeczną wszczęcia postępowania w sprawie dotyczącej innej osoby może co do zasady dotyczyć wyłącznie spraw, które mogą zostać wszczęte z urzędu¹⁸, a do takich nie zalicza się analizowanego postępowania skargowego. W przypadku wystąpienia szczególnie ważnego interesu strony organ może skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 61 § 2 k.p.a. i wszcząć z urzędu postępowanie. W tym przypadku organ zobowiązany jest uzyskać w toku postępowania zgodę strony na jego prowadzenie, a w razie nieuzyskania zgody postępowanie umorzyć.

Ponadto zgodnie z art. 31 § 5 k.p.a. organizacja społeczna, która nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, może za zgodą organu administracji publicznej przedstawić temu organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego.

Postępowanie wyjaśniające

Model postępowania wyjaśniającego w sprawie rozpatrzenia skargi osoby fizycznej na naruszenie zasad przetwarzania danych osobowych podporządkowany jest ogólnym zasadom jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, w tym w szczególności zasadzie prawdy obiektywnej i zasadzie oficjalności. Z zasad tych wynika bezpośrednio obowiązek organu administracji publicznej (prezes UODO) do podejmowania z urzędu wszelkich czynności procesowych zmierzających do wszechstronnego i wnikliwego ustalenia stanu faktycznego oraz właściwego zastosowania obowiązujących norm prawnych. To po stronie organu administracji publicznej jest inicjatywa w podejmowaniu odpowiednich i właściwych środków dowodowych. Organ ponadto zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób pogłębiający zaufanie obywateli do organów państwa. Jak słusznie zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, realizując tą zasadę, organ zobowiązany jest przede wszystkim dokładnie wyjaśnić okoliczności sprawy, konkretnie ustosunkować się do żądań i twierdzeń strony skarżącej oraz uwzględnić w decyzji zarówno interes społeczny, jak i słuszny interes strony skarżącej¹⁹.

¹⁸ J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 215.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt II SA/Wa 1874/20, CBOSA.

W celu pełnej realizacji zasady prawdy obiektywnej ustawa o ochronie danych osobowych dopuszcza możliwość przeprowadzenia w toku postępowania administracyjnego dodatkowego postępowania kontrolnego. Jak wynika z treści art. 68 ust. 1 uodo, postępowanie kontrolne ma charakter subsydiarny i determinowane jest koniecznością uzupełnienia dowodów. Rozwiązanie to stanowi dodatkową procesową gwarancję uprawnień organu nadzorczego określonych w RODO. Zgodnie z tym aktem każdemu organowi nadzorczemu przysługują wymienione w art. 58 ust. 1 RODO uprawnienia w zakresie prowadzonych postępowań, w tym uzyskiwanie od administratora i podmiotu przetwarzającego dostępu do wszelkich danych osobowych i wszelkich informacji niezbędnych organowi nadzorczemu do realizacji swoich zadań oraz uzyskiwanie dostępu do wszystkich pomieszczeń administratora i podmiotu przetwarzającego, w tym do sprzętu i środków służących do przetwarzania danych, zgodnie z procedurami określonymi w prawie unijnym lub w prawie państwa członkowskiego. Na uwagę zasługuje fakt, że postępowanie kontrolne, o którym mowa w art. 68 ust. 1 uodo, stanowi odrębne postępowanie administracyjne, uregulowane w rozdziale 9 uodo, do którego nie stosuje się przepisów k.p.a.

Specyfika postępowania administracyjnego zainicjowanego skargą zainteresowanego podmiotu na naruszenie zasad przetwarzania danych osobowych wymaga odpowiedniego wyważenia interesów stron tegoż postępowania, tj. skarżącego i administratora danych, w szczególności w sferze bezpieczeństwa informacyjnego. Dlatego też ustawodawca w art. 58 uodo przyznał stronom prawo zastrzeżenia informacji, dokumentów lub ich części zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawianych prezesowi UODO. Zastrzeżenie to jest skuteczne i wiążące od momentu jego złożenia. Przyjęcie zasady bezpośredniej skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozbawia prezesa UODO kompetencji w zakresie merytorycznej oceny zastrzeżenia. Zgodnie art. 58 ust. 3 uodo prezes UODO może uchylić zastrzeżenie w drodze decyzji, jeżeli uzna, że informacje, dokumenty lub ich części nie spełniają przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Przesłanki te, w ocenie autorki, należy analizować w oparciu o legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 4 pkt 17 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁰ w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczegó-

²⁰ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r., poz. 275), dalej uokik lub ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

²¹ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913).

nym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności²². Potrzeba ochrony tajemnicy przedsiębiorcy uzasadnia ponadto przyznanie przedsiębiorcy, będącemu stroną postępowania administracyjnego, uprawnienia do złożenia wniosku o ograniczenie wglądu do akt dla stron postępowania. O odmowie umożliwienia stronie przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii i odpisów, uwierzytelnienia takich kopii i odpisów lub wydania uwierzytelnionych odpisów rozstrzyga organ prowadzący postępowanie w drodze postanowienia, na które zgodnie z art. 7 ust. 3 uodo nie przysługuje zażalenie. Prezes UODO wydaje przedmiotowe postanowienie w przypadku, gdy udostępnienie informacji i dokumentów grozi ujawnieniem tajemnic prawnie chronionych albo ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli o ograniczenie wglądu do akt dla stron postępowania wnosi przedsiębiorca, od którego informacja pochodzi.

Instrumentem procesowym służącym z kolei zabezpieczeniu interesów skarżącego jest czasowe ograniczenie przetwarzania danych osobowych. Zabezpieczenie to udzielane jest na czas trwania postępowania administracyjnego w sytuacji, gdy: 1) w toku postępowania zostanie uprawdopodobnione, że przetwarzanie danych osobowych narusza przepisy o ochronie danych osobowych, 2) dalsze przetwarzanie danych osobowych może spowodować poważne i trudne do usunięcia skutki, 3) ograniczenie przetwarzania danych ma na celu zapobieżenia tym skutkom. O ograniczeniu przetwarzania danych osobowych rozstrzyga prezes UODO w formie postanowienia, przy czym kompetencja w tym zakresie oparta jest na uznaniu administracyjnym. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, zobowiązanie do ograniczenia przetwarzania danych osobowych, o którym mowa w art. 70 uodo, „charakteryzowane jest jako uprawnienie o szczególnym, zabezpieczającym charakterze, wywołujące skutki w ograniczonym czasowo zakresie, służące do doraźnej i natychmiastowej interwencji w sytuacji realnego zagrożenia wystąpienia poważnych i trudnych do usunięcia skutków w następstwie dalszego przetwarzania danych osobowych z naruszeniem przepisów o ochronie danych osobowych”²³. Celem postanowienia zabezpieczającego jest prewencja, zapobieżenie sytuacji, w której – mimo powzięcia przez organ nadzorczy prowadzący postępowanie uzasadnionego przypuszczenia, że trwające przetwarzanie danych ma miejsce z naruszeniem przepisów o ich ochronie – przetwarzanie to

²² Szerzej na temat tajemnicy przedsiębiorstwa zob.: S. Hoc, *Nowe prawo Unii Europejskiej w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2019, nr 1, s. 94 i nast.; M. Kołecki, J.E. Nowicki, *Tajemnica przedsiębiorstwa*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2018, nr 2, s. 21 i nast.

²³ Postanowienie WSA w Warszawie z 16 czerwca 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 979/20, CBOSA.

będzie kontynuowane, pomimo przewidywanych poważnych i względnie trwałych skutków naruszenia²⁴.

Termin załatwienia sprawy

Jednym z istotnych determinantów skuteczności środków ochrony prawnej jest szybkość ich zastosowania. W przypadku środków prawnych o charakterze korygującym szczególnie istotna jest zbieżność czasowa między dopuszczeniem się naruszenia prawa a podjęciem przez odpowiednią instytucję działań niwelujących to naruszenie lub stanowiących sankcję za naruszenie. Na gruncie postępowania administracyjnego idea ta znajduje odzwierciedlenie w zasadzie szybkości postępowania, zgodnie z którą organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, posługując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia. Instrumentami realizacji zasady szybkości postępowania administracyjnego są, określone w art. 35 k.p.a. terminy załatwienia sprawy administracyjnej. Zgodnie z tym przepisem sprawy administracyjne powinny być załatwiane niezwłocznie, a gdy ich załatwienie wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego – nie później niż w terminie miesiąca, chyba że sprawa jest szczególnie skomplikowana, gdyż wówczas termin maksymalny załatwienia sprawy wynosi dwa miesiące. Zgodnie z art. 35 § 4 k.p.a. przepisy szczególne mogą określać inne terminy załatwienia sprawy. W przypadku postępowania w sprawie skargi na naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych powstaje pytanie, czy takim przepisem szczególnym jest art. 78 ust. 2 RODO. Zgodnie z tym przepisem osoba, której dane dotyczą ma prawo do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem, jeżeli organ nadzorczy nie rozpatrzył skargi lub nie poinformował osoby, której dane dotyczą, w terminie trzech miesięcy o postępach lub efektach rozpatrywania skargi wniesionej zgodnie z art. 77 RODO. Uprawnienie określone w przytoczonym przepisie stanowi jeden z istotnych elementów, zagrożonego przez prawodawcę unijnego, prawa do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem przeciwko organowi nadzorczemu. Prawo to zostało przyznane osobie, której dane dotyczą, jako gwarancja skutecznej ochrony praw określonych w rozporządzeniu. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wskazany w tym przepisie termin trzech miesięcy stanowi termin, o którym mowa w art. 35 § 4 k.p.a., tj. termin załatwienia sprawy²⁵. Pogląd taki wyrażają również m.in. Grzegorz Sibiga²⁶ i Paweł Fajgielski²⁷.

²⁴ I. Bogucka, [w:] D. Lubasz (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2019, Lex, komentarz do art. 70 uodo.

²⁵ Por. wyrok WSA z 5 marca 2021 r., sygn. akt II SAB/Wa 617/20, CBOSA.

²⁶ G. Sibiga, op. cit., s. 12.

²⁷ P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 631.

Autorka niniejszego artykułu uważa, że stanowisko to jest błędne. Przepis art. 78 RODO odnosi się do instytucji sądowej kontroli działalności organów nadzorczych, podejmowanej w związku z wniesieniem skargi przez podmiot, którego dane dotyczą. Określony w tym przepisie termin ma charakter gwarancyjny i determinuje prawo osoby, której dane dotyczą do skorzystania ze środków ochrony sądowej wobec opieszałości organów nadzoru. Nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjęcia, że termin ten modyfikuje ogólne terminy załatwienia sprawy administracyjnej określone w k.p.a., tym bardziej iż dotyczy on tylko jednego z uczestników tego postępowania, tj. skarżącego. Przepis ten w żadnym stopniu nie odnosi się do pozostałych stron tegoż postępowania (np. administratora danych), którzy mogą być zainteresowani szybkim zakończeniem postępowania administracyjnego, np. w związku z wydaniem postanowienia ograniczającego przetwarzanie danych. Ponadto przyjęcie, że z treści art. 78 ust. 2 RODO wynika odmienny od kodeksowego termin załatwienia sprawy oznaczałoby, że dopiero po upływie tego terminu stronom przysługuje prawo do skorzystania z administracyjnych środków zwalczania bezczynności organu, czyli ponaglenia. Zgodnie z art. 37 § 1 pkt 1 k.p.a. stronie służy prawo do wniesienia ponaglenia, jeżeli nie załatwiono sprawy w terminie określonym w art. 35 lub przepisach szczególnych. Z kolei art. 78 ust. 2 RODO wyraźnie wskazuje, że gwarantowane w tym przepisie prawo do sądowej ochrony przed opieszałością organów nadzoru przysługuje bez uszczerbku dla innych administracyjnoprawnych środków ochrony. Dlatego brak jest przepisów szczególnych, w rozumieniu art. 35 § 4 k.p.a., regulujących termin załatwienia sprawy administracyjnej, zainicjowanej skargą osoby, której dane dotyczą. Oznacza to, że prezes UODO powinien rozstrzygnąć tę sprawę niezwłocznie, nie później niż w terminie miesiąca, a gdy jest ona szczególnie skomplikowana – nie później niż w terminie 2 miesięcy. Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art. 68 ust. 2 uodo do terminu załatwienia sprawy nie wlicza się okresu postępowania kontrolnego, o którym mowa w art. 68 ust. 1 uodo. W przypadku niezałatwienia sprawy we wskazanym terminie na organie prowadzącym postępowanie ciąży obowiązek informacyjny określone w art. 36 k.p.a. i art. 62 uodo. Zgodnie z tymi przepisami o każdym przypadku niezałatwienia sprawy w terminie organ administracji publicznej jest obowiązany zawiadomić strony, podając przyczyny zwłoki, wskazując nowy termin załatwienia sprawy oraz pouczając o prawie do wniesienia ponaglenia, a także zobowiązany jest poinformować strony o stanie sprawy i przeprowadzonych w jej toku czynnościach. Obowiązek ten odnosi się do wszystkich stron postępowania, a nie tylko do skarżącego, który postępowanie to zainicjował.

Sposoby rozstrzygnięcia sprawy

Przyjęcie przez ustawodawcę krajowego administracyjnoprawnego trybu rozpatrywania skarg na naruszenie prawa w zakresie przetwarzania danych osobowych, poprzez odwołanie się do przepisów k.p.a., przesądza o formie decyzji administracyjnej, jako aktu rozstrzygającego sprawę administracyjną, zainicjowaną tą skargą. Zgodnie z ogólnymi zasadami rozstrzygania spraw administracyjnych w trybie przepisów k.p.a., decyzje administracyjne rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. Oznacza to, że co do zasady każde postępowanie administracyjne kończy się wydaniem decyzji administracyjnej, przy czym decyzja ta może rozstrzygać sprawę administracyjną, będącą przedmiotem postępowania co do jej istoty (decyzja merytoryczna) lub w inny sposób zakończyć postępowanie w sprawie (decyzja formalna). Decyzja administracyjna jest aktem stosowania prawa. Stanowi ona „władcze działanie prawne organu administracji skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawych”²⁸. Merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej odnosi się do jej przedmiotu, który w przypadku postępowań wszczynanych na wniosek strony wyznaczony jest treścią żądania skierowanego do organu administracji publicznej. Przedmiotem analizowanego postępowania jest żądanie ochrony praw podmiotu, którego dane są przetwarzane, przed naruszeniem przepisów prawa w zakresie przetwarzania danych osobowych skarżącego. Oznacza to, że merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, w której toczy się postępowanie, odnosić się będzie do zasadności skargi. Okolicznością faktyczną, determinującą to rozstrzygnięcie, będzie stwierdzenie przez organ prowadzący postępowanie, zaistnienia naruszenia prawa. W przypadku stwierdzenia przez organ, że doszło do naruszenia prawa, organ uznaje skargę za zasadną i jednocześnie rozstrzyga o żądaniach skarżącego w zakresie działań zmierzających do usunięcia naruszenia prawa. Zgodnie z art. 58 ust. 2 lit. c RODO każdemu organowi nadzorczemu przysługuje uprawnienie do nakazania administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu spełnienia żądania osoby, której dane dotyczą, wynikającego z praw przysługujących jej na mocy rozporządzenia. Jednocześnie niezależnie od żądania skarżącego, prezesowi UODO – jako organowi nadzorczemu w rozumieniu RODO – przysługują pozostałe uprawnienia naprawcze określone w art. 58 ust. 2 RODO. Oznacza to, że niezależnie od żądania skarżącego organ, rozstrzygając sprawę zainicjowaną skargą osoby, której dane dotyczą, w przypadku stwierdzenia naruszenia prawa ochrony danych osobowych, może z urzędu zastosować środki naprawcze, takie jak: 1) udzielenie upomnienia administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu, 2) nakazanie administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu dostosowa-

²⁸ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2013, s. 195.

nia operacji przetwarzania do przepisów niniejszego rozporządzenia, a w stosownych przypadkach wskazanie sposobu i terminu, 3) nakazanie administratorowi zawiadomienia osoby, której dane dotyczą, o naruszeniu ochrony danych, 4) wprowadzanie czasowego lub całkowitego ograniczenia przetwarzania, w tym zakazu przetwarzania, 5) nakazanie na mocy art. 16, 17 i 18 RODO sprostowania lub usunięcia danych osobowych lub ograniczenia ich przetwarzania oraz nakazanie na mocy art. 17 ust. 2 i art. 19 RODO powiadomienia o tych czynnościach odbiorców, którym dane osobowe ujawniono, 6) nakazanie zawieszenia przepływu danych do odbiorcy w państwie trzecim lub do organizacji międzynarodowej. Szczególnym uprawnieniem organu nadzorczego, rozstrzygającego skargę podmiotu, którego dane dotyczą, jest możliwość zastosowania wobec administratora danych lub podmiotu przetwarzającego dane, administracyjnej kary pieniężnej. Kara ta może zostać nałożona niezależnie od innych środków naprawczych, podjętych przez organ na podstawie art. 58 ust. 2 RODO. Zgodnie z art. 83 ust. 2 RODO administracyjne kary pieniężne nakłada się, zależnie od okoliczności każdego indywidualnego przypadku, oprócz lub zamiast środków, o których mowa w art. 58 ust. 2 lit. a–h oraz j RODO, rozważając w każdej konkretnej sprawie okoliczności określone w art. 83 ust. 2 lit. a–k RODO. Nie powinno budzić wątpliwości, że nałożenie administracyjnej kary pieniężnej następuje z urzędu i nie stanowi rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku (skargi) podmiotu, którego dane dotyczą. Oznacza to, że zakres rozstrzygania organu prowadzącego postępowanie w sprawie skargi, podmiotu którego dane dotyczą, na naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych jest znaczenie szersze aniżeli tylko rozstrzygnięcie w przedmiocie samej skargi. Na rozstrzygnięcie to składają się będą zarówno elementy charakterystyczne dla postępowań prowadzonych na wniosek strony (rozstrzygnięcie o prawach strony), jak i elementy charakterystyczne dla postępowań prowadzonych z urzędu (nałożenie obowiązku, zastosowanie kary administracyjnej).

W przypadku stwierdzenia przez organ prowadzący postępowanie, że nie doszło do naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, organ wydaje decyzję merytoryczną, uznając skargę za bezzasadną. W szczególności okoliczność stwierdzenia braku naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych nie powinna być traktowana jako przejaw bezprzedmiotowości postępowania uzasadniający jego umorzenie, na podstawie art. 105 k.p.a.²⁹ Z bezprzedmiotowością postępowania, skutkującą jego umorzeniem na podstawie art. 105 k.p.a., będziemy mieli do czynienia natomiast np. w przypadku cofnięcia skargi. Decyzja umarzająca postępowanie kończy je, nie rozstrzygając merytorycznie sprawy administracyjnej będącej przedmiotem postępowania.

²⁹ Odmienne WSA w Warszawie w wyroku z 29 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Wa 2022/19, CBOSA.

Decyzja prezesa UODO kończąca postępowanie w sprawie skargi podmiotu, którego dane dotyczą, jest decyzją ostateczną. Zgodnie z art. 7 ust. 2 uodo postępowanie przed prezesem UODO jest jednoinstancyjne, co oznacza, że od wydanych decyzji nie przysługuje odwołanie czy wnioski o ponowne rozpoznanie sprawy. Od decyzji tej przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Postępowanie uregulowane w rozdziale VII uodo nie stanowi jedynego postępowania administracyjnego, które inicjowane jest w związku z zarzutem naruszenia zasad ochrony danych osobowych. W doktrynie i judykaturze coraz częściej podejmowany jest problem korelacji ochrony danych osobowych z ochroną konkurencji czy ochroną konsumentów. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia w modelu funkcjonowania przedsiębiorstw w gospodarce cyfrowej, gdzie dane osobowe stają się swoistego rodzaju walutą³⁰. Naruszenie zasad ochrony danych osobowych w konkretnych przypadkach może być w szczególności kwalifikowane jako naruszenie praw konsumentów³¹, w tym naruszenie zbiorowych interesów konsumentów³², nieuczciwa praktyka rynkowa³³, nadużywanie pozycji dominującej³⁴, czy stosowanie niedozwolonych

³⁰ Por. J. Zygmuntowski, B. Wawrzyniak, *Ekonomiczna wartość danych a ochrona użytkowników – konsumentów na cyfrowych platformach*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 7, s. 131 i nast., M. Kulesza, *Odplatny charakter „darmowych” usług Facebooka*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 4, s. 100 i nast.

³¹ Np. w zakresie naruszenia obowiązku informacyjnego względem konsumentów – art. 8 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 287).

³² Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 uokik przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności: naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji oraz nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji;

³³ Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu – art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2070). Decyzją z dnia 29 listopada 2018 r. AGCM (włoski odpowiednik UOKiK) nałożył na Facebook 10 mln euro kary za naruszenie interesów konsumentów, polegające na braku rzetelnej informacji, że dane przekazywane przez użytkowników serwisu będą wykorzystywane w celach komercyjnych, wykraczających poza użytkowanie serwisu społecznościowego, a „twierdzenie o darmowości serwisu nie pozwalało konsumentowi zrozumieć, że przedsiębiorca będzie wykorzystywał dane użytkownika jako wynagrodzenie, wykonując zamiar komercyjny” – decyzja w języku włoskim dostępna pod adresem: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf. Decyzją z 9 lutego 2021 r. AGCM nałożył na Facebook 7 mln euro kary za nieskorygowanie praktyk handlowych w związku z decyzją z 29 listopada 2018 r. Decyzja w języku włoskim dostępna pod adresem: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IP330_chiusura.pdf.

³⁴ W literaturze przedmiotu wskazuje się, że „stosowanie przez platformy internetowe postanowień regulaminów lub polityk prywatności, które wprowadzają konsumentów w błąd, co do odpłatności usługi i zakresu przetwarzania jego danych, mogłoby stanowić nadużycie w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik. W tym przypadku nadużycie polegałoby na narzuceniu konsumentom uciążliwych warunków umów przez platformę internetową, które przynoszą jej nieuzasadnione korzyści” – I. Małobęcka, *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia*

postanowień umownych³⁵. Zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów organem właściwym do podejmowania rozstrzygnięć w sprawach naruszenia zasad ochrony danych osobowych kwalifikowanych jako naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, nadużycie pozycji dominującej, czy stosowanie niedozwolonych postanowień umownych jest prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Rozstrzygnięcia te podejmowane są w toku odrębnych postępowań, stanowiących odpowiednio postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 100 i nast. uokik), postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 86 i nast. uokik), postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone (art. 99a i nast. uokik).

Wnioski końcowe

W polskim systemie prawnym postępowanie w sprawie skargi osoby fizycznej na niezgodne z prawem przetwarzanie jej danych osobowych stanowi klasyczną konstrukcję jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, podporządkowanego reżimowi Kodeksu postępowania administracyjnego. Jednocześnie postępowanie to, ze względu na swój specyficzny cel, jakim jest ochrona interesu indywidualnego jednostki, w związku z realizacją jej prawa podstawowego z jednoczesną realizacją funkcji nadzorczych organu administracji publicznej, charakteryzuje się pewnymi specyficznymi elementami. Przede wszystkim postępowanie to stanowi swoistego rodzaju hybrydę postępowania prowadzonego na wniosek strony oraz postępowania prowadzonego z urzędu, co jest szczególnie widoczne w treści rozstrzygnięcia uwzględniającego skargę. Specyfiką tego postępowania jest również wielopoziomowość norm proceduralnych, w tym w szczególności konieczność zastosowania norm proceduralnych pochodzenia unijnego. Pozwala to przyjąć, że postępowanie w sprawie skargi na naruszenie prawa ochrony danych osobowych może zostać zakwalifikowane jako postępowanie administracyjne zintegrowane z prawem Unii Europejskiej, rozumiane jako determinowany unijnym prawem formalnym

darmowych usług platform internetowych, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3, s. 41. Decyzją z dnia 6 lutego 2019 r. B6-22/16 Bundeskartellamt (niemiecki odpowiednik UOKiK) uznał, że zakres, w jakim Facebook gromadzi, łączy i wykorzystuje dane w kontach użytkowników, stanowi nadużycie pozycji dominującej. Decyzja w języku angielskim dostępna pod adresem: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Zob. też I. Małobęcka-Szwast, *Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8, s. 139 i nast.

³⁵ Zgodnie z art. 385¹ k.c. za niedozwolone postanowienia umowne uznaje się postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.

zespół czynności procesowych podejmowanych przez organy administracyjne i inne podmioty w celu doprowadzenia do załatwienia konkretnej sprawy administracyjnej w formie wiążącej, zewnętrznej czynności o charakterze administracyjno-prawnym³⁶.

Wykaz literatury

- Abu Gholeh M., *Pozycja ustrojowa organu nadzorczego ochrony danych osobowych na przykładzie Polski*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 4.
- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Błazewski M., Behr J., *Środki prawne ochrony danych osobowych*, seria E-monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 124, Wyd. UWr, Wrocław 2018.
- Fajgielski P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Hoc S., *Nowe prawo Unii Europejskiej w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2019, nr 1.
- Jay R., *Guide to the General Data Protection Regulation, A Companion to Data Protection Law and Practice*, 4th edition, London 2017.
- Kmiecik Z., *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne a prawo europejskie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Kolecki M., Nowicki J.E., *Tajemnica przedsiębiorstwa*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2018, nr 2.
- Kulesza M., *Odplatny charakter „darmowych” usług Facebooka*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 4.
- Lubasz D. (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Łuczak J., [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Łuczak K., *Wpływ kodeksu postępowania administracyjnego UE na zasadę autonomii proceduralnej państw członkowskich*, [w:] J. Supernat, B. Kowalczyk (red.), *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, Inst. Wydaw. EuroPrawo, Warszawa 2017.
- Małobęcka I., *Prawna ochrona konsumenta w sieci na przykładzie zagadnienia darmowych usług platform internetowych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2017, nr 3.
- Małobęcka-Szwast I., *Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2018, nr 8.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, TNOiK, Toruń 2013.
- Sibiga G., *Skarga do organu nadzorczego oraz jej rozpatrzenie według ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Postępowanie w przedmiocie skargi osoby, której dane dotyczą*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2017, nr 4.

³⁶ M. Wilbrandt-Gotowicz, op. cit., s. 294.

Wilbrandt-Gotowicz M., *Zintegrowane z prawem Unii Europejskiej postępowania administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Zygmuntowski J.J., Wawrzyniak B., *Ekonomiczna wartość danych a ochrona użytkowników – konsumentów na cyfrowych platformach*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 7.

Summary

Complaint procedure for breach of data protection legislation

Keywords: administrative proceedings, data protection, GDPR, complaint.

The procedure of complaint about infringement of provisions on the protection of personal data is a jurisdictional administrative procedure aimed at protecting the individual rights of the complainant, by resolving their complaint about the infringement of the law and by taking remedial measures by the competent authority which remedy the effects of the infringement both concerning the legal situation of the complainant and the public interest.

This study aims to present the key elements of the jurisdictional administrative procedure, regulated in Chapter VII of the uodo, which allows determining its specificity and possible distinctions.

The shape of the proceedings in question is fundamentally influenced by the co-application of EU and national procedural norms, including the subsidiary application of the Code of Administrative Procedure. The procedure shaped in this way corresponds to the model of classic administrative proceedings with clearly marked distinct features determined by the implementation of the substantive law on personal data protection, which is particularly visible in the way the administrative case is settled.

Gabrielé van Blommestein

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8955-9641

gabriele.vanblommestein@uwm.edu.pl

**Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie
z 2 czerwca 2017 r., sygn. akt I ACa 1413/16,
dotycząca nieważności umowy spółki.
Glosa częściowo aprobująca**

**Wprowadzenie wraz z przedstawieniem stanu
faktycznego sprawy**

Powód M.C., reprezentowany przez kuratora, domagał się w szczególności: stwierdzenia nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zawartej 4 lipca 2008 r. Zdaniem powoda w dacie dokonywania czynności prawnych znajdował się on w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Powód domagał się ustalenia nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, podając, że ma interes prawny w ustaleniu nieważności umowy spółki, z uwagi na toczące się postępowanie o zwrot podatku od czynności cywilnoprawnych. Pozwanym był jeden ze współników, który na pokrycie swojego udziału wniósł prawo własności działek, które zostały po podjęciu uchwały przez współników o rozwiązaniu umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przeniesione na pozwanego. Naczelnik U. w K. wydał decyzję o odmowie zwrotu podatku od czynności cywilnoprawnych. Na skutek odwołania dyrektor I. w K. zawiesił postępowanie odwoławcze do czasu prawomocnego zakończenia postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym w Krakowie.

Wyrokiem z 22 marca 2016 r., sygn. IX GC 155/13, Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo. W uzasadnieniu ustalił, że 4 lipca 2008 r. współnicy zawarli umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Czas trwania spółki nie był oznaczony. Do zarządu został powołany M.C. W roku 2011 współnicy złożyli w formie aktu notarialnego oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych złożonego przez nich oświadczenia woli z 4 lipca 2008 r., ze względu na błąd zaistniały w momencie zawierania umowy spółki, polegający na wpi-

saniu do umowy tylko dwóch działek wnoszonych jako aport do spółki, podczas gdy zgodnie z pozwoleniem na budowę i mapą geodezyjną inwestycja miała powstać na trzech działkach i trzy działki miały stać się własnością spółki. Dnia 3 marca 2011 r. odbyło się nadzwyczajne zgromadzenie wspólników, na którym podjęto uchwałę nr 1 o rozwiązaniu spółki na skutek złożonego 21 lutego 2011 r. oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych zawarcia umowy spółki, z uwagi na działanie pod wpływem błędu.

Motywy rozstrzygnięcia sądów pierwszej i drugiej instancji

Powód wnosił o ustalenie nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z uwagi na to, że jego oświadczenie woli było dotknięte wadą oświadczenia woli w postaci braku świadomości lub swobody, gdyż znajdował się w stanie uniemożliwiającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (82 k.c.). Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 2 k.s.h., w sprawach nieuregulowanych Kodeksem, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest nie tylko umową zobowiązującą, lecz także umową, na mocy której, po wpisaniu jej do rejestru, powstaje osoba prawna. Z uwagi na ochronę osób trzecich, należy wykluczyć możliwość ustalenia nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Sąd Okręgowy ponadto posiłkował się art. 11 Pierwszej dyrektywy Rady z dnia 9 marca 1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich. Wykładnia prawa krajowego powinna uwzględniać powyższy przepis. Wyłączona jest możliwość powoływania się na inną podstawę prawną prowadzącą do nieistnienia, nieważności bezwzględnej, względnej lub unieważnienia. Na podstawie art. 21 § 1 k.s.h., jedną z przesłanek rozwiązania spółki kapitałowej wpisanej do rejestru jest przypadek, gdy wszystkie osoby zawierające umowę spółki albo podpisujące statut nie miały zdolności do czynności prawnych w chwili ich dokonywania. Sąd Okręgowy uznał powództwo za bezzasadne i je oddalił.

Wyrok Sądu Okręgowego powód zaskarżył apelacją, wskazując na naruszenie następujących przepisów: 1) naruszenie art. 11 Pierwszej dyrektywy Rady 68/151/EWG z dnia 9 marca 1968 r. poprzez jego zastosowanie, mimo że podstawy w nim wskazane nie zostały implementowane do polskiego porządku prawnego; 2) naruszenie art. 21 § 1 k.s.h. w zw. z art. 2 k.s.h. poprzez błędne uznanie, że poza przypadkami wskazanymi w art. 21 § 1 k.s.h. nie można powoływać się na żadną inną podstawę nieważności bezwzględnej umowy spółki, podczas gdy przepis ten nie reguluje wyczerpująco wadliwości mo-

gących zaistnieć przy zawieraniu umowy spółki; 3) naruszenie art. 82 k.c. przez jego niezastosowanie i oddalenie powództwa, gdy powód od co najmniej 2007 r. cierpiał na chorobę psychiczną uniemożliwiającą świadome albo swobodne podejmowanie decyzji i wyrażanie woli.

Sąd Apelacyjny w Krakowie przyjął, że apelacja powoda jest bezzasadna. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sąd pierwszej instancji trafnie przyjął, że przesłanki z art. 21 k.s.h. w tej sprawie nie zachodziły. Wbrew twierdzeniom powoda, art. 21 k.s.h. implementuje w polskim porządku prawnym art. 11 i 12 Pierwszej dyrektywy Rady z 9 marca 1968 r. Artykuł 21 k.s.h. jest bezwzględnie obowiązujący, a polski ustawodawca nie wprowadził do polskiego porządku prawnego nieważności umowy spółki, lecz określił zdarzenia prowadzące do rozwiązania spółki. Stąd też po zarejestrowaniu spółki wykluczona jest możliwość stosowania art. 58 § 1 k.c., nawet w przypadku wady oświadczenia woli wskazanej w art. 82 k.c.

Ocena motywów rozstrzygnięcia podjętego przez Sąd Apelacyjny w Krakowie

Oceniając rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, należy wskazać, że poruszonych zostało kilka zagadnień prawnych. Pierwsze dotyczy rozróżnienia kwestii nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz rozwiązania spółki. Drugie zagadnienie sprowadza się do oceny skutków prawnych, w stosunku do ważności określonych postanowień umowy spółki, wskutek uczestnictwa w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wspólników – osób fizycznych o ograniczonej zdolności do czynności prawnych oraz osób pozbawionych całkowicie zdolności do czynności prawnych.

Jak wskazuje Stanisław Sołtysiński, art. 21 k.s.h.¹ inkorporował nakazy wynikające z art. 11 oraz 12 Pierwszej dyrektywy (1968)². Ustawodawca polski nie przewidział nieważności umowy spółki, lecz określił zdarzenia, które mogą powodować podstawy jej rozwiązania. Zgodnie z art. 12 ust. 2 Pierwszej dyrektywy, rozwiązanie to jest zgodne ze swobodą ustawodawczą pozostawioną adresatom tego aktu prawnego: nieważność powoduje likwidację spółki w taki sam sposób jak rozwiązanie³. Zgodnie z § 2 art. 21 k.s.h., w przypadkach

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 1526 z późn.zm.).

² Obecnie przepisy powyższe zostały ujednolicone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1132 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie niektórych aspektów prawa spółek (t.j. Dz.U. UE. L.2017.169.46, nr CELEX 32017L1132).

³ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–150*, Warszawa 2006, s. 314. Tak też: J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł I. Przepisy ogólne. Tytuł II. Spółki osobowe*, t. 1, Warszawa 2010, s. 201.

określonych w § 1, jeżeli braki nie zostaną usunięte w terminie wyznaczonym przez sąd rejestrowy, sąd ten może, po wezwaniu zarządu spółki wpisanej do rejestru do złożenia oświadczenia, wydać postanowienie o rozwiązaniu spółki. Innymi słowy, jeżeli brak jest nieusuwalny, sąd rejestrowy ma obowiązek orzec o rozwiązaniu spółki. W pozostałych wypadkach istnieje możliwość rozwiązania umowy spółki, jeżeli sąd tak uzna. Rozwiązanie spółki z powodów wskazanych w art. 21 k.s.h. nie jest możliwe, jeżeli od wpisu spółki do rejestru minęło pięć lat (§ 4). Zgodnie z ugruntowanymi poglądami w doktrynie, art. 21 k.s.h. dotyczy wyłącznie spółek kapitałowych⁴. Odnosząc się do problematyki rozwiązania spółki, jak wskazuje Antoni Witosz, w doktrynie prawa handlowego panuje zgoda co do tego, że przyczyny te mogą mieć charakter kodeksowy oraz pozakodeksowy⁵. W Kodeksie spółek handlowych przyczyny rozwiązania spółki zostały wskazane w art. 21 i dotyczą obu rodzajów spółek kapitałowych, natomiast art. 271 k.s.h. dotyczy już jedynie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przy czym zastosowanie tego przepisu jest możliwe dopiero po bezskutecznym skorzystaniu z innych narzędzi prawnych, przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych. Należy podkreślić, że art. 21 k.s.h. możliwy jest do zastosowania jedynie po zarejestrowaniu spółki w Krajowym Rejestrze Sądowym. Odnosnie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, w przypadku stwierdzenia wadliwości, sąd wzywa do ich usunięcia, a w razie stwierdzenia braku nieusuwalnego – odmawia rejestracji. Zgodnie z brzmieniem art. 271 k.s.h., poza przypadkami, o których mowa w art. 21 k.s.h., sąd może wyrokiem orzec rozwiązanie spółki: 1) na żądanie wspólnika lub członka organu spółki, jeżeli osiągnięcie celu spółki stało się niemożliwe albo jeżeli zaszły inne ważne przyczyny wywołane stosunkami spółki; 2) na żądanie oznaczonego w odrębnej ustawie organu państwowego, jeżeli działalność spółki naruszająca prawo zagraża interesowi publicznemu. Sądem właściwym, w odróżnieniu od art. 21 k.s.h., gdzie sądem właściwym jest sąd rejestrowy, w przypadku stosowania art. 271 k.s.h., jest sąd gospodarczy.

Artykuł 21 k.s.h. ust. 1 pkt 4 wskazuje, że wszystkie osoby, a nie tylko niektóre z osób zawierających umowę spółki, w chwili dokonywania tej czynności nie mają zdolności do czynności prawnych. Wystarczy zatem, że chociażby jedna z tych osób zdolność taką miała, a art. 21 § 1 pkt 4 nie będzie mógł znaleźć zastosowania. Podobnie zresztą treść art. 11 pkt 2 e Pierwszej dyrektywy wyraźnie wskazuje, że jedną z przesłanek nieważności umowy spółki jest brak zdolności do czynności prawnych wszystkich członków-założycieli. W głosowanym orzeczeniu tylko jedna osoba (powód) mogła działać w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie woli. Za-

⁴ S. Sołtysiński, op. cit., s. 315. Tak też A. Witosz, *Rozwiązanie i likwidacja spółek kapitałowych*, Warszawa 2014, Lex.

⁵ A. Witosz, op. cit. Autor omawia także pozostałe pozakodeksowe przypadki rozwiązania umowy spółki przewidziane w innych przepisach prawnych.

tem w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zachodziły ustawowe przesłanki żądania rozwiązania spółki.

Należy także przywołać art. 2 k.s.h. zdanie pierwsze, w myśl którego w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z doktryną, negatywna regulacja Kodeksu spółek handlowych wyklucza stosowanie Kodeksu cywilnego, gdy określoną kwestię reguluje wyczerpująco⁶. Jako przykład powołuje się art. 21 k.s.h., zgodnie z którym do umów zawartych przez rozwiązaną spółkę nie stosuje się przepisów art. 58 k.c.⁷ Przyjmując pogląd, że nie jest możliwe stwierdzenie nieważności całości umowy spółki z o.o., należy się zastanowić, czy na skutek działań osób o ograniczonej lub pozbawionych całkowicie zdolności do czynności prawnych⁸, tj. przystąpienia do spółki oraz objęcia udziałów, działających samodzielnie, dopuszczalne jest stwierdzenie nieważności niektórych tylko postanowień umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Rozważmy kilka stanów faktycznych.

Zgodnie z pierwszym przypadkiem, osoba chora psychicznie oraz ubezwłasnowolniona albo całkowicie, albo częściowo, będąca współnikiem, zataja przed współnikami lub nie jest świadoma tego, że jest całkowicie/częściowo pozba-

⁶ M. Pazdan, *Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 2, s. 28.

⁷ S. Soltysieński, op. cit., s. 38.

⁸ Zgodnie z poglądami wyrażanymi w doktrynie, współnikiem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może być każda osoba fizyczna lub prawna. Wspólnikiem może być także jednostka organizacyjna, niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną. Wśród osób fizycznych współnikiem może być zarówno osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, jak również osoby niemające zdolności do czynności prawnych. Zob. A. Kidyba, K. Kopaczynska-Pieczniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2010, Legalis. Podobnie wypowiada się A. Herbet, [w:] S. Soltysieński (red.), *Prawo spółek kapitałowych*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 17 A, Warszawa 2015, Legalis. W myśl ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego, w przypadku osoby nieposiadającej zdolności do czynności prawnych (art. 12 k.c., art. 13 k.c. i nast.) lub w tej zdolności ograniczonej (art. 16 i nast.) zawarcie umowy spółki wymaga udziału jej przedstawiciela ustawowego oraz udzielenia zgody przez sąd rodzinny i opiekuńczy na zasadach art. 101 i 155 k.r.o. Osoba nieposiadająca zdolności do czynności prawnych powinna być reprezentowana przez przedstawiciela ustawowego, a umowa spółki zawarta przez osobę ograniczoną w tej zdolności wymaga stosownego potwierdzenia (art. 17 i 18 § 1 k.c.). Gdy chodzi o skutki czynności prawnych dokonanych przez te osoby, zgodnie z art. 14 k.c., czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych, jest nieważna. Czynności prawne dokonywane przez te osoby są bezwzględnie nieważne i nie podlegają konwalidacji, a sąd powinien brać tę okoliczność z urzędu, chyba że zachodzi przypadek określony w art. 14 § 2 k.c. (umowy powszechnie zawierane w drobnych bieżących sprawach życia codziennego). W przypadku osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, w razie zawarcia umów przez te osoby bez zgody przedstawiciela ustawowego, zgodnie z art. 18 § 1 k.c., ważność umowy, która została zawarta przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych bez wymaganej zgody przedstawiciela ustawowego, zależy od potwierdzenia umowy przez tego przedstawiciela. Zgodnie z ugruntowanymi poglądami w doktrynie, jeżeli przedstawiciel ustawowy oświadczy, że nie potwierdza czynności prawnej, czynność prawna staje się bezwzględnie nieważna ze skutkiem wstecznym. Zob. P. Księżak, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe, Warszawa 2013, Legalis.

wiona zdolności do czynności prawnych i zawiera umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. O ubezwłasnowolnieniu pozostali wspólnicy dowiadują się przed upływem sześciu miesięcy od zawiązania spółki. Powstaje pytanie o ważność określonych postanowień umowy spółki: przystąpienia do spółki oraz objęcia udziałów.

Czynności prawne dokonywane przez osobę całkowicie pozbawioną zdolności do czynności prawnych są z mocy prawa nieważne. Wyłączona jest możliwość powoływania się na wady oświadczenia woli takiej osoby, w tym na art. 82 k.c. Właściwy jest sąd rejestrowy, który wezwie zarząd spółki do usunięcia braków, tj. potwierdzenia czynności prawnych przez jej przedstawiciela ustawowego w przypadku ubezwłasnowolnienia częściowego oraz wyrażenia zgody przez sąd rodzinny. W razie ich nieusunięcia sąd oddali wniosek o zarejestrowanie spółki. W przypadku ubezwłasnowolnienia całkowitego, brak działania przez opiekuna oznacza nieważność bezwzględłą czynności prawnej w części złożonego przez taką osobę oświadczenia woli. Jak wskazuje Radosław Potrzeszcz, w świetle art. 2 zd. 2 k.s.h. sprzeczność postanowień umowy spółki z przepisami ustaw regulujących przedmiotowe spółki powoduje nieważność tych tylko postanowień (art. 58 § 3 k.c.), przy czym nie wchodzi w zakres badanie, czy bez tych postanowień strony zawarłyby umowę⁹. W rozpatrywanym przypadku chodzi o postanowienia umowy spółki dotyczące przystąpienia do spółki oraz objęcia udziałów. Umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest umową o charakterze obligacyjnym oraz korporacyjnym. Przed wpisaniem do rejestru spółki istnieje tzw. przedspółka wyposażona w podmiotowość prawną, jednakże nieposiadająca osobowości prawnej. Nie znajdzie w tej sytuacji zastosowanie art. 21 k.s.h., który wyłącza art. 58 k.c. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji może być na przykład beneficjentem uzyskania dotacji na prowadzenie działalności, zaciągać zobowiązania. Wspólnicy mogą nie mieć interesu prawnego do jej rozwiązania. Zatem wydaje się, że w tym konkretnym przypadku można dopuścić, by odpowiednie postanowienia umowne spółki – przyjmując, że kapitał zakładowy (w wyniku usunięcia wspólnika ze spółki) nie będzie poniżej minimum – zostałyby uznane za nieważne od samego początku i wymagały deklaratoryjnego stwierdzenia ich nieważności przez sąd gospodarczy w odrębnym postępowaniu. Pozostała treść umowy spółki będzie ważna i wspólnicy będą mogli kontynuować działalność spółki.

Druga sytuacja sprowadza się do przyjęcia stanu faktycznego, w którym osoba ubezwłasnowolniona całkowicie lub częściowo, będąca wspólnikiem, zataja fakt lub nie jest świadoma swojego stanu, a pozostali wspólnicy dowiadują się o tym już po zarejestrowaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w rejestrze. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 21 k.s.h. wpis umowy spółki

⁹ R. Potrzeszcz, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, Warszawa 2011, s. 77.

z ograniczoną odpowiedzialnością do rejestru ma charakter sanujący. Umowa spółki z momentem wpisu do rejestru jest ważna. Warto zatem rozważyć, jakie skutki prawne wystąpią w związku z czynnością prawną dokonaną przez osobę pozbawioną całkowicie zdolności do czynności prawnych¹⁰, a w przypadku osób o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, gdy nie dojdzie do potwierdzenia tej czynności przez przedstawiciela ustawowego lub uzyskania zgody sądu rodzinnego. Czy zgodnie z wcześniej prezentowanym poglądem umowa spółki pozostaje ważna? Zastanowić się również należy, czy w związku z tym powstały udziały i czy doszło do ich skutecznego objęcia? Należy przywołać art. 8 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym¹¹, statuującym zasadę jawności rejestru, oraz art. 17 ust. 1 ww. ustawy, który ustanawia domniemanie prawdziwości danych ujawnionych w rejestrze. Jak wskazuje Maciej Gutowski, ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym w ogóle nie zawiera norm dotyczących ważności czynności prawnej, a w szczególności norm o charakterze konstrukcyjnym. Przyjąć należy, że w określonych stanach faktycznych normy ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym nakazują zignorować fakt, że czynność konwencjonalna dokonana została niezgodnie z regułą konstytucyjną. Czynność prawna będzie kontrfaktycznie traktowana tak, jakby była ważnie dokonana¹². Zatem należy przyjąć, że mimo czynności dokonanych przez osobę ubezwłasnowolnioną całkowicie lub częściowo i brakiem potwierdzenia przez przedstawiciela ustawowego oraz sąd rodzinny, udziały spółki powstały. Pomimo nieważności czynności prawnych doszło do ich objęcia, a wspólnik jest wspólnikiem. Po wpisaniu spółki do rejestru do wykonywania uprawnień przez taką osobę konieczne jest stosowanie się do wymogów wynikających w szczególności z przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

W głosowanym orzeczeniu powód był dotknięty chorobą psychiczną jeszcze przed zawianiem umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jego ubezwłasnowolnienie całkowite nastąpiło w 2012 r., po rozwiązaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na mocy uchwały pozostałych wspólników. Wydaje się, że sama wiedza sądu, że powód od 2007 r. chorował na chorobę psychiczną wydaje się być niewystarczająca do stwierdzenia, że jego czynności jako wspólnika są z mocy prawa nieważne. Zgodnie z poglądami utrwalonymi w orzecznictwie, osoba, która nie została ubezwłasnowolniona, ma pełną zdolność do czynności prawnych (art. 11 k.c.), mimo istnienia podstaw do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia. Oświadczenia woli takiej osoby muszą być

¹⁰ Jak wskazuje Maciej Gutowski, nawet przeprowadzenie dowodu przeciwnego, wskazującego na to, że w chwili dokonywania czynności osoba działała z pełnym rozeznaniem i z pełną swobodą, nie może spowodować uznania czynności za ważną – M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, Legalis.

¹¹ Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 27 sierpnia 1997 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 112).

¹² M. Gutowski, op. cit.

uważane za ważne dopóty, dopóki nie zostanie wykazane, że zostały złożone w stanie, o którym mowa w art. 82 k.c.¹³

Biorąc pod uwagę glosowane orzeczenie oraz wcześniej przeprowadzone rozważania, wpisanie spółki do rejestru ma skutek sanacyjny. Nie jest możliwe stwierdzenie nieważności umowy spółki po jej wpisaniu do rejestru. Twierdzenia sądów obu instancji, że czynności powoda były nieważne w momencie zawiązania spółki, nie zasługują na aprobatę, jednakże gdyby nawet doszło do stwierdzenia, że oświadczenie woli o przystąpieniu do spółki i objęciu udziałów były dotknięte wadą oświadczenia woli, nie prowadziłyby w tym przypadku do stwierdzenia nieważności poszczególnych postanowień umownych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Powód żądał stwierdzenia nieważności umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością po dokonaniu wpisu do rejestru oraz po jej rozwiązaniu. Zgodzić się zatem należy z sądami obu instancji, że zgodnie z polskim porządkiem prawnym, po wpisaniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do rejestru, nie jest możliwe stwierdzenie nieważności umowy spółki¹⁴.

Podsumowanie

W głosowanym orzeczeniu sądy obu instancji zajęły się problematyką dopuszczalności stwierdzenia nieważności umowy spółki oraz rozwiązania spółki. Poruszona została także kwestia zdolności bycia współnikiem w spółce z o.o. przez osoby chore psychicznie. Negatywnie należy ocenić automatyczne stwierdzenia sądów obu instancji, że czynności powoda – współnika spółki, który cierpiał na chorobę psychiczną, są z mocy prawa nieważne. Skutki prawne ubezwłasnowolnienia powstają od momentu wydania w tej sprawie orzeczenia sądowego. Wydaje się, że stwierdzenie nieważności niektórych postanowień umownych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 58 § 3 k.c. jest dopuszczalne jedynie przed jej wpisaniem do rejestru i wyłącznie w przypadku, gdy dojdzie do naruszenia przepisów *ius cogens*.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 21 listopada 2018 r., sygn. akt I ACa 245/18, Lex nr 2625544.

¹⁴ Nie istnieje możliwość stwierdzenia nieważności umowy spółki również po upływie pięciu lat od jej wpisania do rejestru. Szerzej na ten temat: P. Biedrawa, *Możliwość stwierdzenia nieważności umowy spółki z o.o. (statutu spółki akcyjnej) na podstawie art. 58 k.c. po upływie pięciu lat od rejestracji spółki*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 6, s. 322.

Wykaz literatury

- Biedrawa P., *Możliwość stwierdzenia nieważności umowy spółki z o.o. (statutu spółki akcyjnej) na podstawie art. 58 k.c. po upływie pięciu lat od rejestracji spółki*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 6.
- Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Herbet A., [w:] S. Soltysiński (red.), *Prawo spółek kapitałowych*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 17 A, CH. Beck, Warszawa 2015.
- Kidyba A., Kopaczyńska-Pieczniak K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Księżak P., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1: Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Naworski J.P., [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł I. Przepisy ogólne. Tytuł II. Spółki osobowe*, t. 1, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Pazdan M., *Kodeks spółek handlowych a kodeks cywilny*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 2.
- Potrzeszcz R., [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, t. 2, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Soltysiński S., [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, t. 1: Komentarz do artykułów 1–150*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Witosz A., *Rozwiązanie i likwidacja spółek kapitałowych*, LexisNexis, Warszawa 2014.

Summary

Gloss to the Judgment of the Court of Appeal in Krakow from 2 June 2017, I ACa 1413/16 concerning the nullity of the company agreement. Partially approving gloss

Keywords: company law, nullity of the company agreement, dissolution of a company, state excluding consciousness or free decision making and expression of will, limited legal capacity, total deprivation of legal capacity.

The purpose of this study is to analyse the judgment of the Court of Appeal in Krakow concerning the nullity of the company agreement if one of the founders acted in a state excluding consciousness or free decision making and expression of will. Under Polish law, the legislator did not provide for the possibility to nullify the company agreement, but only under the circumstances specified by law, the possibility exists to dissolve the company.

Łukasz Cora

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0003-0884-9685

lukasz.cora@ug.edu.pl

Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 27 lutego 2020 r., sygn. akt V KK 80/19, dotycząca oddalenia wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie małoletniego*

Tezy

1. Wolno odmówić uwzględnienia wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, opierając się na opinii biegłego wskazującej na obawę narażenia psychiki dziecka na traumę, jaką może wywołać takie przesłuchanie.

2. Ustalenie w przedmiocie narażenia psychiki dziecka na traumę w związku z ponownym przesłuchaniem, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., mogące zadecydować o oddaleniu wniosku oskarżonego o takie przesłuchanie na podstawie art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k., wymaga – co do zasady – uprzedniego skorzystania z opinii biegłego psychologa, a w szczególnych wypadkach także biegłego z innej dziedziny.

Głosa

Głosowany wyrok wpisuje się progwarancyjnie zorientowane na dobro małoletniego podejście interpretacyjne odnoszące się do oceny żądania ponowienia przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w charakterze świadka w warunkach i trybie przewidzianym w art. 185a k.p.k. Z uwagi na wyjątkowy sposób pozyskiwania dowodu z zeznań małoletniego świadka w procesie karnym nie tylko sam tryb przesłuchania, ale także dopuszczalność jego ponowienia wymaga wyważenia kolidujących ze sobą wartości w postaci poznania prawdy i ochrony dobra małoletniego. Mając na uwadze zarówno *ratio*

* Wyroku Sądu Najwyższego z 27 lutego 2020 r., sygn. akt V KK 80/19, Lex nr 3123173.

legis obowiązującego kształtu normatywnego art. 185a k.p.k. i ściśle związanego z nim przepisu art. 147 § 2a k.p.k., będącego konsekwencją potrzeby podwyższenia standardów traktowania małoletniego pokrzywdzonego¹, jak i podstawowy cel ochrony małoletniego pokrzywdzonego przed wielokrotnym przesłuchaniem oraz kontaktem z oskarżonym, należy zwrócić uwagę na dwie podstawowe kwestie. Po pierwsze: jest to szczególnie rodzaj przesłuchania. Wyjątkowości trybu tej podstawowej w procesie karnym czynności dowodowej upatrywać należy w udziale małoletniego pokrzywdzonego. Biorąc pod uwagę tendencje do karnoprosesowej minimalizacji zjawiska wtórnej wiktymizacji ofiar przestępstw, istotne znaczenie w wykorzystaniu tego trybu przypisać bez wątpienia należy psychologii rozwojowej dziecka. Do zasadniczych czynników warunkującym sięgnięcie po ten tryb przesłuchania zaliczyć należy wiek pokrzywdzonego, umownie określony na poziomie lat 15 i to zarówno w myśl art. 185a k.p.k. przed (§ 1), jak i powyżej tej granicy (§ 4). Po drugie: kwestia maksymalizacji bezpieczeństwa udziału małoletniego w czynności przesłuchania. Ustawodawca przy pomocy tego trybu stwarza warunki istotnie zabezpieczające małoletniego pokrzywdzonego. Dzieje się tak zarówno w perspektywie obawy przed stycznością z organami procesowymi i udziału w postępowaniu karnym, jak i w związku z koniecznością składania zeznań w procesie karnym często obciążających osoby dla małoletniego najbliższe. Udział w czynności przesłuchania, styczność z organami procesowymi z dużym prawdopodobieństwem może wywrzeć negatywny wpływ na jego kondycję psychiczną.

Na tym tle należy zwrócić uwagę, że przy ocenie istotności zeznań, jakie złożyć ma małoletni, najważniejsze jest spojrzenie przez sąd na walor dowodowy przesłuchania od strony realizacji zasady prawdy materialnej. Uwzględniając zarówno warunek relewantności treści zeznań dla rozstrzygnięcia w sprawie, jak i jednokrotności przesłuchania, czyniąc z niej zasadę, problemem, jaki dotyczy kolizji dwóch podstawowych wartości. Z jednej strony obowiązku nałożonego na organy procesowe związanego z poszukiwaniem dowodów (art. 167 k.p.k.), oparcia rozstrzygnięcia na prawdziwych ustaleniach faktycznych (art. 2 § 2 k.p.k.) oraz wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy (art. 366 k.p.k.), a z drugiej ochrony szczególnego statusu dziec-

¹ Zob. dyrektywy: Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz. Urz. UE L 335 z 17 grudnia 2011 r., s. 1 oraz Dz. Urz. UE L 18 z 21 stycznia 2012 r., s. 7); Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE L 101 z 15.04.2011); Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz. Urz. UE L 315 z 14 listopada 2011 r., s. 57).

ka w procesie karnym i potrzeby eliminacji dodatkowych negatywnych konsekwencji związanych z faktem pokrzywdzenia przestępstwem. Biorąc powyższe pod uwagę, ustalenie rangi (istotności) zeznań dla rozstrzygnięcia sprawy musi dokonywać się na poziomie sądowej gradacji i wyważenia tych dóbr oraz oceny, czy dowodu nie da się uzyskać w inny mniej dolegliwy sposób. Dlatego też kwestią budzącą największe kontrowersje nie jest samo rozstrzygnięcie zasadności przesłuchania małoletniego, ale ponowienie tej czynności. O ile bowiem ustawodawca nie wiąże (na zasadzie automatyzmu) sądu koniecznością przeprowadzenia przesłuchania, dając wybór co do ewentualnego dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu po dokonaniu oceny jego istotności dla rozstrzygnięcia, to pytanie, na które sąd musi sobie odpowiedzieć, dotyczy tego, czy z samego faktu wystąpienia wskazanych w ustawie przesłanek aktualizuje się obowiązek przesłuchania w warunkach wskazanych art. 185a k.p.k., czy też musi zostać spełniony dodatkowy warunek kwalifikowanej psychologicznej zdadności małoletniego do ponownego udziału w tej czynności².

W głosowanym judykacie Sąd Najwyższy stanął przed problemem ustalenia, czy żądanie oskarżonego o ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. jest wobec ujawnienia się przesłanek wskazanych w § 1 warunkiem wystarczającym do ponowienia przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. Istotą tego problemu było więc wyważenie, która z kolidujących wartości procesowych, tj. ochrona praw i interesów pokrzywdzonego a prawo od obrony przez oskarżonego, jest wartością wyższego rzędu zasługującą na zwiększony poziom ochrony³.

Aby przesłuchanie w trybie art. 185a k.p.k. było w ogóle dopuszczalne (tj. po raz pierwszy), decydujące znaczenie dla podjęcia w tym zakresie decyzji odgrywa zaistnienie przesłanki istotnego znaczenia zeznań dla rozstrzygnięcia i rezultat jego sądowej oceny⁴. Stąd brak realizacji tego warunku uzasadnia twierdzenie, że mamy wówczas do czynienia z *sui generis* zakazem dowodowym. Z kolei wniosek o ponowne (drugie z kolei) przesłuchanie jest warunkowo dopuszczalny po spełnieniu jednego z dwóch warunków, do których Kodeks postępowania karnego zalicza: wyjście na jaw nowych istotnych okoliczności oraz żądania przez oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania.

Trafnie przyjmuje się, że skoro na sąd nie został nałożony bezwzględny nakaz przesłuchania pokrzywdzonego po raz pierwszy, to obowiązek ten nie

² W zakresie testu weryfikacji dopuszczalności ponowienia przesłuchania w trybie art. 185a k.p.k. zob. Ł. Cora, *Ponowienie czynności dowodowej w polskim procesie karnym (aspekty teoretyczne i prakseologiczne)*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1, s. 200.

³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt V KK 4/15 OSNPG 2015, nr 15, poz. 14. Zob. Ł. Cora, *Ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w charakterze świadka*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2016, nr 3, s. 52.

⁴ M. Zbikowska, *Czy żądanie oskarżonego złożone w trybie art. 185a k.p.k. należy rozpatrywać jak zwykły wniosek dowodowy?*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 91.

może również w formie bezwarunkowej dotyczyć ponownego przesłuchania. Oznacza to, że żądanie oskarżonego o ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w razie braku ustanowionego obrońcy do czynności pierwszego przesłuchania nie obliguje sądu do automatyzmu w dopuszczeniu wniosku w tej kwestii⁵.

Skuteczność żądania podlegającego ocenie z punktu widzenia art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. nie jest zdaniem Sądu Najwyższego uzależniona od faktycznego powodu jego zgłoszenia, ani od prawidłowości przedstawionego uzasadnienia wniosku. Mogłoby się zatem wydawać, że wystarczy samo – choćby wątpliwe pod kątem precyzji bądź w ogóle niezawierające sprecyzowanej tezy – sformułowanie żądania. Położenie akcentu na sprawę dopuszczalności ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. w płaszczyźnie kolizji dóbr i interesów procesowych stron nie oznacza, że ocenę zasadności żądania oskarżonego dokonywaną w sposób wskazany w art. 7 k.p.k. należy łączyć z każdym układem procesowym⁶. Ocena ta nie może abstrahować od warunków osobistych małoletniego, jak i warunków przesłanek wynikających z art. 170 § 1 k.p.k.⁷ Jest o zatem analiza prowadzona pod kątem wystąpienia okoliczności uniemożliwiających wprowadzenie określonego dowodu, co łączy się z sytuacją, w której ze względu na uwarunkowania zdrowotne związane ze stanem psychicznym świadka przesłuchanie nie jest możliwe. Zasadniczym mankamentem przyjętego przez Sąd Najwyższy toku rozumowania jest utożsamienie niemożności przeprowadzenia przesłuchania z uwagi na stan zdrowia pokrzywdzonego, z możliwymi negatywnymi skutkami dla zdrowia pokrzywdzonego w następstwie przeprowadzonego przesłuchania. Nieuwzględnienie wniosku oskarżonego, z uwagi na potencjalnie negatywne konsekwencje dla zdrowia psychicznego pokrzywdzonego, nie znajduje podstawy prawnej w treści art. 170 § 1 k.p.k., gdyż przeprowadzenie tego dowodu jest prawnie dopuszczalne (pkt 1) i faktycznie możliwe (pkt 4). Dlatego z perspektywy aksjonormatywnej najistotniejsze wydaje się, przy ewidentnie progwarancyjnej interpretacji przypisów k.p.k., osadzenie rozumowania na realizacji celu procesu w postaci uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego, przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.). To, jak się zdaje, stanowi *ratio legis* unormowania art. 185a k.p.k., który ma zapewnić małoletniemu pokrzywdzonemu ochronę jego interesów poprzez dopuszczenie jego przesłuchania w charakterze świadka tylko w sytuacji *ultima ratio*. W głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy

⁵ Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 maja 2013 r., sygn. akt III KK 330/13, OSNKW 2013, nr 9, poz. 74.

⁶ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: Art. 1–467, Warszawa 2014, s. 653–654.

⁷ P. Jarocki, *Prawa ofiar przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 127; J. Kosonoga, *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1, s. 65.

doszedł do przekonania, że ochrona małoletniego pokrzywdzonego, wynikająca z brzmienia art. 185a k.p.k., jest niewystarczająca i należy ją poszerzyć poprzez wyprowadzenie z tego przepisu normy o możliwości odstąpienia od ponownego przesłuchania świadka, jeżeli mogłoby to spowodować dla niego w przyszłości negatywne konsekwencje związane ze stanem psychicznym. Trafnie Sąd Najwyższy uznał zatem, dokonując hierarchizacji kolidujących ze sobą dóbr i gwarancji procesowych, że realizacja zasady prawdy materialnej oraz zasady prawa do obrony musi – z uwagi na dobro i interes małoletniego pokrzywdzonego – ustąpić; zwłaszcza mogłoby to spowodować dla niego negatywne konsekwencje związane ze stanem psychicznym.

Jest to tyle istotne, że przepis art. 185a § 2 k.p.k. ma zasadniczo na celu ograniczenie wniosków o ponowne przesłuchania świadka z uwagi na uprzedni brak obrońcy. Uzasadnia to pytanie, czy w określonym układzie procesowym odmowa uwzględnienia żądania oskarżonego o ponowne przesłuchanie małoletniego nie jest wyrazem dbałości o zachowanie *ratio legis* tego unormowania?

W tej kwestii można przyjąć zapatrywanie zgodnie z którym unormowanie trybu i warunków przesłuchania z art. 185a k.p.k., mimo że jest wyrazem kompromisu między ochroną małoletniego pokrzywdzonego a zagwarantowaniem realizacji przez oskarżonego prawa do obrony, to koncentruje się koncentruje się na pierwszej z nich⁸. Czyniąc zadość postulatowi, aby wszelkie w tym zakresie ustalenia i propozycje interpretacyjne miały na uwadze przyjętą przez ustawodawcę rangę wartości, a w razie ich kolizji odpowiadały normatywnie wyznaczonemu układowi ogólnych wartości społecznych i prawnych, za trafne uznać wskazaną przez Sąd Najwyższy konieczność badania tego żądania pod kątem oceny kryteriów dopuszczenia dowodu, o których mowa w art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. oraz dowodu z opinii biegłego. Na tle takiego ustalenia za nietrafne uznać należałoby taką interpretację, która eksponowałaby zapewnienie oskarżonemu realizacji prawa do obrony, co miałoby automatycznie prowadzić do zarządzenia przez sąd tego szczególnego rodzaju przesłuchania. Rację ma więc Sąd Najwyższy, gdy stwierdza, że zarządzenie ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego wobec faktu braku wyznaczenia obrońcy oskarżonemu (a nie uczestnictwa obrońcy w przesłuchaniu⁹) możliwe jest, gdy nie występują powody oddalenia wniosku dowodowego określone w art. 170 § 1 k.p.k. Jak wskazuje w głosowanym wyroku Sąd Najwyższy, oznacza to, że „wolno odmówić uwzględnienia wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, opierając się na opinii biegłego wskazującej na obawę narażenia psychiki dziecka na traumę, jaką może wywołać takie przesłucha-

⁸ Tak przykładowo: R.A. Stefański, *Szczególny tryb przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie kończył 15 lat*, „Woskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4, s. 92

⁹ D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. T. I. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, teza 8.; L.K. Paprzycki, [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2013, s. 643.

nie”. Zdaniem Sądu Najwyższego „ryzyko wtórnej wiktymizacji, a więc istotnego zagrożenia dla stanu psychiki pokrzywdzonego, ugruntowało w judykaturze trafny pogląd, że takiemu żądaniu powtórnego przesłuchania dziecka należy zadośćuczynić, ale tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko będzie możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale nadto że to możliwe przesłuchanie nie wywrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny”.

Uzasadnia to potrzebę każdorazowego badania przez sąd, czy zarówno fizyczny, jak i psychiczny stan zdrowia pokrzywdzonego umożliwia jego udział w czynności ponownego przesłuchania niezależnie od uprzednio wydanej opinii biegłego potwierdzającej, że jego stan psychiczny wyklucza przesłuchanie albo może doprowadzić do znaczącego jego pogorszenia¹⁰. Trafnie wskazuje się w literaturze, że „nie sposób stawiać znaku równości pomiędzy niemożnością przeprowadzenia przesłuchania z uwagi na stan zdrowia pokrzywdzonego a możliwością dokonania takiej czynności procesowej, z tym jednak zastrzeżeniem, że jej przeprowadzenie może negatywnie wpłynąć na stan zdrowia psychicznego świadka”¹¹.

Dostrzegając że niedopuszczalność ponownego przesłuchania pokrzywdzonego jest konsekwencją negatywnych następstw faktu pokrzywdzenia i wynikających z niego następstw w płaszczyźnie przeżyć psychicznych małoletniego, należy zwrócić uwagę na to, że podstawą do odmowy uwzględnienia wniosku stanowi opinia psychologiczna co do prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka traumy u małoletniego wynikającej z konieczności odtworzenia okoliczności zdarzenia. W tej kwestii należy wskazać na podejście¹², które akcentuje, że osiągnięcie prawdy materialnej i realizacja prawa do obrony uzyskuje priorytet nad powinnością ochrony małoletniego pokrzywdzonego przed obowiązkiem odtwarzania zdarzeń wiktymizujących. Jest o zapatrywanie, którego istotna sprowadza się na podejściu, zgodnie z którym w hierarchii celów i zasad procesu wyższą rangę przypisać należy dążeniom do realizacji prawdy materialnej i prawa do obrony niż uwzględnieniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.). Stanowisko odmienne sprowadza się do stwierdzenia, że sąd może tego wniosku nie uwzględnić z uwagi na gwarancyjny charakter tego przepisu. Ujęcie to wskazuje na nieobligującą sąd dyspozycję przepisu

¹⁰ Zob. M. Żbikowska, op. cit., s. 87.

¹¹ Zob. szerzej P. Rogoziński, *Dopuszczalność ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. Glosa do postanowienia SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., III KK 362/17*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, z. 3, s. 73.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 1 lutego 2008 r., sygn. akt V KK 231/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 27 z glosą J. Potulskiego, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 116–122; wyrok Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2009 r., sygn. akt V KK 216/08, Lex nr 485019, postanowienie składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 24 października 2010 r., sygn. akt I KZP 21/10, OSNKW 2010, nr 11, poz. 95.

art. 185a § 1 k.p.k., co pozwala uznać za pierwszoplanowe racje związane z oceną przez biegłych psychologów nie tego, czy zeznania będą lub nie będą wiarygodne, ale czy sam przebieg czynności przesłuchania i udział w niej małoletniego pokrzywdzonego nie spowoduje zagrożenia dla jego stanu zdrowia psychicznego. Żadna z wskazanych propozycji interpretacyjnych nie jest wolna od wątpliwości tak normatywnych, jak i aksjologicznych. O ile to pierwsze podejście akcentuje prymat realizacji trafnej reakcji osadzonej na prawdziwych ustaleniach faktycznych i realizacji prawa do obrony, przechodząc całkowicie do porządku nad oceną tego, czy opinia biegłego antycypuje możliwość wystąpienia traumy, to drugie z nich niedostatecznie jasno uwzględnia proporcje pomiędzy realizacją prawa do obrony a ochroną interesów pokrzywdzonego, co może prowadzić do obawy wydania nietrafnego wyroku.

Dlatego też, nawet w perspektywie wskazanych wyżej uwag, za dużo bardziej trafne należy uznać to zapatrywanie, które akcentuje, że ze względu na stan zdrowia małoletniego pokrzywdzonego wniosku o ponowne przesłuchanie nie można uwzględnić, gdyż przeprowadzenie dowodu w możliwym do przewidzenia terminie jest w rozumieniu art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k. niemożliwe¹³. Przesłankę oddalenia wniosku dowodowego, jaką jest w tym przypadku brak możliwości przeprowadzenia dowodu, należy analogicznie zastosować do sytuacji, w której z opinii sporządzonej przez biegłego z zakresu psychologii lub psychiatrii wynika, że ponowne przesłuchanie może z dużym prawdopodobieństwem wywrzeć negatywny wpływ na zdrowie psychiczne, co również winno skutkować oddaleniem takiego wniosku o przeprowadzenie dowodu.

Co do niezdatności udziału małoletniego pokrzywdzonego w ponownego przesłuchania w skutek przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, zgodzić trzeba się z uzasadnieniem, w którym Sąd Najwyższy akcentuje: „Nie ulega wątpliwości, że rozstrzygnięcie kwestii stanu psychicznego małoletniego świadka, zresztą podobnie i dorosłej osoby, wymaga wiadomości specjalnych, a więc takich, które wykraczają poza normalną, powszechną w danych warunkach wiedzę, jaką dysponuje organ procesowy. Dlatego aby stwierdzić taką okoliczność, zasięga się opinii biegłego – w rozpoznawanym wypadku psychologa (art. 193 § 1 k.p.k.).” Dowodu tego, jako istotnego dla rozstrzygnięcia, nie wolno zastępować innymi dowodami, np. zeznaniami świadków. Podzielając punkt widzenia Sądu Najwyższego, należy podkreślić, że ustalenie w przedmiocie narażenia psychiki dziecka na traumę w związku z ponownym przesłuchaniem, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., mogące zadecydować o oddaleniu wniosku oskarżonego o takie przesłuchanie wymaga uprzedniego skorzystania z opinii biegłego psychologa, a w szczególnych wypadkach także biegłego z innej dziedziny. Odnosnie tego, czy jest to uprawnienie, czy obowiąz-

¹³ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 marca 2012 r., sygn. akt III KK 244/11, OSNKW 2012, nr 6 poz. 68. Zob. R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 2: *Komentarz do art. 167–296*, Warszawa 2019, Lex.

zek, wydaje się, że racje funkcjonalno-celowościowe oraz gwarancyjne przesądają o tym, że winien być to dowód obligatoryjny, którego przeprowadzenie jest niezbędne dla rzetelnego procesu i trafnego rozstrzygnięcia w sprawie. A zatem gdy z konkluzji opinii biegłego jednoznacznie wynika wystąpienie istotnych psychologicznych przeszkód w udziale małoletniego pokrzywdzonego w przesłuchaniu, należy obligatoryjnie odmówić uwzględnienia wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, wskazując na obawę narażenia psychiki dziecka na traumę, jaką może wywołać takie przesłuchanie.

Wykaz literatury

- Cora Ł., *Ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w charakterze świadka*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2016, nr 3.
- Cora Ł., *Ponowienie czynności dowodowej w polskim procesie karnym (aspekty teoretyczne i prakseologiczne)*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: Art. 1–467, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Jarocki P., *Prawa ofiar przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10.
- Kosonoga J., *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 1.
- Paprzycki L.K., [w:] J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–424*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Potulski J., *Glosa do wyroku SN z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2008, nr 4.
- Rogoziński P., *Dopuszczalność ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. Glosa do postanowienia SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., III KK 362/17*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, z. 3.
- Stefański R.A., *Szczególny tryb przesłuchania w postępowaniu karnym świadka małoletniego, który nie kończył 15 lat*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4.
- Stefański R.A., Zabłocki S. (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 2: *Komentarz do art. 167–296*, Warszawa 2019, Lex.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. T. I. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Żbikowska M., *Czy żądanie oskarżonego złożone w trybie art. 185a k.p.k. należy rozpatrywać jak zwykły wniosek dowodowy?*, „Palestra” 2016, nr 4.

Summary

Gloss to the judgment of the Supreme Court of February 27, 2020, file ref. V KK 80/19 concerning the dismissal of an evidentiary motion to re-examine a minor

Keywords: criminal procedure law, minor, re-examination, victim, re-victimisation, witness.

This commentary aims to show the reasons for the need for the court to assess in each case the legitimacy of the defendant's request to re-examine a minor victim. The main part of this study focuses on indicating the conflict between the principle of material truth, the exercise of the right of defence by the accused and the protection of the minor victim from secondary victimisation. The thesis has been formulated that the basis for dismissal of the request for the evidence should be constituted by Article 170 § 1 point 4 of the Code of Criminal Procedure, which should be similarly applied to the situation in which the opinion is drawn up by an expert in psychology or psychiatry indicates that re-examination may with a high probability harm the mental health of the minor. In the situation where the expert opinion is unequivocal in its conclusion that there are significant psychological obstacles to the participation of the minor covered by the interview, the request for re-examination of the victim shall be refused, relying on the expert opinion indicating the fear of exposing the child's psyche to the trauma which such an interview may cause. The author approving the view expressed by the Supreme Court states that this situation requires the obligatory use of an expert opinion of a psychologist, and in special cases also of an expert from another field.

Jarosław Kasiński

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0003-2953-1625

jkasinski@wpia.uni.lodz.pl

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 8 grudnia 2020 r., sygn. akt II KK 148/20, dotyczącego warunków istnienia wyroku wydanego na rozprawie

I. Przedmiotem glosy jest orzeczenie dotyczące ważkiej, ale zarazem ciekawej problematyki, a mianowicie warunków istnienia w obrocie prawnym wyroku jako aktu procesowego. W realiach rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawy, po przeprowadzeniu przewodu sądowego na rozprawie odwoławczej przez jeden z sądów apelacyjnych oraz wysłuchaniu głosów stron, przewodniczący składu orzekającego poinformował o godzinie wydania wyroku, a następnie tenże sąd przystąpił do narady nad wyrokiem. W związku z tym, że na ogłoszenie wyroku nikt się nie stawił, sąd ten, na podstawie art. 100 § 1a Kodeksu postępowania karnego (dalej jako k.p.k.) postanowił uznać orzeczenie za ogłoszone. Kasację, mocą której zaskarżono to orzeczenie, Sąd Najwyższy pozostawił jednak bez rozpoznania. Stanowisko to uzasadnił tym, że zaniechanie ogłoszenia podpisanego wyroku w sposób określony w art. 100 § 1 k.p.k., w szczególności uznanie go za ogłoszony na podstawie art. 100 § 1a zdanie drugie k.p.k., powoduje, że wniesienie kasacji jest niedopuszczalne z mocy prawa, ponieważ nie istnieje substrat zaskarżenia, gdyż brak jest prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie, jak wymaga tego przepis art. 519 k.p.k. Na tle przytoczonych rozważań Sądu Najwyższego poczynić wypada kilka poniższych uwag.

II. W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy trafnie przyjął, że momentem kreującym istnienie wyroku w znaczeniu prawnym jest jego ogłoszenie, skoro aż do ogłoszenia wyroku może zostać wznowiony przewód sądowy (art. 409 k.p.k.). Jak przypominał Sąd Najwyższy, promulgacja wyroku następuje przez jego publiczne ogłoszenie (art. 100 § 1 k.p.k. i art. 100 § 1a zd.

pierwsze k.p.k.), uznanie go za ogłoszony (art. 100 § 1a zd. drugie k.p.k.) albo publiczne udostępnienie (art. 418a k.p.k.), z tym że dla wyroku wydawanego na rozprawie jedyną przewidzianą w procedurze formą promulgacji jest jego ustne ogłoszenie (art. 100 § 1 k.p.k. w zw. z art. 418 § 1 k.p.k.). Oznacza to więc konieczność ogłoszenia na rozprawie wyroku nawet wówczas, gdy nikt się nie stawił, czyli „do pustej sali”, co nie budzi wątpliwości w piśmiennictwie¹. Przepis art. 100 § 1 k.p.k. bezsprzecznie wskazuje, że orzeczenie wydane na rozprawie ogłasza się ustnie, co dotyczy także wyroku. Natomiast w myśl art. 100 § 1a k.p.k. orzeczenie lub zarządzenie wydane na posiedzeniu jawnym ogłasza się ustnie, z tym że gdy na ogłoszeniu nikt się nie stawił, można uznać wydane orzeczenie (również wyrok) lub zarządzenie za ogłoszone. Nie może budzić wątpliwości, że omawiana tu możliwość uznania orzeczenia za ogłoszone odnosi się jedynie do posiedzeń, a nie rozprawy. Dotyczy to więc wyłącznie jednego z dwóch odrębnych forów, na jakich orzeka sąd (por. art. 95 § 1 k.p.k.). Wynik wykładni językowej jest więc jednoznaczny. Nie może też budzić wątpliwości, że skoro w art. 100 § 1 k.p.k. mowa jest ogólnie o „rozprawie”, to – *lege non distinguente* – regulacja ta odnosi się także do rozprawy odwoławczej.

Zasadnie podnosi Sąd Najwyższy, że możliwość uznania orzeczenia za ogłoszone ma charakter wyjątku zastrzeżonego dla posiedzenia, stąd nie można rozciągać go na rozprawę. Przyjęty tu kierunek wykładni wspiera więc argument, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendendae*.

Za tym kierunkiem interpretacji przemawiają również względy systemowe i celowościowe. Otóż przepis art. 45 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP zakłada, że wyrok ogłaszany jest publicznie. Ustne i publiczne ogłoszenie wyroku stosownie do art. 100 § 1 k.p.k. w pełni respektuje powyższy wymóg konstytucyjny. W kontekście możliwości odstąpienia od ogłoszenia wyroku, o jakiej mowa w art. 100 § 1a zdanie drugie k.p.k., zasygnalizować trzeba (gdyż nie miejsce tu na szerokie wywody w tej materii), że w literaturze zasadnie podkreśla się, iż wymóg płynący z art. 45 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP odnosi się tak do wyroków wydawanych na rozprawie, jak i na posiedzeniu².

¹ Zob. np. J. Kasiński, *Głos w kwestii publicznego ogłoszenia wyroku*, [w:] R. Olszewski, D. Świecki, J. Kasiński, P. Misztal, K. Rydz-Sybilak, A. Małolepszy (red.), *Artes serviunt vitae sapientia imperat. Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin*, Warszawa–Łódź 2019, s. 268 czy K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: Art. 1–424, Warszawa 2020, s. 1779.

² Zob. np. T. Grzegorzczak, *Udział stron i innych uczestników procesu w posiedzeniach sądu w sprawach karnych*, [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007, s. 183; W. Jasiński, *Publiczne ogłoszenie wyroku jako warunek rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 270–271. Zob. też P. Hofmański, *O jawność posiedzeń sądowych*

Pojawić się więc może problem konstytucyjności tego rozwiązania, skoro w art. 100 § 1a zdanie drugie k.p.k. zakłada się odstępianie od ogłoszenia wyroku.

Przyjęty tu kierunek wykładni pozostaje ponadto spójny z regulacją art. 418 § 1 k.p.k., który przewiduje, że wyrok ogłasza się publicznie. Nie może budzić przy tym wątpliwości, że unormowanie to dotyczy ogłoszenia wyroku na rozprawie. Wskazuje na to systematyka kodeksowa (*argumentum a rubrica*). Wszak omawiany przepis zamieszczony został w ramach rozdziału 47 Kodeksu postępowania karnego dotyczącego wyrokowania. Z kolei możliwość pominięcia treści zarzutów oskarżenia (art. 418 § 1a k.p.k.) czy też poprzestania na zwięzłym przedstawieniu rozstrzygnięcia sądu oraz zastosowanych przepisów ustawy karnej (art. 418 § 1b k.p.k.), stanowiące pewne uproszczenia procedowania, nie skutkują tym, że wyrok nie zostanie ogłoszony. Te ostatnie regulacje wprost odwołują się wszak do ogłoszenia wyroku.

Nie sposób w tym miejscu pominąć rezultatów wykładni historycznej. Trafnie podniósł Sąd Najwyższy, że przepis art. 100 k.p.k. był wielokrotnie nowelizowany, natomiast wynikająca z jego § 1 reguła, przewidująca konieczność ustnego ogłoszenia wyroku wydanego na rozprawie, pozostała niezmienna. Słusznie konstatuje więc Sąd Najwyższy, że – poza kwestiami konstytucyjnymi – nic nie stało na przeszkodzie, aby ustawodawca rozciągnął omawiany wyjątek z art. 100 § 1a zdanie drugie k.p.k. także na sytuację, gdy na ogłoszenie wyroku na rozprawie nie stawił się nikt.

Konkludując, rezultaty wykładni językowej znajdują wsparcie w pozostałych metodach wykładni. Nie może budzić zatem wątpliwości, że wyrok wydany na rozprawie zawsze należy ogłosić ustnie. W sytuacji, gdy na ogłoszenie wyroku na rozprawie nie stawił się nikt, wykluczone jest powoływanie się na unormowanie art. 100 § 1a zdanie drugie k.p.k., aby odstąpić od ogłoszenia wówczas wyroku.

III. Powrócić jeszcze trzeba do uwag odnośnie wymogów, jakie powinny zostać zrealizowane, aby można było przyjmować funkcjonowanie wydanego na rozprawie wyroku w obrocie prawnym. Przypomnieć najpierw wypada, że w doktrynie za ostatnią fazę rozprawy uznaje się wyrokowanie, które obejmuje następujące czynności (podfazy): naradę, głosowanie, sporządzenie łącznie z podpisaniem wyroku i promulgację (ogłoszenie) wyroku³. Z kolei promulgacja składa się z poniższych czynności: ogłoszenia (w ścisłym tego słowa znaczeniu) wyroku (art. 418 § 1 k.p.k.), podania do wiadomości faktu zgłoszenia

w procesie karnym, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bułsiewicza*, Toruń 2004, s. 131–132.

³ Zob. np. T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 793; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 543–544.

zdania odrębnego, a gdy zgłaszający zdanie odrębne wyrazi na to zgodę – także jego nazwiska (art. 418 § 2 k.p.k.), podania ustnie najważniejszych motywów wyroku (art. 418 § 3 k.p.k.), jak i pouczenia w kwestii zaskarżenia wyroku (art. 100 § 8 k.p.k.)⁴. Powyższe uwagi dowodzą, że wyrokowanie związane jest z wieloma konwencjonalnymi czynnościami polegającymi na ustaleniu treści rozstrzygnięcia zawartego w wyroku, sporządzeniu go na piśmie wraz z podpisaniem i jego ogłoszeniu. Na tym tle rodzi się zatem pytanie o warunki, jakim winien odpowiadać wyrok, aby można było przyjmować jego istnienie w znaczeniu prawnym.

Przepis art. 412 k.p.k. formułuje czytelny wymóg sporządzenia wyroku na piśmie, co ma przy tym nastąpić niezwłocznie po ukończeniu głosowania. Również stylizacja art. 418 § 1 k.p.k. wskazuje, że wyrok powinien przybrać formę pisemną, skoro dopiero po podpisaniu wyroku przewodniczący ogłasza go, zaś podpisać – co oczywiste na gruncie omawianej regulacji – można jedynie dokument sporządzony w formie pisemnej. Gdy chodzi z kolei o złożenie podpisu, to art. 113 k.p.k. przesądza, że orzeczenie, a więc i wyrok, podpisują wszyscy członkowie składu orzekającego, nie wyłączając nawet przegłosowanego. Do konieczności złożenia podpisu nawiązuje też, jak już wskazano, brzmienie art. 418 § 1 k.p.k. W myśl tego przepisu właśnie podpisany wyrok ogłasza się publicznie.

W efekcie trzeba stwierdzić, że wymogiem ogłoszenia wyroku jest jego uprzednie sporządzenie na piśmie. Stąd zasadnie stwierdzano, że niedopuszczalne jest ogłoszenie jako wyroku rozstrzygnięcia, którego treść wprawdzie uzgodniono, lecz którego nie sporządzono i nie podpisano⁵. Nie jest dozwolone więc, aby przewodniczący składu orzekającego odczytał z ekranu monitora komputera treść rozstrzygnięcia w oparciu o „przykładowy wyrok”, jakim dysponował, oraz podał ustnie jego motywy, choć uprzednio nie doszło do sporządzenia wyroku na piśmie⁶.

Co jednak kluczowe, samo sporządzenie wyroku na piśmie nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia z wyrokiem w sensie prawnym⁷. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że czynność ta jest w istocie dopiero przygotowaniem projektu wyroku, który staje się wyrokiem w znaczeniu prawnym dopiero z chwilą ogłoszenia, po uprzednim podpisaniu przez wszystkich członków składu orzekającego. Stąd to ogłoszenie wyroku stanowi tę czynność, która kreuje wyrok i powoduje, że od tej chwili obowiązuje on w obrocie prawnym. Dlatego też nieogłoszenie wyroku oznacza, że od strony prawnej nie można

⁴ Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 544.

⁵ Zob. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 865.

⁶ Zob. postanowienie SN z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt I KZP 19/11, Lex nr 1102088.

⁷ Zob. J. Kasiński, op. cit., s. 269.

przyjąć jego istnienia⁸. Brak formy pisemnej lub ustnej wyroku powoduje, że wyrok taki prawnie nie istnieje (*sententia non existens*)⁹.

Do tego właśnie zapatrywania nawiązał w głosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy, podnosząc, że warunkiem istnienia w obrocie prawnym wyroku sądu odwoławczego, będącego efektem przeprowadzonej rozprawy apelacyjnej, jest sporządzenie go na piśmie, podpisanie go przez członków składu orzekającego i publiczne, ustne ogłoszenie. W odniesieniu do tego stanowiska rodzi się jednak kwestia, czy jednym z wymogów funkcjonowania w obrocie prawnym stanowiącego efekt rozprawy wyroku rzeczywiście jest podpisanie wyroku.

Odnosząc się do tej kwestii, trzeba dostrzec, że jedną z tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych stanowi okoliczność, iż wyrok nie został podpisany przez którąkolwiek z osób biorących udział w jego wydaniu (art. 439 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k.). Na tle tego przepisu zasadnie wskazuje się w orzecznictwie, że nawet wyrok niepodpisany przez wszystkich członków składu orzekającego funkcjonuje w obrocie prawnym, skoro wymaga uchylecia z uwagi na uchybienie w postaci bezwzględnej przyczyny odwoławczej¹⁰. W konsekwencji należy przyjąć, że warunkiem istnienia w obrocie prawnym wyroku jako dokumentu procesowego jest sporządzenie go na piśmie, a następnie publiczne ogłoszenie¹¹. Nie jest więc możliwe przyjęcie istnienia wyroku w obrocie prawnym, gdy nie został on sporządzony na piśmie, jak również gdy wprowadzie został sporządzony (i nawet podpisany), lecz go na rozprawie nie ogłoszono. Odmienne natomiast rzecz wygląda, gdy sporządzono wyrok, który nie został podpisany przez wszystkich członków składu orzekającego, ale mimo tego doszło do jego ogłoszenia. W takim wypadku dochodzi jednak do wydania wyroku w sensie prawnym, co wynika z regulacji art. 439 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k. Wobec jednak niepodpisania tego orzeczenia przez wszystkich, na których nałożony jest ten obowiązek, pojawiają się wątpliwości, czy wyrok ten stanowi rzeczywisty wyraz woli każdego członka składu sądu. Dlatego też ustawodawca zdecydował o konieczności jego wyeliminowania z obrotu prawnego¹². W efekcie trzeba przyjąć, że w razie gdy wyrok nie zostanie sporządzony na piśmie (choćby

⁸ Zob. np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: Artykuły 1–467, Warszawa 2014, s. 1380–1381; E. Skrętowicz, *Wyrokowanie sądu pierwszej instancji w sprawach karnych*, Lublin 1984, s. 104–105; idem, *Wyrok sądu karnego pierwszej instancji. Z problematyki wyrokowania*, Lublin 1989, s. 49; L.K. Paprzycki, [w:] J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 1249; E. Kruk, *Wyrok skazujący sądu pierwszej instancji w trybie art. 335 k.p.k.*, Kraków 2005, s. 137–138 czy postanowienie SN z 12 grudnia 1961 r., sygn. akt II K 719/61, Lex nr 135476; uchwała składu 7 sędziów SN z 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 2/18, Lex nr 2509690.

⁹ Zob. E. Skrętowicz, *Wyrok sądu karnego...*, s. 49.

¹⁰ Zob. wyrok SN z 4 października 2007 r., sygn. akt V KK 269/07, Lex nr 476327 czy powołane już postanowienie SN z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt I KZP 19/11.

¹¹ Tak powyższe postanowienie SN z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt I KZP 19/11.

¹² Zob. J. Kasiński, op. cit., s. 269–270.

nawet „rozstrzygnięcie” zostało ogłoszone na rozprawie) albo gdy wyrok został wprawdzie sporządzony na piśmie, lecz go nie ogłoszono, nie mamy do czynienia z wyrokiem w sensie prawnym (*sententia non existens*). Wynika to z tego, że wydanie wyroku stanowi czynność konwencjonalną. Niedopełnienie wszystkich wymogów procesowych z nią związanych (wydaniem wyroku) skutkuje po prostu tym, że czynność ta nie zostanie dokonana. Wyrok nie istnieje. Tym samym sporządzenie wyroku na piśmie, a następnie publiczne jego ogłoszenie na rozprawie, ów wyrok konstytuuje. Brak którejs z tych czynności podważa byt wyroku jako aktu procesowego.

Natomiast odmiennie podejść trzeba do zagadnienia braku podpisu choćby jednego członka składu orzekającego na sporządzonym na piśmie i ogłoszonym w trakcie rozprawy wyroku. Wynika to wprost z decyzji ustawodawcy, który przyjął, że mamy w takim układzie procesowym do czynienia z wyrokiem, tyle że w związku z brakiem wypełnienia wymogów związanych z jego podpisaniem powinien on jednak utracić moc, a więc nie powinien dalej funkcjonować w obrocie prawnym. Tym samym jednoznacznie określony został przez prawodawcę skutek procesowy omawianego uchybienia. Inaczej mówiąc, brak podpisu pod wyrokiem sporządzonym w wyniku rozprawy i ogłoszonym w jej trakcie nie powoduje, że owego wyroku w sensie prawnym nie ma, choć jest on dotknięty poważną wadą. Wada ta nie podważa jednak bytu wyroku, dopóki nie dojdzie do jego uchylenia w oparciu o art. 439 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k.

IV. Rozważyć teraz trzeba procesowe skutki przyjęcia zaistnienia stanu określanego mianem *sententia non existens*. Otóż słusznie wywodzi się, że okoliczność, iż nie powstaje wyrok w znaczeniu procesowym powoduje, że nie może zostać zaskarżony w drodze środków odwoławczych (arg. ex art. 425 § 1 *in principio* k.p.k.)¹³. Zgodzić się więc należy z wywodami pisemnych motywów głosowanego orzeczenia, że zaniechanie ogłoszenia wyroku na rozprawie odwoławczej powoduje, iż niedopuszczalne z mocy prawa jest wniesienie kasacji, ponieważ nie istnieje substrat zaskarżenia. Nie istnieje bowiem prawomocny wyrok sądu odwoławczego kończący postępowanie, od którego dopiero przysługuje kasacja (art. 519 k.p.k.). Rodzi to ten efekt, że wniesiona kasacja na podstawie art. 531 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 k.p.k. w zw. z art. 519 k.p.k. i art. 429 § 1 k.p.k. powinna być pozostawiona bez rozpoznania. Skoro bowiem została ona wadliwie przyjęta, a nie mogła podlegać rozpoznaniu, należało ją właśnie pozostawić bez rozpoznania.

Sąd Najwyższy zauważył też przekonująco, że wprawdzie w rozważanej sprawie sąd apelacyjny nie wydał postanowienia o odroczeniu wydania wyroku na podstawie art. 411 § 1 k.p.k., to jednak – biorąc pod uwagę datę zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie odwoławczej – termin wydania

¹³ Tak postanowienie SN z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt I KZP 19/11.

wyroku określony w tym przepisie został znacznie przekroczony. Zaistnienie tej okoliczności powoduje zatem, że rozprawę odwoławczą należy stosownie do art. 411 § 2 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. prowadzić od początku. Przypomnieć tu trzeba, że po wysłuchaniu głosów końcowych sąd niezwłocznie przystępuje do narady (art. 408 k.p.k.), zaś niezwłocznie po ukończeniu głosowania sąd sporządza wyrok na piśmie (art. 412 k.p.k.). Natomiast po podpisaniu wyroku przewodniczący ogłasza go publicznie (art. 418 § 1 k.p.k.). Z kolei odroczenie wydania wyroku może nastąpić jedynie na czas nieprzekraczający 14 dni (art. 411 § 1 k.p.k.), przy obowiązku prowadzenia rozprawy od początku w razie przekroczenia tego terminu (art. 411 § 2 k.p.k.). Przepisy te stosuje się odpowiednio w postępowaniu przed sądem odwoławczym (art. 458 k.p.k.). Skoro więc nie doszło w rozpatrywanej sprawie w ogóle do wydania wyroku w sensie prawnym, a przy tym znacznie przekroczono termin z art. 411 § 1 k.p.k., to trzeba uznać, że takie procedowanie tym bardziej powinno skutkować koniecznością prowadzenia rozprawy od początku.

Słusznie stwierdził też Sąd Najwyższy, że ze względu na to, iż treść podjętej przez sąd odwoławczy decyzji co do rozpoznania apelacji od wyroku sądu *meriti* została przekazana stronie i jej pełnomocnikowi poprzez doręczenie odpisu „wyroku” wraz z uzasadnieniem, aktualizuje się wynikająca z art. 41 § 1 k.p.k. przesłanka wyłączenia sędziów. Wyrazili już oni bowiem pogląd na sprawę.

Wykaz literatury

- Eichstaedt K., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–424*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1: *Artykuły 1–467*, Wolter Kluwers, Warszawa 2014.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Grzegorzczak T., *Udział stron i innych uczestników procesu w posiedzeniach sądu w sprawach karnych*, [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Hofmański P., *O jawność posiedzeń sądowych w procesie karnym*, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, TNOiK, Toruń 2004.
- Jasiński W., *Publiczne ogłoszenie wyroku jako warunek rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kasiński J., *Głos w kwestii publicznego ogłoszenia wyroku*, [w:] R. Olszewski, D. Świecki, J. Kasiński, P. Misztal, K. Rydz-Sybilak, A. Małolepszy (red.), *Artes serviunt vitae sapientia imperat. Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga*

- jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzcyka z okazji 70. urodzin*, Wolters Kluwer, Warszawa–Łódź 2019.
- Kruk E., *Wyrok skazujący sądu pierwszej instancji w trybie art. 335 k.p.k.*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Paprzycki L.K., [w:] J. Grajewski (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Skrętowicz E., *Wyrokowanie sądu pierwszej instancji w sprawach karnych*, Lublin 1984.
- Skrętowicz E., *Wyrok sądu karnego pierwszej instancji. Z problematyki wyrokowania*, Lublin 1989.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

Summary

Commentary to the decision of the Supreme Court of December 8, 2020, II KK 148/20 concerning the conditions of the existence of the judgment which was issued at the hearing

Keywords: criminal proceedings, conditions for the existence of a judgment, drawing up the judgment in writing, announcement of the judgment, signing the judgment, admissibility of the cassation appeal.

In the analyzed ruling, the Supreme Court considers what conditions should be met by the judgement issued at the hearing so that it can be considered to exist. The Supreme Court decided that the condition for the existence of an appeal court judgment resulting from an appeal hearing is that it is drawn up in writing, signed by judges and announced. The purpose of this commentary is to refer to the opinion of the Supreme Court and the related procedural consequences. According to the author, the condition for the existence of a judgment is its drawing up in writing and a public announcement. The author agrees with the Supreme Court that if the judgment has not been announced at the appeal hearing, lodging a cassation appeal is inadmissible as there is no final judgment of the appellate court concluding the proceedings. The cassation appeal lodged in such a situation is not subject to examination.

Przemysław Kuczkowski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-4808-8577

pk@ukw.edu.pl

Piotr Pawłowski

Kancelaria adwokacka Piotr Pawłowski

piotr@pawlowski-adwokat.pl

Głosa krytyczna do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt II GSK 1041/17*

Teza

„Skoro Sejmik ma prawną możliwość uchwalania zasad pozbawiania stypendium, to ma też możliwość ustalenia zasad ich wstrzymywania. Skoro bowiem ma możliwość działania o szerszym zakresie (pozbawienia stypendium), to logicznym jest, że ma również możliwość działania o zakresie węższym (wstrzymania stypendium). Okoliczność, iż ustawodawca nie posłużył się w tym przepisie sformułowaniem »wstrzymywania« i »wznawiania« wypłaty stypendium, a takie uprawnienie w enumeratywnie wskazanych przypadkach dla ministra właściwego do spraw kultury fizycznej w art. 32 tejże ustawy wprost przewidział, nie uzasadnia w żaden sposób przyjęcia, że pozbawił tego uprawnienia jednostkę samorządu terytorialnego, która według ustalonych przez siebie zasad ma prawo w ramach przyznanych jej prawnych możliwości nadawania i pozbawiania, posiada również mieszczącą się w tym zakresie prawną możliwość ustalenia na własnych zasadach warunków wstrzymywania wypłaty takich świadczeń”.

* Wyrok opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych II GSK 1041/17 – wyrok NSA z 17 sierpnia 2017 r.

Wprowadzenie

Wstrzymanie stypendium sportowego ustanowionego i finansowanego przez jednostki samorządu terytorialnego (dalej jako j.s.t.) jest istotnym zagadnieniem prawnym na tle art. 31 ust 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1133; dalej jako ustawa o sporcie). W myśl tego przepisu „organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określa, w drodze uchwały, szczegółowe zasady, tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaje i wysokość stypendiów sportowych, nagród i wyróżnień, o których mowa w ust. 1 i 2, biorąc pod uwagę znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego oraz osiągnięty wynik sportowy”. Z powyższego przepisu literalnie wynika, że organy stanowiące j.s.t. mają uprawnienie do wydania uchwały, która będzie ustalała m.in. tryb przyznawania i pozbawiania stypendium sportowego. Przepis ten natomiast nie wskazuje na możliwość wstrzymania stypendium sportowego. Dlatego na gruncie art. 31 ust 3 ustawy o sporcie pojawiły się rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie co do możliwości uregulowania przez j.s.t., trybu wstrzymywania stypendium sportowego, jako formy czasowego pozbawiania tego stypendium¹. Głosowane orzeczenie jest ważkie z tego powodu, że zagadnienie wstrzymywania stypendium sportowego stanowiło istotę jego rozstrzygnięcia. Przed analizą i oceną stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego glosatorzy zaprezentują przebieg postępowania sądowego.

Przebieg postępowania sądowego

W głosowanym wyroku Naczelny Sąd Administracyjny (dalej jako NSA) uwzględnił skargę kasacyjną od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie (dalej jako WSA) z 15 grudnia 2016 r., sygn. akt II SA/Sz 1228/16, w sprawie ze skargi Prokuratora Rejonowego Szczecin-Niebuszewo na uchwałę Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z kwietnia 2014 r. w przedmiocie ustalenia zasad, trybu przyznawania, wstrzymywania lub pozbawiania oraz wysokości stypendiów z budżetu Województwa Zachodniopomorskiego dla zawodników osiągających wysokie wyniki sportowe.

Postępowanie przed WSA zainicjował prokurator Prokuratury Rejonowej Szczecin-Niebuszewo w Szczecinie, który wniósł skargę na uchwałę Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 15 kwietnia 2014 r. opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Województwa Zachodniopomorskiego z 2014 r.,

¹ Por. P. Daniel, *Forma przyznania przez jednostkę samorządu terytorialnego stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień za osiągnięte wyniki sportowe. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r., I OSK 1222/17*, „Orzecznictwo w Sprawach Administracyjnych” 2019, nr 3, s. 113–120; wyrok WSA w Gdańsku z 20 lipca 2017 r., sygn. akt III SA/Gd 372/17, Lex nr 2331474.

poz. 2178. Prokurator zarzucił w niej naruszenie wielu przepisów, w tym m.in. art. 31 ust. 1 i 3 ustawy o sporcie poprzez uregulowanie w § 5 ust. 1 zaskarżonej uchwały możliwości wstrzymania decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego stypendium sportowego w przypadkach określonych tym przepisem, czyli ustalenie w drodze uchwały zasad i trybu wstrzymywania wypłaty stypendium sportowego, podczas gdy przepisy ustawy upoważniają organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego jedynie do ustalenia zasad i trybu przyznawania oraz pozbawiania stypendium sportowego. Dalej prokurator podkreślił, że zawarte w art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie upoważnienie obejmuje jedynie ustalenie zasad i trybu przyznawania i pozbawiania stypendium, a nie uprawnia organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego do określania zasad i warunków jego wstrzymywania. Z tego też powodu cały § 5 w zakresie, w jakim dotyczy zasad wstrzymywania stypendium sportowego, w ocenie prokuratora miał być wadliwy. Podnosząc powyższe zarzuty, prokurator wniósł o stwierdzenie nieważności zaskarżonej uchwały.

W odpowiedzi na skargę Sejmik Województwa Zachodniopomorskiego wniósł o jej oddalenie. Organ, ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego dopuszczalności ustanowienia zasad wstrzymania stypendium, podniósł, że skoro ma kompetencję do uchwalania zasad pozbawiania stypendium, to ma też możliwość ustalenia zasad ich wstrzymywania.

WSA w Szczecinie wyrokiem z 15 grudnia 2016 r., sygn. akt II SA/Sz 1228/16 stwierdził nieważność uchwały Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z 15 kwietnia 2014 r. nr XXXIII/459/14. Sąd podzielił wyartykułowany w skardze pogląd, że zawierając w § 5 zaskarżonej uchwały uregulowania dotyczące możliwości wstrzymania stypendium sportowego organ naruszył art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie, bowiem przepis ten deleguje na rzecz organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego jedynie uprawnienia w zakresie określenia zasad i trybu przyznawania i pozbawiania stypendium sportowego, nie daje natomiast uprawnienia do określenia trybu i warunków jego wstrzymania. Możliwość taką przewidywał art. 35 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym (Dz.U. Nr 155, poz. 1298). Zdaniem sądu, skoro ustawodawca zrezygnował z możliwości wstrzymywania wypłaty stypendium, to należy uznać, że był to zabieg celowy, zwłaszcza, że inne przepisy ustawy o sporcie dopuszczają możliwość wstrzymywania stypendiów przyznawanych przez inne organy (art. 32 ust. 7). W związku z powyższym sąd uznał, że zaskarżona uchwała w sposób istotny narusza obowiązujący porządek prawny. Zarówno bowiem przekroczenie zakresu upoważnienia ustawowego do wydania aktu prawa miejscowego, będące wynikiem wadliwej wykładni, jak i naruszenie wynikające z zasady demokratycznego państwa prawnego nakazu przestrzegania przez prawodawcę zasad poprawnej legislacji, stanowią w ocenie sądu istotne naruszenia prawa i uzasadniają stwierdzenie nieważności zaskarżonej uchwały w całości.

Wyżej wskazany wyrok został w całości zaskarżony kasacyjnie. Wyrokowi zarzucono m.in. błędną wykładnię art. 31 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 1 ustawy o sporcie poprzez przyjęcie, że niedopuszczalne jest ustanowienie w uchwale Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego zasad wstrzymywania wypłaty stypendiów, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że skoro dopuszczalne jest ustanowienie zasad pozbawienia stypendium, możliwe jest również ustanowienie zasad jego wstrzymywania.

NSA uwzględnił skargę kasacyjną, wskazując, że skoro sejmik ma prawną możliwość uchwalania zasad pozbawiania stypendium, to ma też możliwość ustalenia zasad ich wstrzymywania. Skoro bowiem ma możliwość działania o szerszym zakresie (pozbawienia stypendium), to logiczne jest, że ma również możliwość działania o zakresie węższym (wstrzymania stypendium). Okoliczność, iż ustawodawca nie posłużył się w tym przepisie sformułowaniem „wstrzymywania” i „wznawiania” wypłaty stypendium, a takie uprawnienie w enumeratywnie wskazanych w art. 32 tejże ustawy przypadkach wprost przewidział dla ministra właściwego do spraw kultury fizycznej, nie uzasadnia w żaden sposób przyjęcia, że pozbawił tego uprawnienia jednostkę samorządu terytorialnego, która według ustalonych przez siebie zasad ma prawo – w ramach przyznanych jej prawnych możliwości nadawania i pozbawiania stypendium – ustalenia na własnych zasadach warunków wstrzymywania wypłaty takich świadczeń. W ocenie NSA sąd pierwszej instancji dokonał zatem błędnej wykładni art. 31 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 1 ustawy o sporcie we wskazanym wyżej zakresie, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że skoro w przepisie art. 31 ust. 3 dopuszczalne jest ustanowienie zasad pozbawienia stypendium, to dopuszczalne jest również ustanowienie zasad jego wstrzymywania.

Głosa odnosi się wyłącznie do przytoczonych w uzasadnieniu wyroku NSA szczególnie istotnych, z punktu widzenia dogmatyki prawa administracyjnego, twierdzeń dotyczących kwestii wstrzymywania stypendium sportowego. Pozostałe problemy pozostają poza zakresem niniejszej glosy.

Analiza i ocena merytoryczna

Autorzy glosy zajęli się tematyką trybu wstrzymywania stypendium sportowego z tego powodu, że istnieją w tej kwestii rozbieżności w orzecznictwie, zaś w doktrynie ta tematyka nie jest podejmowana. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia jest szczególnie istotne dla samorządów, które zamierzają uregulować zagadnienie stypendium sportowego w sposób prawidłowy, ażeby w przyszłości nie mierzyć się z niebezpieczeństwem stwierdzenia nieważności uchwały i ewentualnych skutków finansowych. Problematyka ta jest ważna

dla j.s.t każdego szczebla, a warto przypomnieć, iż w Polsce jest 16 województw, 314 powiatów, zaś samych gmin ponad 2477² i wiele z nich ustanowiło lub zamierza ustanowić i finansować stypendia dla swoich sportowców.

Na wstępie analizy glosowanego wyroku warto wyjaśnić, dlaczego uchwała Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z 15 kwietnia 2014 r. nr XXXIII/459/14 w przedmiocie ustalenia zasad, trybu przyznawania, wstrzymywania lub pozbawiania oraz wysokości stypendiów z budżetu Województwa Zachodniopomorskiego dla zawodników osiągających wysokie wyniki sportowe³ jest aktem prawa miejscowego. Należy podkreślić, że w polskim systemie prawnym nie ma legalnej definicji aktów prawa miejscowego, dlatego też cechy tego pojęcia należy zrekonstruować na podstawie Konstytucji RP oraz przepisów prawa ustrojowego stanowiących o aktach prawa miejscowego. W tym zakresie wielokrotnie wypowiadali się również przedstawiciele doktryny, jak i judykatura.

Rozważania w tej materii należy rozpocząć od Konstytucji RP. W myśl jej art. 94 organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej, na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie, ustanawiają akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania tych organów.

Zasady i tryb wydawania aktów prawa miejscowego określa ustawa. Uzupełnienia przepisów konstytucyjnych dotyczących stanowienia aktów prawa miejscowego dokonał ustawodawca, zwłaszcza w art. 89 i nast. (rozdział 8) ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (w zakresie aktów prawa miejscowego stanowionych przez sejmik województwa). Za Jerzym Świątkiewiczem należy podkreślić, że „przepisy te są niewątpliwie dodatkową płaszczyzną precyzującą konstytucyjne cechy aktów prawa miejscowego”⁴.

Z przepisów tych możemy wyczytać, że akty prawa miejscowego:

- 1) jako akty podustawowe muszą mieścić się w granicach określonych delegacją i być niesprzeczne zarówno z ustawą, w której zawarta jest delegacja i na podstawie, której zostały wydane, jak również z Konstytucją RP,
- 2) będąc źródłami prawa powszechnie obowiązującego, muszą mieć charakter normatywny, zawierać normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym,
- 3) muszą mieć powszechny charakter,
- 4) obowiązują na obszarze działania organów, które je ustanowiły,
- 5) są stanowione jedynie w sprawach mniejszej wagi, o lokalnym znaczeniu, mają wykonawczy charakter w szerokim tego słowa znaczeniu,

² Dane Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji stan na dzień 1 stycznia 2021 r. <http://administracja.mswia.gov.pl/adm/baza-jst/843,Samorzad-terytorialny-w-Polsce.html> (data dostępu: 28.06.2021).

³ Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego z 2014 r., poz. 2178.

⁴ J. Świątkiewicz, *Prawo miejscowe pod rządem Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 85–86.

6) cechują się brak możliwości samodzielnego regulowania spraw należących do „materii ustawowej”⁵.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym, „akt prawa miejscowego, będący źródłem prawa powszechnie obowiązującego, musi jako taki zawierać normy mające charakter abstrakcyjny i jednocześnie co do zasady generalny (normy ogólne), a zatem sposób powinnego zachowania wyznaczony przez takie normy powinien odnosić się do zachowań powtarzalnych (a nie do zachowań jednorazowych), zaś adresat takich norm powinien być określony przez wskazanie jego cech, a więc nazwą generalną (a nie indywidualną). Powszechnie obowiązujący charakter prawa ponadto wymaga, aby personalny zasięg oddziaływania normy był powszechny, a nie wewnętrzny, a więc nie obowiązywał jedynie podmioty podległe organowi wydającemu akt prawny”⁶.

Uchwała Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego w przedmiocie ustalenia zasad, trybu przyznawania, wstrzymywania lub pozbawiania oraz wysokości stypendiów z budżetu województwa zachodniopomorskiego dla zawodników osiągających wysokie wyniki sportowe niewątpliwie zawiera wszystkie wyżej przytoczone cechy aktu prawa miejscowego.

Akty prawa miejscowego są ściśle powiązane z ustawą w tym sensie, że prawo miejscowe to prawo podstawowe, które jest stanowione na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie. Akty prawa miejscowego są wydawane „na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie (art. 94 zdanie pierwsze Konstytucji RP), co znaczy, że nie mają one samoistnego statusu – są stanowione i obowiązują w formalnej i materialnej zależności od ustawy. Upoważnienie do ustanowienia aktu prawa miejscowego powinno mieć źródło w normie kompetencyjnej, która jednocześnie określa ogólne ramy swobody regulacyjnej organu prawodawczego”⁷.

Warto w tym miejscu zadać pytanie o rodzaj upoważnienia, które zostało zawarte w art. 31 ust 3 ustawy o sporcie. Chcąc odpowiedzieć na to zagadnienie, należy dokonać podziału upoważnień do wydawania aktów podstawowych – zgodnie z poglądami doktryny⁸ – na: 1) ustawowe upoważnienie o charakterze szczegółowym oraz 2) ustawowe upoważnienie o charakterze generalnym.

„Pierwsza kategoria to akty o charakterze wykonawczym, czyli wydawane na podstawie szczegółowego ustawowego upoważnienia, a druga kategoria to akty prawa miejscowego o charakterze ustrojowo-organizacyjnym i akty

⁵ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2020, s. 85–103, patrz także: S. Bułajewski, *Rada gminy jako organ stanowiący*, [w:] M. Chmaj (red.), *Status prawny rady gminy*, Warszawa 2012, s. 88–124; Z. Kopacz, *Publikacja aktów prawa miejscowego w Polsce*, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2016, s. 48–57.

⁶ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 22 stycznia 2020 r., sygn. akt II SA/Bd 1036/19, Lex nr 2781917; wyrok WSA w Gliwicach z 16 czerwca 2015 r., sygn. akt IV SA/Gl 1002/14.

⁷ P. Radziejewicz, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. drugie, 2021, Lex.

⁸ Patrz Z. Kopacz, op. cit., s. 53.

o charakterze porządkowym, które mogą być stanowione na podstawie upoważnienia o charakterze generalnym”⁹. Stanowienie prawa miejscowego „na podstawie i w granicach ustaw” na podstawie upoważnienia szczegółowego wymusza takie formułowanie tych przepisów, by między nimi, a ustawą możliwe było stwierdzenie istnienia podwójnej więzi formalnej i materialnej, przy czym istnienie więzi formalnej będzie zapewnione, gdy istnieć będzie przepis w akcie rangi ustawowej upoważniający do uregulowania danej sprawy w drodze aktu prawa miejscowego, a więź materialna (treściowa) istnieć będzie wtedy, gdy dany akt stanowi swoiste dopełnienie treści ustawy, a więc gdy akt prawa miejscowego będzie w swej treści zgodny z treścią aktu, z upoważnienia którego został wydany, ocena tej zgodności dokonywana będzie w ramach kontroli legalności aktów prawa miejscowego, a więc przez organy nadzoru, sąd administracyjny, a wyjątkowo także przez TK¹⁰. Ponadto delegacja szczegółowa musi określać przedmiot regulacji w drodze aktu prawa miejscowego oraz organy uprawnione do jego wydania.

Niewątpliwie przedmiotowa dla głosowanego orzeczenia uchwała Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego została uchwalona na podstawie upoważnienia szczegółowego.

Mając na uwadze powyższe rozważania dotyczące upoważnień do wydania aktu podustawowego, należy kolejno ustalić, czy Sejmik Województwa Zachodniopomorskiego uchwalając przedmiotową uchwałę, nie przekroczył ustawowego upoważnienia z art. 31 ust 3 ustawy o sporcie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 31 ust 3 ustawy o sporcie „organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określa, w drodze uchwały, szczegółowe zasady, tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaje i wysokość stypendiów sportowych, nagród i wyróżnień, o których mowa w ust. 1 i 2, biorąc pod uwagę znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego oraz osiągnięty wynik sportowy”. Powołany przepis wyraźnie określa, po pierwsze, organ uprawniony do wydania uchwały, tj. organ stanowiący j.s.t; po drugie, przedmiot regulacji w drodze aktu prawa miejscowego, tj. szczegółowe zasady, tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaje i wysokość stypendiów sportowych, nagród i wyróżnień, o których mowa w ust. 1 i 2, biorąc pod uwagę znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego oraz osiągnięty wynik sportowy.

Biorąc pod uwagę art. 89 ust 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1668), który stanowi, że na podstawie tej ustawy oraz na podstawie upoważnień udzielonych w innych ustawach i w ich granicach sejmik województwa stanowi akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze województwa lub jego części, należy dojść do przekona-

⁹ K. Sikora, *Akty prawa miejscowego w ramach konstytucyjnego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego*, „Annales UMCS” 2017, nr 1, s. 176.

¹⁰ D. Dąbek, *op. cit.*, s. 113.

nia, że niedopuszczalne jest, by przepisy prawa miejscowego, będąc przepisami podstawowymi, wykaczały poza unormowania ustawowe¹¹.

Dokonując porównania uregulowania art. 31 ust 3 ustawy o sporcie z podjętą przez Sejmik Województwa Zachodniopomorskiego uchwałą w przedmiocie ustalenia zasad, trybu przyznawania, wstrzymywania lub pozbawiania oraz wysokości stypendiów z budżetu Województwa Zachodniopomorskiego dla zawodników osiągających wysokie wyniki sportowe, przede wszystkim nie można wykazać istnienia więzi formalnej, ale i materialnej. Końcowo powoduje to, że ten akt prawa miejscowego wykacza poza delegację ustawową, w zakresie w którym zawiera regulacje dotyczącą trybu wstrzymywania stypendium sportowego.

Artykuł 31 ust 3 ustawy o sporcie, jako przepis kompetencyjny, nie zawiera delegacji ustawowej do uregulowania kwestii wstrzymywania stypendium sportowego, w związku z tym należy uznać, że organ stanowiący j.s.t. nie został wyposażony w uprawnienie do uregulowania tego zagadnienia akcie prawa miejscowego. Warto w tym miejscu odwołać się do zasad wykładni prawa, określonych przez doktrynę prawa. Lech Morawski, w zakresie wykładni przepisów kompetencyjnych (a w uchwale sejmiku jako aktu wydanego z upoważnienia ustawowego będzie określona materia stypendiów sportowych) wskazywał, że „w sposób ścisły literalny powinny być interpretowane przepisy kompetencyjne oraz dotyczące praw i obowiązków obywatelskich”¹².

Wytyczne takie zawiera również bogate orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (dalej jako TK). W wyroku TK z 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K25/99, dotyczącym wykładni przepisów kompetencyjnych, wywiedziono następujące zasady:

- 1) zakaz domniemywania kompetencji prawodawczych oraz
- 2) zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej kompetencje prawodawcze.

Z powyższego możemy zatem wywieść, że TK w swym orzecznictwie podkreśla nakaz ścisłej wykładni przepisów kompetencyjnych TK¹³.

Dokonując wykładni literalnej przepisu art. 31 ust 3 ustawy o sporcie, należy dojść do przekonania, że polski ustawodawca nie upoważnił Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego do podejmowania zabiegów prawotwórczych w zakresie uregulowania materii wstrzymania stypendium sportowego. Przedmiot kompetencji sejmiku został jednoznacznie unormowany. Jak wskazuje komentarz do art. 31 ust 3 ustawy o sporcie autorstwa Eligiusza J. Krześniaka, w uchwale należy zgodnie z dyspozycją komentowanego przepisu określić wszystkie kluczowe elementy charakteryzujące stypendia sportowe, nagrody i wyróżnienia, to jest:

¹¹ Wyrok WSA w Krakowie z 20 kwietnia 2010 r., sygn. akt III SA/Kr 1/09, Lex nr 686754.

¹² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 193.

¹³ Patrz wyrok TK z 26 lipca 2004 r., sygn. akt U 16/02, OTK – A 2004/7/70 czy Wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., sygn. akt P 7/98, OTK 1999/4/72.

- 1) szczegółowe zasady przyznawania i pozbawiania stypendiów sportowych,
- 2) tryb przyznawania i pozbawiania przyznawania i pozbawiania stypendiów sportowych,
- 3) rodzaje stypendiów sportowych,
- 4) wysokość tychże stypendiów¹⁴.

Tym samym komentator nie dostrzega możliwości uregulowania w uchwale j.s.t zasad i trybu wstrzymywania stypendiów sportowych.

Dlatego nie sposób zaaprobować stanowiska NSA w głosowanym orzeczeniu, że „skoro Sejmik ma prawną możliwość uchwalania zasad pozbawiania stypendium, to ma też możliwość ustalenia zasad ich wstrzymywania. Skoro bowiem ma możliwość działania o szerszym zakresie (pozbawienia stypendium), to logicznym jest, że ma również możliwość działania o zakresie węższym (wstrzymania stypendium) (...)”. Stanowisko zawarte w orzeczeniu NSA, niewątpliwie odwołuje się do wnioskowania *a maiori ad minus* (z większego na mniejsze), które jest rodzajem wnioskowaniem *a fortiori*.

W tym miejscu należy sformułować dwie krytyczne uwagi co do rozumowania NSA. Po pierwsze: w ocenie autorów niniejszej glosy w ogóle nie ma tu do czynienia z ww. wnioskowaniem. Pozbawienie czegoś a wstrzymanie czegoś to dwie różne czynności. „Wstrzymywać” znaczy „odłożyć na później, zawiesić coś”¹⁵. Natomiast „pozbawić” to „przyczynić się do utraty czegoś przez kogoś lub przez coś”¹⁶. Tym samym pozbawienie stypendium sportowego powoduje jego definitywną utratę, natomiast wstrzymanie stypendium sportowego oznaczać może czasowe zawieszenie jego wypłacania. Skoro wstrzymanie stypendium sportowego jest czymś innym niż jego pozbawienie, zastosowanie tu wnioskowania *a maiori ad minus* nie wydaje się być uprawnione. Autorzy niniejszej glosy uważają, że wnioskowanie to mogłoby znaleźć zastosowanie wyłącznie jako uzasadnienie przyznania organowi j.st. prawa do podjęcia uchwały przewidującej pozbawienie jedynie części stypendium sportowego (skoro można pozbawić całości stypendium sportowego, można i pozbawiać jego części). Po drugie: wnioskowanie *a fortiori* nie jest niezawodne. Nie bazuje bowiem na prawach logiki formalnej, lecz na ocenach żywionych przez prawodawcę¹⁷. NSA w głosowanym wyroku nie zrekonstruował ocen prawodawcy.

Warto podkreślić również, że w przedmiotowym wyroku NSA naruszył również zasady wykładni systemowej, która powinna być stosowana uzupełniająco. W tym samym akcie prawnym (ustawie o sporcie) w art. 32 ustawodawca upoważnił ministra właściwego do spraw kultury fizycznej nie tylko do

¹⁴ E.J. Krzeński, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2020, Lex; podobnie: W. Cajselski, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, Legalis oraz M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, [w:] M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak (red.), *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, Lex.

¹⁵ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wstrzym%C4%87.html> (data dostępu: 29.06.2021).

¹⁶ <https://sjp.pwn.pl/szukaj/pozbawi%C4%87.html> (data dostępu: 29.06.2021).

¹⁷ A. Malinowski (red.), *Logika dla prawników*, Warszawa 2007, s. 304.

przyznawania (ust. 1) i pozbawiania (ust. 4) stypendium sportowego dla członka kadry narodowej, ale również w określonych enumeratywnie przypadkach do wstrzymywania takiego stypendium (ust. 3). Natomiast w art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie, dotyczącym się stypendiów ustanawianych i finansowanych przez jednostki samorządu terytorialnego, nie dano upoważnienia do uregulowania wstrzymywania stypendium sportowego, lecz jedynie do określenia zasad i trybu jego przyznawania lub pozbawiania. Niewątpliwie świadczy to o zamierzonym działaniu ustawodawcy, który wyłącznie ministra chciał wyposażyć w kompetencję do wstrzymywania stypendium¹⁸. Warto dodać, że w glosowanym wyroku NSA zastosował wykładnię systemową celem uzasadnienia zróżnicowania formy przyznawania i pozbawiania stypendium sportowego przez ministra oraz jednostkę samorządu terytorialnego. Zwrócił na to uwagę A. Jakubowski w swej glosie do omawianego wyroku NSA¹⁹. Dlatego też w przypadku tejże uchwały uchwalony został przepis, który ewidentnie wykracza poza upoważnienie zawarte w ustawie, co, niestety, nie zasługuje na aprobatę.

Podsumowując, należy podkreślić, że wykładnia przepisów kompetencyjnych oraz dotyczących praw i obowiązków obywatelskich powinna być ścisła, literalna, na co wielokrotnie w swych orzeczeniach zwracał uwagę TK. Niestety, w glosowanym wyroku NSA zastosował rozumowanie, że skoro sejmik może uregulować tryb pozbawiania stypendium sportowego, to tym bardziej może uregulować tryb wstrzymania stypendium, co absolutnie nie zasługuje na aprobatę. Niniejsza glosa może zatem mieć istotne znaczenie dla praktyki orzeczniczej sądów administracyjnych.

Wykaz literatury

- Badura M., Basiński H., Kałużny G., Wojcieszak M., [w:] M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak (red.), *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, Lex.
- Buławajewski S., *Rada gminy jako organ stanowiący*, [w:] M. Chmaj (red.), *Status prawny rady gminy*, Difin, Warszawa 2012.
- Cajsel W., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2011, Legalis.
- Daniel P., *Forma przyznania przez jednostkę samorządu terytorialnego stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień za osiągnięte wyniki sportowe. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r., I OSK 1222/17*, „Orzecznictwo w Sprawach Administracyjnych” 2019, nr 3.

¹⁸ Patrz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 12 września 2017 r., sygn. akt II SA/Rz 696/17, Lex nr 2371334; wyrok WSA w Łodzi z 27 października 2017 r., sygn. akt II SA/Ld 624/17, LEX nr 2392825.

¹⁹ A. Jakubowski, *Test decyzji administracyjnej i dopuszczalność modyfikacji trybu jej wydawania aktem podstawowym. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r., I OSK 1222/17*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020 nr 2, s. 172. Co do formy przyznawania stypendiów sportowych wypowiadali się również inni przedstawiciele doktryny, warto zwrócić uwagę m.in. na wypowiedź P. Daniel, op. cit., s. 116–117.

- Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2020.
- Jakubowski A., *Test decyzji administracyjnej i dopuszczalność modyfikacji trybu jej wydawania aktem podstawowym. Glosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r., I OSK 1222/17*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 2.
- Kopacz Z., *Publikacja aktów prawa miejscowego w Polsce*, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2016.
- Krześniak E.J., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.
- Malinowski A. (red.), *Logika dla prawników*, Lexis Nexis, Warszawa 2007.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2010.
- Radziejewicz P., [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. drugie, 2021, Lex.
- Sikora K., *Akty prawa miejscowego w ramach konstytucyjnego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego*, „Annales UMCS” 2017, nr 1.
- Świątkiewicz J., *Prawo miejscowe pod rządami Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1.

Summary

Critical Commentary on the Judgment of the Supreme Administrative Court of 17 August 2017, ref. II GSK 1041/17

Keywords: local law, sports scholarships, suspension of the sports scholarship, local government, local government unit, enacting acts of local law.

The subject of the commentary on the judgment of the Supreme Administrative Court of 17 August 2017, ref. II GSK 1041/17 is the issue of establishing acts of local law concerning sports scholarships established and financed by a local government unit. The Supreme Administrative Court stated in the commented judgment, that it is permissible to pass a resolution of the voivodeship assembly, which would provide for the possibility of suspending the sports scholarship. Local legal acts are issued based on statutory authorization, which cannot be exceeded. The legislator did not grant the voivodeship assembly the power to regulate the suspension of the payment of sports scholarships. Therefore the judgment of the Supreme Administrative Court should be assessed critically.

Tomasz Majer

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-4630-685X

tomasz.majer.85@gmail.com

Głosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 14 stycznia 2020 r., sygn. akt I SA/Ol 749/19

Teza

W razie braku interwencji ustawodawcy w zakresie ustalenia maksymalnej wysokości opłaty egzekucyjnej, opłaty manipulacyjnej i wysokości innych opłat egzekucyjnych, organy administracji publicznej dokonywać muszą oceny, czy ustalone koszty egzekucyjne na podstawie stawek procentowych wskazanych w przepisach u.p.e.a. przystają do wzorców konstytucyjnych wynikających z art. 64 ust. 1 i art. 84 Konstytucji.

Opłaty egzekucyjne naliczane procentowo od wartości egzekwowanej kwoty winny mieć charakter degressywny i wielkość ułamka (procentu) naliczanego od egzekwowanej kwoty winna maleć wraz ze wzrostem egzekwowanej kwoty.

W glosowanym, prawomocnym orzeczeniu Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie (dalej jako WSA w Olsztynie) uchylił postanowienie dyrektora Izby Administracji Skarbowej w przedmiocie obciążenia zobowiązanego kosztami postępowania egzekucyjnego.

W części prawnej uzasadnienia sąd wskazał, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14 zmienił normatywną treść m.in. art. 64 § 1 pkt 4 i art. 64 § 6 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹, derogując je w zakresie, w jakim nie określają maksymalnej wysokości opłaty za dokonane czynności egzekucyjne. Sąd wskazywał, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej jako Trybunał) ma charakter zakresowy, co oznacza, że nie powoduje on utraty

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1427, dalej jako u.p.e.a.

mocy zaskarżonego przepisu. Przepis ten nadal obowiązuje w systemie prawa, jednakże po wydaniu orzeczenia przez Trybunał musi być traktowany jako niezgodny z Konstytucją w granicach określonych w wyroku Trybunału. W pozostałym zakresie może (a nawet musi) być nadal stosowany przez organy egzekucyjne. Aby jednak nie narazić się na zarzut naruszenia Konstytucji, organy powinny badane przez Trybunał przepisy prawa stosować i interpretować zgodnie ze wskazówkami zawartymi w wyroku Trybunału.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie, formułując wiążące dla organów wskazania co do dalszego postępowania, podkreślał, że w razie braku interwencji ustawodawcy do czasu ponownego orzekania w sprawie konieczne będzie dokonanie oceny, czy ustalone na podstawie stawek procentowych wskazanych w przepisach u.p.e.a. koszty egzekucyjne przystają do wzorców konstytucyjnych wynikających z art. 64 ust. 1 i art. 84 Konstytucji, a jeśli nie, to w jakim zakresie należy dokonać ich miarkowania z uwzględnieniem zasady bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji. Sąd podkreślał, że korekta ta powinna zostać oparta na jasnych i przejrzystych dla strony kryteriach, tak aby rozstrzygnięcie organu nie naruszało zasady zaufania obywatela do władzy publicznej.

Sąd w zakresie ustalania metod miarkowania opłat egzekucyjnych odwołał się do stanowiska wyrażonego już w wyroku WSA w Olsztynie z 19 marca 2019 r., sygn. akt I SA/Ol 172/19². Sąd podzielił w pierwszej kolejności pogląd, zgodnie z którym nie można dopuścić do sytuacji, w której sposób miarkowania opłat nakładanych na zobowiązanego byłby niejasny lub oparty na dalece uznaniowej albo wręcz dowolnej ocenie nieostrych kryteriów. Jak podkreślano, z zasady zaufania obywatela do władzy publicznej wywieść należy gwarancje przewidywalności działań organów administracji. Za niezbędne uznano ustalenie kryteriów miarkowania opłat nakładanych na zobowiązanego, które byłyby nie tylko jasne, weryfikowalne, ale i powtarzalne. Mając powyższe na uwadze, podzielono i w pewnym zakresie rozwinięto stanowisko WSA w Olsztynie wyrażone w cytowanym już wyroku z 19 marca 2019 r., sygn. akt I SA/Ol 172/19, zgodnie z którym opłaty egzekucyjne naliczane procentowo od wartości egzekwowanej kwoty winny mieć charakter regresywny, a wielkość ułamka (procentu) naliczanego od egzekwowanej kwoty winna maleć wraz ze wzrostem egzekwowanej kwoty.

Sąd, mając powyższe na uwadze, wskazał, że pomocniczo przy miarkowaniu opłat egzekucyjnych stosowane mogą być przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi³ (dalej jako rozporządzenie). W dalszej części argumentacji podnoszono, że roz-

² Dostępny w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych (dalej jako CBOSA). Wszystkie przywoływane w tekście wyroki sądów administracyjnych dostępne są w CBOSA.

³ Dz.U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193.

wiązania te zawierają możliwy do przeniesienia na grunt postępowania egzekucyjnego system regresji procentowej stawki opłat. Z tej też przyczyny stanowią zespół regulacji, mogących służyć miarkowaniu opłat egzekucyjnych. Wskazano również, że odwołanie się do wzmiankowanych wyżej regulacji sprzyjać będzie ustanowieniu przejrzystego modelu ustalania wysokości opłat egzekucyjnych, zapewniającego powtarzalność i przewidywalność działań organów w tym zakresie.

Przytoczone wyżej rozważania Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie uznać należy za słuszne.

Zgodnie z brzmieniem art. 64 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁴, organ egzekucyjny w egzekucji należności pieniężnych pobierał za dokonane czynności egzekucyjne opłaty. Przywoływany przepis różnicował wysokość i sposób naliczania opłat w zależności od rodzaju czynności egzekucyjnych. W przeważającej większości opłaty ustalane były zatem w sposób stosunkowy do egzekwowanej kwoty – jako jej określony stały procent. Ustawodawca zdecydował się jednocześnie na wskazanie w takich przypadkach minimalnych wielkości poszczególnych opłat, które winny być stosowane w przypadku, gdy wysokość opłaty ustalonej, jako określony ułamek egzekwowanej kwoty, byłaby niższa od opłaty minimalnej. Rozwiązanie to stanowi skuteczną metodę zabezpieczenia ekonomicznego interesu organów egzekucyjnych w sytuacji egzekucji niewielkich kwot, których ułamkowe części byłyby na tyle niskie, że w żaden sposób nie mogłyby stanowić ekwiwalentu kosztów poniesionych w związku z realizacją poszczególnych czynności egzekucyjnych. Jednocześnie ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie drugiego typu ograniczeń w ustalaniu kwot opłat egzekucyjnych, tj. kwot maksymalnych⁵. Zaniechanie to sprawiło, że potencjalnie, wraz ze wzrostem egzekwowanej kwoty, w nieograniczony sposób rosnąć mogły stawki opłat egzekucyjnych, stanowiące jej ułamek. Rozwiązanie to, a raczej brak ustalenia wspomnianego wyżej limitu maksymalnej wysokości opłat egzekucyjnych, zakwestionował Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 czerwca 2016 r.⁶

Przywoływany wyżej wyrok Trybunału miał fundamentalny wpływ na stanowisko sformułowane przez WSA w Olsztynie w głosowanym orzeczeniu z 14 stycznia 2020 r. Poza samą treścią stanowiska Trybunału, niebagatelne znaczenie miał również fakt, że wyrok Trybunału był orzeczeniem zakresowym negatywnym⁷. Skutkiem jego wejścia do obrotu prawnego nie było wobec po-

⁴ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1427), dalej jako u.p.e.a.

⁵ Wyjątek stanowi tu art. 64 § 1 pkt. 6 u.p.e.a., odnoszący się do opłat za zajęcie ruchomości, oraz art. 64 § 1 pkt 14, regulujący ustalenie opłaty za spisanie na miejscu u zobowiązanego protokołu o stanie majątkowym zobowiązanego.

⁶ Wyrok TK z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14 (Dz.U. z 2016 r., poz. 1244).

⁷ T. Woś, odnosząc się do rozstrzygnięć zakresowych Trybunału Konstytucyjnego, wskazał, że są to rozstrzygnięcia, w których Trybunał stwierdza zgodność albo niezgodność z konstytucją

wyższego zakwestionowanie *in genere* przepisów art. 64 § 1 pkt 4 i § 6 u.p.e.a. bądź konkretnych wprost wyrażonych w nich treści, lecz wskazanie na powodowaną brakiem oznaczonych przez Trybunał elementów wadliwość norm prawnych, jakie wyinterpretować można z brzmienia obu przepisów. Wadliwość ta dotyczyła ściśle oznaczonego zakresu ich możliwego stosowania. Konsekwencją zakresowego charakteru wyroku Trybunału jest także fakt, że przepisy art. 64 § 1 pkt 4 i § 6 u.p.e.a. nie zostały formalnie usunięte z porządku prawnego i traktowane musiały być jako obowiązujące w zakresie niezakwestionowanym przez Trybunał⁸. Okoliczność ta miała fundamentalne znaczenie dla procesu ustalania opłat w postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Nie jest bowiem możliwe stosowanie zakwestionowanych przepisów w sposób nieuwzględniający stanowiska Trybunału⁹.

W literaturze podnoszona jest kwestia trudnych do ustalenia konsekwencji negatywnego wyroku zakresowego dla stosowania objętych nim przepisów. Marcin Dąbrowski, odnosząc się do wyroków zakresowych (tak pozytywnych, jak i negatywnych), wskazywał, że orzeczenia Trybunału o rozbudowanej formule sentencji, w szczególności interpretacyjne, naruszają zasadę pewności i jasności prawa. Autor wskazywał równocześnie, że kompetencja Trybunału do wydawania wyroków interpretacyjnych ma ograniczony charakter. Nie ne-

przepisu prawnego w określonym (podmiotowym, czasowym lub przedmiotowym) zakresie jego zastosowania. Przywoływany autor w ramach tej kategorii wyroków wyróżnił orzeczenia o charakterze pozytywnym i negatywnym. Jako pozytywne określał wyroki, w których kwestie konstytucyjności są rozstrzygane w odniesieniu do treści zawartej w przepisie prawnym. Do wyroków zakresowych o charakterze negatywnym zaliczone zostały zaś orzeczenia, w których kwestie konstytucyjności są rozstrzygane w odniesieniu do treści normatywnej, pomijanej w takim orzeczeniu – T. Woś, *Wyroki interpretacyjne i zakresowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2016, t. 25, nr 3, s. 990. Wyroki zakresowe scharakteryzowane zostały również przez M. Dąbrowskiego – M. Dąbrowski, *Spór o wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego – głos w dyskusji*, „*Przegląd Prawa Konstytucyjnego*” 2017, nr 2(36), s. 29–51. Odnosząc się do systematyzacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego, należy wskazać za K. Janasem, że „przełomowej klasyfikacji dokonał w tym względzie J. Trzcinski, który poszerzył dychotomiczny podział orzeczeń Trybunału o zgodności albo niezgodności przedmiotu kontroli z Konstytucją RP. Wyróżnił on dwa podstawowe rodzaje orzeczeń: o zgodności bądź niezgodności z Konstytucją RP danego przedmiotu kontroli, dalej natomiast stwierdził, że istnieją jeszcze takie orzeczenia, które zgodność albo niezgodność z ustawą zasadniczą przedmiotowi kontroli przyznają pod warunkiem jego odpowiedniego rozumienia; uznają zgodność lub niezgodność z ustawą zasadniczą określonego przepisu w odpowiednim zakresie jego stosowania. Klasyfikacja ta stała się podłożem do dalszych badań. Współcześnie autorzy wyróżniają przede wszystkim wyroki proste (klasyczne), interpretacyjne oraz zakresowe. Spotkać się można także z rozróżnieniem na orzeczeniach aplikacyjne, reanimacyjne, pozornie zakresowe prawotwórcze, jak i pozornie zakresowe interpretacyjne” – K. Janas, *O niektórych skutkach prawnych i wątpliwościach, jakie rodzą orzeczenia zakresowe Trybunału Konstytucyjnego – uwagi na marginesie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2015 r., sygn. K 29/13*, „*Studia Prawa Publicznego*” 2016, nr 3(15), s. 200.

⁸ Brzmienie przepisów objętych zakresowym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego pozostaje niezmienione. Szerzej: D. Nowicki, *Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „*Państwo i Prawo*” 2012, nr 10, s. 48–61.

⁹ Wyrok WSA w Białymstoku z 12 września 2018 r., sygn. akt I SA/Bk 279/18, CBOSA.

gował zatem dopuszczalności stosowania tej instytucji, lecz wskazywał, że może być ona wykonana tylko w szczególnych okolicznościach, gdy wszystkie pozostałe ustrojowe mechanizmy (typy orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego) nie dają możliwości sanacji kontrolowanych przepisów¹⁰. Podobne stanowisko zajął Tomasz Woś, odnosząc się bezpośrednio do instytucji negatywnego wyroku zakresowego. Wskazywał, że konsekwencją wydania negatywnego wyroku zakresowego nie jest przeredagowanie objętego nim przepisu; pozostaje on w literalnym brzmieniu, co może rodzić niepewność co do faktycznej treści prawa¹¹. Krytycznie do tej kategorii orzeczeń odnosił się również Konrad Osajda. Swoją cenę sformułował jednak w sposób bardziej zdecydowany. Jak wywodził, dla praktyki stosowania prawa orzeczenia Trybunału dotyczące pominięcia prawodawczego nie powinny mieć żadnego znaczenia ani skutku prawnego, a w szczególności nie prowadzą do wykreowania treści normatywnych, których brak uważają za naruszający ustawę zasadniczą, gdyż normy prawne może stanowić wyłącznie władza ustawodawcza¹².

Pogląd odmienny wyrażał zaś Jan Podkowik – autor nie tylko nie neguje instytucji wyroków odnoszących się do pominięcia prawodawczego, ale wskazuje również na ich oddziaływanie w sferze stosowania prawa. Jak wskazuje, orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność aktu normatywnego, z uwagi na pominięcie prawodawcze, deroguje normę prawną o określonej treści – w zakresie uniemożliwiającym jej zastosowanie do podmiotów lub sytuacji nieobjętych jej zakresem. Autor zastrzega, że nie musi to prowadzić do ingerencji w warstwę tekstową przepisów oraz eliminacji zakodowanej w nich treści normatywnej. Odnosząc się zaś do skutków takiej ingerencji Trybunału Konstytucyjnego dla stosowania normy prawnej, wskazuje zaś, że nawet w przypadku braku interwencji prawodawcy, wyrok wskazujący na pominięcie prawodawcze powinien być wykonywany przez organy stosujące prawo. Precyzując to stanowisko, J. Podkowik wskazywał, że stosowanie takiego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego może polegać na zmianie sposobu wykład-

¹⁰ M. Dąbrowski, op. cit., s. 51.

¹¹ T. Woś, op. cit., s. 993.

¹² K. Osajda, *Koncepcja orzeczenia zakresowego a wątpliwości na tle skutków orzeczeń TK*, [w:] M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski (red.), *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, t. XLVIII, Warszawa 2013, s. 303. Podnieść należy, że pogląd zaprezentowany przez K. Osajdę sprzeczny jest chociażby ze stanowiskiem NSA zawartym w wyroku z 17 października 2019 r., sygn. akt, I GSK 402/18, w którym podkreślano, że „orzeczenie [Trybunału Konstytucyjnego – przyp. T.M.] o niekonstytucyjności ma charakter konstytutywny i jako zdarzenie prawne powoduje następstwa w postaci zmiany stanu prawnego. W sytuacji wyroku o złożonych skutkach, gdy orzeczenie dotyczy niekonstytucyjności w »pewnym zakresie«, doprowadza do uchylenia pewnego fragmentu normy, uznanego za niekonstytucyjny, w pozostałym zakresie utrzymując stan prawny. W sprawie niniejszej mamy do czynienia z wyrokiem zakresowym o charakterze negatywnym, albowiem kwestie konstytucyjności zostały rozstrzygnięte w odniesieniu do treści normatywnej pominiętej w orzeczeniu. (...) Do czasu nowelizacji ustawy konieczne jest zatem takie stosowanie tych przepisów, aby można je było uznać za konstytucyjne w świetle wyroku Trybunału”.

ni przepisu: „Prokonstytucyjne zreinterpretowanie przepisu nie polega na swoistym »współstosowniku wyroku TK« z przepisami ustawy, ale na współstosowaniu treści normy ustawowej konstytucyjnej, którą Trybunał zinterpretował w konkretnej sprawie na tle konkretnego przepisu. Odwołanie się do wyroku TK i jego uzasadnienia pełni funkcję pomocniczą w toku rekonstruowania treści normy konstytucyjnej, którą podkonstytucyjny akt normatywny narusza”¹³. Krzysztof Janas, prezentując w istocie zbieżne stanowisko, wskazywał natomiast, że „orzeczenie zakresowe współwyznacza treść odkodowanej normy prawnej z tego oto powodu, że jego sentencjom przysługuje przymiot powszechnej obowiązawalności – a zatem w państwie prawa w procesie stosowania prawa (poprzedzonym niezbędną czynnością w postaci ustalenia treści normy prawnej) musi być ono brane pod uwagę”¹⁴.

Zasygnalizowane rozbieżności w poglądach doktryny, dotyczących skutków wydania przez Trybunał Konstytucyjny orzeczeń o niekonstytucyjności aktu normatywnego, z uwagi na pominięcie (zaniechanie) prawodawcze, dowodzą, że stosowanie przepisu objętego takim orzeczeniem może wiązać się z istotnymi problemami interpretacyjnymi. Konsekwencją wyroku Trybunału nie jest bowiem – jak w przypadku klasycznego orzeczenia zakresowego – tylko wyłączenie dopuszczalności określonego sposobu stosowania przepisu lub przepisów. Badany przez Trybunał przepis, stanowiący źródło zakwestionowanej normy, nadal obowiązuje. Ponadto wskazany zostaje zakres elementów, o które winna zostać uzupełniona norma prawna, jaka wyinterpretowana może być z badanego przez Trybunał przepisu. Nie dochodzi jednak, co naturalne, do jakiegokolwiek zmiany treści w redakcji przepisu. Jego brzmienie, jeśli nie zmieni go prawodawca, pozostaje niezmienione¹⁵. Nie jest przy tym możliwe – co należy podkreślić – stosowanie zakwestionowanego przepisu w sposób nieuwzględniający stanowiska Trybunału. Jak wskazuje WSA w Białymstoku, odnosząc się właśnie do stosowania art. 64 §1 pkt. 4 u.p.e.a. i konsekwencji, jakie dla stosowania tego przepisu wynikają z wyroku Trybunału z 28 czerwca 2016 r., „od wejścia w życie orzeczenia TK [przepis art. 64 §1 pkt. 4 u.p.e.a. – przyp. T.M.] winien być traktowany jako niezgodny z Konstytucją, choć tylko w granicach określonych w wyroku. Wobec tego, aby nie narazić się na zarzut naruszenia Konstytucji, musi być on stosowany i interpretowany zgodnie ze wskazówkami zawartymi w wyroku TK”¹⁶. W sytuacji braku postulowanej

¹³ J. Podkowik, *Charakter prawny i skutki wyroków stwierdzających niekonstytucyjności pominięcia prawodawczego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 2(71), s. 36.

¹⁴ K. Janas, *O niektórych skutkach prawnych i wątpliwościach, jakie rodzą orzeczenia zakresowe Trybunału Konstytucyjnego – uwagi na marginesie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2015 r., sygn. K 29/13*, „Studia Prawa Publicznego” 2016, nr 3(15), s. 202.

¹⁵ D. Nowicki, *Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 10, s. 48–61.

¹⁶ Wyrok WSA w Białymstoku z 12 września 2018 r., sygn. akt I SA/Bk 279/18, CBOSA.

przez Trybunał interwencji ustawodawcy, jak ma to miejsce w przypadku wyroku z 28 czerwca 2016 r., nie tylko możliwa, ale konieczna jest korekta wadliwej normy prawnej na drodze jej wykładni tak, aby możliwe stało się stosowanie przepisu w sposób jak najbliższy wzorca konstytucyjnego.

Droga prokonstytucyjnej wykładni przepisów, wadliwych z uwagi na zaniechanie prawodawcze, obciążona jest jednak ryzykiem przekroczenia granicy między interpretacją prawa a działaniami prawotwórczymi¹⁷. Odnosząc powyższe ogólne uwagi do sprawy stosowania art. 64 §1 pkt. 4 u.p.e.a., po dacie wydania wyroku Trybunału z 28 czerwca 2016 r., wskazać należy, że określone przez Trybunał zaniechanie prawodawcze, tj. m.in. brak określenia górnej granicy wysokości opłaty przewidzianej art. 64 §1 pkt. 4 u.p.e.a., jak również opłaty manipulacyjnej, czyni stosowanie tych przepisów bardzo złożonym. Z jednej bowiem strony ustalanie wysokości ww. opłat w prosty sposób przewidziany brzmieniem przepisów ustawy egzekucyjnej nie tylko prowadziło do faktycznego zignorowania wyroku Trybunału, ale i ustalenia ich (w świetle stanowiska Trybunału) w zawyżonej wysokości. Z drugiej zaś strony ewentualne podjęcie próby miarkowania wysokości opłat egzekucyjnych prowadziło do konieczności „stworzenia” kryteriów, w oparciu o które proces ten będzie przebiegał. To zaś stanowiło działanie do pewnego stopnia kreacyjne w stosunku do brzmienia przepisu art. 64 u.p.e.a. Można zatem przyjąć, że brak szybkiej reakcji ustawodawcy na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2016 r.¹⁸ doprowadził do sytuacji, w której stosowanie art. 64 § 1 pkt. 4 i § 6 u.p.e.a. w przypadku egzekucji dużych należności pieniężnych obarczone było niejako *a priori* ryzykiem błędnej wykładni. Zarówno korekta wysokości opłat egzekucyjnych, jak i jej brak mogły zostać bowiem zakwestionowane¹⁹.

W orzecznictwie sądów administracyjnych wyodrębnić można trzy główne nurty w zakresie określenia skutków, jakie dla stosowania art. 64 § 1 pkt 4 i § 6 u.p.e.a. niesie wyrok Trybunału z 28 czerwca 2016 r.

Jako wiodący określić można pogląd, zgodnie z którym zadaniem organów jest określenie, czy ustalone na podstawie stawek procentowych wskazanych

¹⁷ M. Dąbrowski, *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, E-Seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2015, s. 217–220 i 288–290.

¹⁸ Zmiany zasad naliczania opłat egzekucyjnych w egzekucji należności pieniężnej wprowadzone zostały dopiero ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1553), która z kolei weszła w życie po upływie 18 miesięcy od dnia ogłoszenia, tj. w zakresie zmian dotyczących art. 64 u.p.e.a., w dniu 20 lutego 2021 r.

¹⁹ Korekta wysokości opłaty egzekucyjnej kwestionowana może być przy tym jeśli nie co do samej zasady (konieczność korygowania opłat wynika bowiem z wyroku Trybunału z 28 czerwca 2016 r.), ale co do zastosowanej metody. Szerzej: T. Majer, *Skutki zakresowego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2016 r. dla ustalania opłat egzekucyjnych. Analiza orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2020, nr 9(2), s. 204–222.

w przepisach art. 64 § 1 pkt 4 i § 6 u.p.e.a. koszty egzekucyjne przystają do wzorców konstytucyjnych wynikających z art. 64 ust. 1 i art. 84 Konstytucji, a jeśli nie, to w jakim zakresie należy dokonać ich miarkowania z uwzględnieniem zasady bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji (art. 8 ust. 2). W ramach ewentualnego miarkowania opłat organ winien zaś zbadać adekwatność ustalonych kosztów egzekucyjnych względem poziomu skomplikowania czynności podejmowanych przez organ egzekucyjny oraz nakładu pracy organu przy egzekwowaniu należności, a więc odnieść się do zachowania racjonalnej zależności między wysokością opłat w egzekucji a czynnościami organów, za podjęcie których opłaty te zostały naliczone, tak aby opłaty te nie przekroczyły maksymalnego rozsądnego pułapu²⁰. W wyrokach akcentujących konieczność miarkowania kosztów egzekucyjnych i przenoszących ciężar odpowiedzialności w tym zakresie na organ relatywnie często i mocno akcentowana jest konieczność uwzględniania rzeczywistych wydatków i kosztów związanych z dokonaniem poszczególnych czynności egzekucyjnych, przy uwzględnieniu wymaganego nakładu pracy. W tym zakresie to organ nadal obciążony jest koniecznością sprecyzowania kryteriów miarkowania wysokości opłat egzekucyjnych oraz ustalenia *modus operandii*, zgodnie z którym będzie on stosował art. 64 § 1 pkt 4 i art. 64 § 6 u.p.e.a. z uwzględnieniem stanowiska Trybunału Konstytucyjnego zawartego w wyroku z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14.

Drugim z prądów, jaki można wyodrębnić w orzecznictwie sądów administracyjnych, jest pogląd, zgodnie z którym skoro niezgodne z Konstytucją jest pominięcie w art. 64 § 1 pkt 4 i w art. 64 § 6 u.p.e.a. maksymalnej wysokości opłaty za dokonanie czynności egzekucyjnej czy maksymalnej wysokości opłaty manipulacyjnej, to należy przyjąć, że stosowanie tych przepisów w zgodzie z Konstytucją wymaga zrezygnowania z pobierania tych opłat²¹. Przyjęcie, że konsekwencją wyroku Trybunału jest brak możliwości pobierania opłat stanowi, po pierwsze, rozwiązanie bardzo radykalne, po drugie zaś obciążone dużym ryzykiem. Trybunał nie zanegował bowiem możliwości ustalania i pobierania opłat na podstawie art. 64 §1 pkt. 4 i §6 u.p.e.a. *in genere*²².

²⁰ Wyrok NSA z 26 lutego 2020 r., sygn. akt II FSK 851/18, podobnie wyroki NSA z: 17 października 2019 r., sygn. akt I GSK 402/18; 17 lipca 2019 r., sygn. akt I GSK 849/19; 18 czerwca 2019 r., sygn. akt I GSK 517/19; 14 maja 2019 r., sygn. akt I GSK 232/19; 14 marca 2019 r., sygn. akt II FSK 3700/18; 14 marca 2019 r., sygn. akt II FSK 3701/18; 26 kwietnia 2018 r., sygn. akt II FSK 2621/17; 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt II FSK 3802/18 oraz wyrok WSA w Białymstoku z 14 czerwca 2017 r., sygn. akt I SA/Bk 233/17.

²¹ Wyroki NSA z: 8 stycznia 2019 r., sygn. akt II FSK 2576/18; 18 września 2019 r., sygn. akt II FSK 3239/17; 20 marca 2019 r., sygn. akt I GSK 3408/18; 12 lutego 2019 r., sygn. akt II FSK 3379/18; 8 stycznia 2019 r., sygn. akt II FSK 2559/18.

²² Należy wskazać, że skoro Trybunał Konstytucyjny nie zdecydował się na eliminację z porządku prawnego przepisów art. 64 § 1 pkt 4 i w art. 64 § 6 u.p.e.a., to ich interpretacja uwzględniająca stanowisko Trybunału wyrażone w wyroku z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK

Kolejny z poglądów, jaki na tle stosowania art. 64 § 1 pkt 4 i w art. 64 § 6 u.p.e.a. można wyróżnić w orzecznictwie sądów administracyjnych, wskazuje na potrzebę odniesienia się w procesie miarkowania ustalanych opłat do górnej granicy opłaty egzekucyjnej przewidzianej dla zajęcia nieruchomości (art. 64 § 1 pkt. 6 u.p.e.a.)²³. Model ten opiera się na założeniu, że skoro przy skomplikowanej czynności zajęcia nieruchomości opłata egzekucyjna wynosi 8%, nie więcej niż 34 200 zł, to – zachowując proporcje – przyjąć należy, że 5% opłaty za zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego oraz innej wierzytelności może wynosić maksymalnie 21 375 zł. Trzeba bowiem przyjąć, że ustawodawca, uwzględniając stopień skomplikowania czynności, określił odmiennie wysokość opłat na 5% za zajęcie wierzytelności z rachunku bankowego oraz innej wierzytelności i 8% za zajęcie nieruchomości. Analogicznie należy przyjąć, że opłata manipulacyjna w wysokości 1% kwoty egzekwowanych należności objętych tytułem wykonawczym, nie mniej jednak niż 1 zł 40 gr, ustalona według metody proporcji, nie może być wyższa niż 4275 zł.

Uczynienie z przepisu art. 64 § 1 pkt. 6 u.p.e.a., który oprócz mechanizmu ustalania opłaty stosunkowej wskazuje również jej górną granicę punktu odniesienia dla wykładni art. 64 § 1 pkt 4 i w art. 64 § 6 u.p.e.a., stanowi z całą pewnością wartą uwagi próbę uzupełnienia (z użyciem wnioskowania w oparciu o analogię) braków, jakie w tych przepisach wskazał Trybunał Konstytucyjny. Model ustalania opłaty za zajęcie nieruchomości przewidziany w art. 64 § 1 pkt. 6 u.p.e.a. pozbawiony jest głównych wad wskazanych przez Trybunał, posiada bowiem „bezpiecznik” w postaci ustalenia stawki opłaty maksymalnej. Wobec powyższego próba uzupełnienia luki prawnej²⁴ powstałej w następstwie wyroku Trybunału z 26 czerwca 2016 r. na drodze stosowania *analogii legis* w ramach tej samej podstawowej jednostki redakcyjnej aktu prawnego, jaką jest artykuł, oceniona winna być pozytywnie²⁵. Stanowi bowiem próbę wprowadzenia zgodnej z wytycznymi Trybunału „korekty” normy praw-

31/14 nie powinna prowadzić do zaistnienia skutków tożsamyh w zasadzie z usunięciem tych przepisów z porządku prawnego.

²³ Wyroki NSA z: 28 lutego 2019 r., sygn. akt. II FSK 2094/18; 24 maja 2019 r., sygn. akt II FSK 407/19, a także wyroki: WSA w Gliwicach z 6 czerwca 2019 r., sygn. akt I SA/GI 1311/18; WSA w Gliwicach z 6 czerwca 2019 r., sygn. akt I SA/GI 1312/18; WSA w Gliwicach z 27 maja 2020 r., sygn. akt I SA/GI 531/20; WSA w Łodzi z 2 kwietnia 2020 r., sygn. akt III SA/Ld 150/20; WSA w Warszawie z 18 września 2019 r., sygn. akt III SA/Wa 590/19.

²⁴ Szerzej na temat luk w prawie: M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1(6), s. 109–122; E. Skorczyńska, *Luka w prawie. Istota zjawiska oraz jego znaczenie dla prawa administracyjnego*, Warszawa 2017, s. 173–87; E. Głazek, *Luki prawne w aktach prawnych dotyczących kultury*, „Zarządzanie w Kultuże” 2014, t. 15, nr 4, s. 349–358.

²⁵ Szerzej na temat stosowania *analogii legis*: M. Kosiarski, *Zakres stosowania analogii legis w prawie administracyjnym (część I)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 1, s. 41–69 i przywołana tam literatura. Autor, charakteryzując schemat wnioskowania per analogia, wskazał na kluczowe następujące jego elementy: ustalenie, że jakiś fakt jest objęty unormowaniem prawnym; stwierdzenie podobieństwa między nim a nieunormowanym innym faktem do niego podobnym;

nej wynikającej z art. 64 § 1 pkt 4 i w art. 64 § 6 u.p.e.a., przy zastosowaniu znanych i akceptowanych przez doktrynę reguł wnioskowań prawnych. Jak wskazuje Lech Morawski, przeprowadzenie wnioskowania z *analogii legis* jest co do zasady działaniem dopuszczalnym²⁶. Charakteryzując ten typ wnioskowania, autor wskazywał, że cechą wyróżniającą *analogii legis* jest to, iż jej podstawą jest zawsze konkretny przepis prawny lub grupa takich przepisów, które muszą zostać wskazane we wnioskowaniu organu stosującego prawo. L. Morawski wskazywał również, że podobieństwo, które stanowi warunek stosowania analogii, może polegać zarówno na podobieństwie faktycznym nieuregulowanej i uregulowanej sytuacji, jak i podobieństwie celów regulacji²⁷. Józef Nowacki wskazywał zaś, że wnioskowanie przez analogię polega na stosowaniu jakiegoś przepisu czy normy prawnej do przypadku podobnego, lecz przez prawo nieunormowanego²⁸. Warunki te spełnia odwołanie się w procesie stosowania art. 64 § 1 pkt 4 i art. 64 § 6 u.p.e.a. do regulacji art. 64 § 1 pkt 6 tej ustawy.

Za swego rodzaju rozwinięcie lub twórczą reinterpretację omawianego wyżej stanowiska w zakresie możliwości odwołania się do wnioskowania z analogi w ramach stosowania i interpretacji art. 64 § 1 pkt 4 u.p.e.a. i art. 64 § 6 u.p.e.a. uznać można glosowny wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie. Przedstawiona tam linia argumentacji posiada jednak specyficzne cechy, które przemawiają za potraktowaniem jej w sposób odrębny.

Zawarte w glosowanym orzeczeniu stanowisko sądu także opiera się na założeniu, że następstwem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14 jest powstanie luki prawnej, która uzupełniona może być w drodze stosowania wnioskowania opartego na konstrukcji *analogii legis*. Odmienny jest jedynie wybór punktu odniesienia dla przeprowadzonego wnioskowania z analogii. W tym zakresie sięgnięto poza granice ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Jako punkt odniesienia i wzorzec, w oparciu o który zrekonstruowana winna być norma prawna wywodzona z art. 64 § 1 pkt 4 u.p.e.a. i art. 64 § 6 u.p.e.a., wskazano przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁹. W treści uzasadnienia wyroku wskazano przede wszystkim na zasadność ustalenia degresywnych stawek opłat egzekucyjnych. Jest to uwaga niezwykle istotna i stanowi ciekawe rozwinięcie argumentacji zawartej w wyroku Trybunału z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14. Połączenie

a na końcu ustalenie (w oparciu o stwierdzone podobieństwo) takich samych albo podobnych skutków prawnych dla faktu porównywanego.

²⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 240.

²⁷ Ibidem, s. 230–231.

²⁸ J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 9–11.

²⁹ Dz.U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193.

degresywnego systemu ustalania stawek procentowych opłaty stosunkowej z wyznaczeniem ich górnej granicy jest spójne z postulowaną przez Trybunał koniecznością zachowania racjonalnej zależności między wysokością opłat w egzekucji a czynnościami organów, za podjęcie których opłaty te zostały naliczone. Skoro nakład pracy organu egzekucyjnego, stopień skomplikowania podejmowanych czynności, a co zatem idzie – ponoszone koszty nie rosną w sposób proporcjonalny wraz ze wzrostem egzekwowanej kwoty, to degresywny charakter opłat zapobiec może nadmiernemu wzrostowi tych obciążeń i zerwaniu tym samym racjonalnego związku między świadczeniem organu egzekucyjnego a wysokością ponoszonych za dokonanie tych czynności opłat³⁰.

O ile zatem sam wskazany przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie model ustalania opłat egzekucyjnych spełnia kryteria określone w wyroku Trybunału z 28 czerwca 2016 r., sygn. akt SK 31/14, to problematyczne pozostaje samo odesłanie przez sąd do przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Po pierwsze, wykładnia przepisów aktu o wyższej mocy prawnej w hierarchii powszechnie obowiązujących źródeł prawa w RP (ustawy) dokonywana jest przez pryzmat aktu o niższej mocy prawnej o charakterze podstawowym (rozporządzenia). Po drugie, zawarte w rozporządzeniu regulacje nie łączą się w sposób bezpośredni z dziedziną egzekucji, tak administracyjnej, jak i prywatnoprawnej. Oba wymienione wyżej argumenty nie mogą być zignorowane przy ocenie zaproponowanego przez WSA w Olsztynie w głosowanym wyroku rozwiązania i stanowią jego istotny mankament. Jednocześnie jednak same w sobie nie powinny przesądzać o wadliwości metody przyjętej przez sąd.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołanie się w toku wykładni przepisów rangi ustawowej do aktu niższej rangi (rozporządzenia) z całą pewnością uznać należy za co najmniej kontrowersyjne. W wyrokach, tak Naczelnego Sądu Administracyjnego³¹ (dalej jako NSA), jak i wojewódzkich sądów administracyjnych³², odnosząc się do tezy zawartej w uchwale NSA z 28 stycznia 2008 r., sygn. akt I FPS 7/07, wskazywano, że błędna jest wykładnia oparta na tłumaczeniu przepisów ustawowych za pomocą uregulowań zawartych w aktach niższego rzędu. Rozważania te nie mogą być jednak wprost przenoszone na grunt stanu rozpatrywanego w głosowanym wyroku. Mimo że przywoływana uchwała NSA z 28 stycznia 2008 r. odnosiła się do możliwości posiłkowania się treścią rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu

³⁰ T. Majer, op. cit., s. 217.

³¹ Wyroki NSA z: 7 czerwca 2013 r., sygn. akt I FSK 1233/12; 7 czerwca 2013 r., sygn. akt I FSK 1234/12; 7 czerwca 2013 r., sygn. akt I FSK 1730/12.

³² Wyroki WSA w Gliwicach z: 5 grudnia 2013 r., sygn. akt I SA/Gl 1376/13; 5 grudnia 2013 r., sygn. akt I SA/Gl 1377/13.

w postępowaniu przed sądami administracyjnymi przy wykładni przepisów rangi ustawowej (przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi), to proste przenoszenie sformułowanych w uchwale poglądów na grunt sprawy rozpoznawanej w głosowanym orzeczeniu wydaje się niecelowe. Pamiętać należy, że rozważania czynione przez WSA w Olsztynie w głosowanym wyroku czynione były na kanwie przepisów objętych zakresowym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sytuacji „swoistej próżni prawnej”. Zastosowanie ekstraordynaryjnych, a nawet kontrowersyjnych metod wykładni miało zatem swoje uzasadnienie. Wobec wskazania przez Trybunał, że brak określonych rozwiązań czyni przepisy art. 64 § 1 pkt 4 i art. 64 § 6 u.p.e.a. sprzecznymi z ustawą zasadniczą, konieczne stało się wypełnienie zasygnalizowanej luki w sposób zgodny z zaleceniami Trybunału. Sformułowanej przez WSA w Olsztynie argumentacji nie można zatem oceniać tylko przez pryzmat jej formalnej zgodności z utrwalonymi regułami wykładni, ale uwzględniać należy również okoliczności, w jakich działania interpretacyjne były prowadzone, oraz ich efekt. Ten jest zaś spójny ze wskazówkami sformułowanymi przez Trybunał. Co więcej, w zakresie zasygnalizowania, że optymalny jest degresywny charakter opłat egzekucyjnych, stanowisko Trybunału zostało niejako rozwinięte przez WSA w Olsztynie.

W kontekście przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. przywołanych przez WSA w Olsztynie w głosowanym wyroku, jako punkt odniesienia dla czynionych rozważań, należy wskazać, że istotnie nie łączą się one w sposób bezpośredni z dziedziną egzekucji, tak administracyjnej, jak i prywatnoprawnej. Równocześnie należy jednak zaznaczyć, że same cele i funkcja przepisu, do którego odsyła sąd w głosowanym orzeczeniu, tj. § 1 rozporządzenia, zbieżne są z regulacją art. 64 u.p.e.a. Oba przepisy regulują „techniczny” aspekt ustalania opłat związanych z działaniami szeroko pojętego aparatu państwa. W obu przypadkach opłaty mają charakter zryczałtowany i naliczane są metodą stosunkową. W tym zakresie przedmiot i cel obu regulacji może być uznany za zbieżny. Wymóg podobieństwa regulacji, będący jednym z warunków stosowania wnioskowań prawniczych opartych na analogii³³, został zatem spełniony. Zaznaczenia wymaga również, że sąd w głosowanym wyroku zaznaczał, że przepisy rozporządzenia stosowane winny być jedynie „pomocniczo przy miarkowaniu opłat egzekucyjnych”.

Powyższe należy interpretować w ten sposób, że ustalenie opłat przez organ egzekucyjny odbywa się najpierw na podstawie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a następnie korygowane jest tak, by odpowiadało wskazanemu przez Trybunał wzorcowi. Korekta ta przeprowadzana jest zarówno z uwzględnieniem wytycznych zawartych w wyroku Trybunału, jak i metody wskazanej przez sąd.

³³ L. Morawski, op. cit., s. 231.

Nie można również zignorować faktu, że zaproponowane przez WSA w Olsztynie rozwiązanie jest najbardziej korzystne dla obywatela, nie pozbawiając przy tym struktur administracji źródeł finansowania jej działań. Rozwiązanie to tworzy przewidywalny i weryfikowalny mechanizm ustalania wysokości opłat, co odpowiada wymogom zasady zaufania obywatela do państwa (art. 8 § 1 k.p.a.) oraz zasady pewności prawa (art. 8 § 2 k.p.a.)³⁴. Jednocześnie zapewnia najdalej idącą realizację wskazówek Trybunału Konstytucyjnego. Należy zatem stwierdzić, że wobec złożoności stosowania przepisów objętych zakresowym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego – nawet mimo sygnalizowanych wątpliwości co do wyboru przepisu, w oparciu o który prowadzono wnioski z analogii – koncepcja wykładni przepisów art. 64 §1 pkt. 4 i § 6 u.p.e.a. zaprezentowana przez WSA w Olsztynie w głosowanym wyroku zasługuje na aprobatę.

Wykaz literatury

- Dąbrowski M., *Funkcje Trybunału Konstytucyjnego związane z hierarchiczną kontrolą konstytucyjności prawa*, E-Seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Wyd. UWM, Olsztyn 2015.
- Dąbrowski M., *Spór o wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego – głos w dyskusji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 2(36).
- Głazek E., *Luki prawne w aktach prawnych dotyczących kultury*, „Zarządzanie w Kulturdzie” 2014, t. 15, nr 4.
- Janas K., *O niektórych skutkach prawnych i wątpliwościach, jakie rodzą orzeczenia zakresowe Trybunału Konstytucyjnego – uwagi na marginesie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2015 r., sygn. K 29/13*, „Studia Prawa Publicznego” 2016, nr 3(15).
- Kosiarski M., *Zakres stosowania analogii legis w prawie administracyjnym (część I)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 1.
- Koszowski M., *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 1(6).
- Majer T., *Skutki zakresowego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2016 r. dla ustalania opłat egzekucyjnych. Analiza orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2020, nr 9(2).
- Majer T., *Zasada ogólna zaufania obywateli do władzy publicznej*, [w:] P. Krzykowski (red.), *Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego*, WPIA, Olsztyn 2017.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Nowacki J., *Analogia legis*, PWN, Warszawa 1966.
- Nowicki D., *Miejsce orzeczeń interpretacyjnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 10.
- Osajda K., *Koncepcja orzeczenia zakresowego a wątpliwości na tle skutków orzeczeń TK*, [w:] M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski (red.), *Skutki wyroków Trybuna-*

³⁴ T. Majer, *Zasada ogólna zaufania obywateli do władzy publicznej*, [w:] P. Krzykowski (red.), *Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego*, Olsztyn 2017, s. 75 i nast.

- tu Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego, t. XLVIII, Buro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2013.
- Podkowik J., *Charakter prawny i skutki wyroków stwierdzających niekonstytucyjność pominięcia prawodawczego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 2(71).
- Skorczyńska E., *Luka w prawie. Istota zjawiska oraz jego znaczenie dla prawa administracyjnego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Szubielska D., *Koszty egzekucyjne w postępowaniu egzekucyjnym w administracji po wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Podatkowy” 2017, nr 5.
- Woś T., *Wyroki interpretacyjne i zakresowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, t. 25, nr 3.

Summary

Gloss on the judgment of the Administrative Court in Olsztyn of January 14, 2020, I SA/Ol 749/19

Keywords: administrative procedure, necessity, nuisance, administrative enforcement.

Judgment of the Constitutional Tribunal dated June 28, 2016, file ref. act SK 31/14 changed the normative content of, inter alia, art. 64 § 1 point 4 and article. 64 § 6 of the Act of 17 June 1966 on enforcement proceedings in administration, derogating them to the extent that they do not specify the maximum amount of the fee for enforcement activities performed. As a consequence, determining the amount of enforcement fees has become highly complex. The provisions challenged by the Constitutional Tribunal have not been removed from the legal system. At the same time, the legal system lacks the limit of enforcement fees as postulated by the Tribunal. The Administrative Court in Olsztyn proposed a method of filling this legal loophole based on the use of analogues to the provisions of the Regulation of the Council of Ministers of December 16, 2003, on the amount and detailed rules of collecting an entry fee in proceedings before administrative courts. The method of adjusting the amount of enforcement fees proposed by the Provincial Administrative Court in Olsztyn is a very interesting form of implementing the Tribunal's recommendations, which creates a predictable and verifiable mechanism for determining the amount of fees, which meets the requirements of the principle of citizens' trust in the state and the principle of legal certainty.

Zbigniew Wardak

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0002-6475-3082

zwardak@wpia.uni.lodz.pl

Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 11 czerwca 2020 r., sygn. akt C-634/18

Artykuł 4 ust. 2 lit. a decyzji ramowej 2004/757 ustanawiającej minimalne przepisy, określające znamiona przestępstw i kar w dziedzinie nielegalnego handlu narkotykami w związku z jej art. 2 ust. 1 lit. c, a także art. 20, 21 i 49 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by państwo członkowskie kwalifikowało jako przestępstwo posiadanie znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych zarówno w celu konsumpcji własnej, jak i w celu nielegalnego handlu narkotykami, wykładnię pojęcia „znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych”, pozostawiając jednak każdorazowo ocenę sądów krajowych, pod warunkiem że wykładnię tę można racjonalnie przewidzieć.

Stan faktyczny

W głosowanym wyroku¹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej² rozpoznawał sprawę, w której Prokuratura Rejonowa w Słupsku (Polska) oskarżyła J.I. przed sądem odsyłającym – Sądem Rejonowym w Słupsku – między innymi o to, że 7 listopada 2016 r. posiadał znaczną ilość środków odurzających i substancji psychotropowych, to jest o czyn z art. 62 ust. 2 u.p.n.³ Z postanowienia odsyłającego wynika, że J.I. posiadał te środki i substancje na własny użytek. Podstawą skierowania przez sąd odsyłający pytań prejudycjalnych

¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 11 czerwca 2020 r., sygn. C-634/18, <https://curia.europa.eu ECLI:EU:C:2020:455>, <https://eur-lex.europa.eu, 62018CJ0634>, Lex nr 3012256.

² Dalej jako TSUE.

³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2050 z późn. zm.), dalej jako u.p.n.

była okoliczność, że zgodnie z decyzją ramową nr 2004/757⁴ każde państwo członkowskie podejmuje niezbędne środki w celu zapewnienia karalności następujących czynów popełnionych umyślnie i bez upoważnienia, m.in. posiadanie lub nabywanie narkotyków dla prowadzenia działań polegających na produkcji, wytwarzaniu, sporządzaniu wyciągów, przygotowaniu, oferowaniu, proponowaniu sprzedaży, rozprowadzaniu, sprzedaży dostarczaniu na wszelkiego rodzaju warunkach, pośrednictwie, wysyłce, przesyłaniu w tranzycie, przewożeniu, przywozie lub wywozie narkotyków (art. 2 ust. 1 lit. c decyzji ramowej). Każde państwo członkowskie podejmuje środki niezbędne w celu zapewnienia, aby przestępstwa podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom karnym (art. 4 ust. 1 decyzji ramowej), przy czym niektóre przestępstwa, w tym czyny określone w art. 2 ust. 1 lit. c decyzji ramowej, powinny podlegać karze pozbawienia wolności, której górna granica mieści się w przedziale od 5 do 10 lat, m.in. w sytuacji gdy przestępstwo dotyczy dużych ilości narkotyków. Jak zauważył sąd odsyłający, ani decyzja ramowa nie definiuje pojęcia „dużych ilości narkotyków”, ani przepis art. 62 ust. 2 u.p.n. nie definiuje pojęcia „znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych”, które to pojęcie odpowiada transponowanemu do prawa krajowego pojęciu „dużych ilości narkotyków”. Sąd odsyłający zauważył, że krajowe orzecznictwo wypracowało pewne kryteria w celu ustalenia, czy ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych posiadana przez sprawcę przestępstwa mieści się w pojęciu zawartym w art. 62 ust. 2 u.p.n. Pojęcie to pozostaje jednak jego zdaniem nieostre, a jego wykładni dokonują każdorazowo sądy krajowe. Jak zauważył sąd odsyłający, osoby, które posiadają porównywalne ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych, mogą być traktowane w różny sposób – w zależności od tego, jaką wykładnię przyjmie sąd rozpatrujący daną sprawę, co może naruszać zasadę równości wobec prawa. Podkreślił on również, że skoro decyzja ramowa nie definiuje pojęcia „dużych ilości narkotyków”, państwa członkowskie zachowują znaczny zakres uznania przy wdrażaniu tego pojęcia, co może przynieść ten skutek, że obywatele Unii Europejskiej będą traktowani odmiennie w zależności od tego, w którym państwie członkowskim popełnią przestępstwo. Sąd odsyłający żywi wątpliwości co do zgodności art. 62 ust. 2 u.p.n. z zasadą ustawowej określoności czynów zabronionych i kar, zapisaną w art. 7 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁵.

⁴ Decyzja Ramowa Rady 2004/757/WSiSW z dnia 25 października 2004 r. ustanawiająca minimalne przepisy określające znamiona przestępstw i kar w dziedzinie nielegalnego handlu narkotykami (Dz.U. UE. L. z 2004 r., Nr 335, s. 8 z późn. zm.), dalej jako decyzja ramowa.

⁵ Podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 r. (dalej jako EKPC).

Wyrok Trybunału

W przedmiocie właściwości TSUE podkreślił, że w ramach postępowania w trybie prejudycjalnym zadaniem Trybunału nie jest ocena zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem Unii ani dokonywanie wykładni krajowych przepisów ustawowych lub wykonawczych, o tyle jest on właściwy do tego, by dostarczyć sądowi odsyłającemu wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa Unii umożliwiających temu sądowi ocenę takiej zgodności celem wydania orzeczenia w sprawie przed nim zawisłej⁶. Przepis art. 62 ust. 2 u.p.n. penalizuje każde posiadanie znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych, niezależnie od tego, czy jest to posiadanie w celu konsumpcji własnej, czy w innych celach, tj. w szczególności dla prowadzenia jednego z działań wymienionych w art. 2 ust. 1 lit. a) decyzji ramowej. Taka regulacja jest dopuszczalna, a wykładnię pojęcia „znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych” można pozostawić każdorazowo ocenie sądów krajowych, pod warunkiem że wykładnię tę można racjonalnie przewidzieć.

Komentarz

Zagadnienie dotknięte przez TSUE jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych w orzecznictwie zagadnień z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Odnosnie kryterium „znacznej ilości” pojawiło się szereg rozbieżnych orzeczeń, które pozwalają na wyodrębnienie trzech stanowisk. Według pierwszego należy stosować wyłącznie kryterium ilościowe, czyli ile narkotyków posiadano. Drugie kryterium to kryterium ilościowo-jakościowe, tzn. oprócz ilości środków ważny jest także ich rodzaj (podział narkotyków na tzw. twarde i miękkie, a przez to, do stopnia szkodliwości środka dla zdrowia i życia człowieka). Według trzeciego należy stosować kryterium ilościowo-jakościowe, a nadto brać pod uwagę cel przeznaczenia środka⁷. Stosowane jest też kryterium wartości rynkowej narkotyku⁸.

Sąd Najwyższy w wyroku z 17 czerwca 1999 r.⁹ stwierdził, że typ kwalifikowany poprzez zmianę „znacznej ilości” został jednakże utworzony przy zastosowaniu wyłącznie kryterium ilościowego, bez możliwości uwzględnienia

⁶ Wyrok TSUE z 18 września 2019 r., sygn. VIPA, C-222/18, EU:C:2019:751, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁷ A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11, s. 160.

⁸ Postanowienie SN z 23 września 2009 r., sygn. akt I KZP 10/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 84.

⁹ Sygn. akt IV KKN 813/98, „Prokuratura i Prawo” 2000, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 2.

nadto rodzaju wprowadzonego do obrotu środka. Posłużenie się kryterium jakościowym w odniesieniu do znamienia „znaczna ilość” byłoby przejawem wykładni *contra legem*. Z kolei brak ustawowej definicji tego znamienia jest równoznaczny z przekazaniem uprawnień do wykładni treści znamienia ocennego sądowi orzekającemu¹⁰. W późniejszej judykaturze i doktrynie podejście czysto ilościowe nie znalazło kontynuacji.

W przypadku przyjęcia kryterium ilościowo-jakościowego wyróżniają się dwie grupy orzeczeń. Sąd Najwyższy obecnie stoi na jednolitym stanowisku, że znaczna ilość narkotyków to taka, która wystarcza do jednorazowego odurzenia się co najmniej kilkudziesięciu osób¹¹. W uzasadnieniu postanowienia z 23 września 2009 r.¹², Sąd Najwyższy podkreślił, że nie ma powodu do odstępowania od poglądu wypracowanego w piśmiennictwie i judykaturze, w tym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, że jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej przestępstw określonych w ustawie jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, to jest to „znaczna ilość” w rozumieniu tej ustawy. Podkreślił przy tym, że tendencja do ograniczania zakresu znaczeniowego pojęcia „znaczna ilość” nie uwzględnia, iż granice sankcji za typy kwalifikowane są zakreślone szeroko (oprócz grzywny) i że istnieje instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności (art. 60 § 1–4 k.k. oraz art. 343 § 2 pkt 1 k.p.k.), a nadto wchodzi też w rachubę szersze podstawy warunkowego zawieszenia wykonania kary za występki (art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k.). Jest więc możliwa odpowiednia reakcja karna także za te przestępstwa. Nie ma więc potrzeby obejmowania typami podstawowymi coraz większej liczby zachowań, i to w sytuacji gdy rośnie skala przestępczości narkotykowej¹³.

W doktrynie formułuje się przeciwko temu szereg krytycznych uwag. Wskazany próg został określony arbitralnie i bez uzasadnienia, dlaczego nie bierze się pod uwagę już kilkunastu bądź dopiero kilkuset lub więcej jednorazowych

¹⁰ Z lektury dalszej części uzasadnienia wynika podzielenie zapatrywania sądów rozpoznających tę sprawę, które ustaliły, że tzw. działkę stanowi 1 g marihuany, a przedmiotem wykonawczym było ponad 250 działek (266 g marihuany). Słusznie zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, sądy przypisały oskarżonemu wprowadzenie do obrotu „znacznej ilości” tego środka, skoro chodzi tu o ilość mogącą zaspokoić potrzeby już kilkudziesięciu osób. Wyróżnik jakościowy miał więc jednak wpływ na ocenę Sądu Najwyższego – zob. postanowienie SN z 23 września 2009 r., sygn. akt I KZP 10/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 84.

¹¹ Wyroki SN z: 1 marca 2006 r., sygn. akt II KK 47/05, OSNKW 2006, z. 6, poz. 57; z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt III KK 30/08; postanowienia SN z 1 lutego 2007 r., sygn. akt III KK 257/06, R-OSNKW 2007, poz. 339; z 7 lutego 2007 r., sygn. akt III KK 245/06, R-OSNKW 2007, poz. 387; z 23 września 2009 r., sygn. akt I KZP 10/09; OSNKW 2009, nr 10, poz. 84. Zob. także m.in. wyroki SA w Poznaniu z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 87/13, Lex nr 1392007 oraz z 3 listopada 2015 r., sygn. akt II AKa 115/15, Lex nr 2122468.

¹² I KZP 10/09, R-OSNKW 2009, poz. 1879.

¹³ Zob. podobnie postanowienie SN z 14 lipca 2011 r., sygn. akt IV KK 127/11, OSNwSK 2011, nr 1, poz. 1298.

dawek¹⁴. Jak zauważył Janusz Kanarek, prowadzi to do znacznego rozszerzenia zakresu kryminalizacji. Oparcie się na takim kryterium spowoduje, że największy zakres kryminalizacji będzie dotyczyć typu kwalifikowanego, natomiast zakres typu podstawowego i uprzywilejowanego jest w ten sposób bardzo ograniczona¹⁵. Podobnie zauważył Sąd Apelacyjny w Krakowie wyroku z 31 sierpnia 2005 r.¹⁶: przyjęcie kryterium odurzenia kilkudziesięciu osób, jak to czasem wyrażano, po pierwsze, byłoby to sprzeczne z treścią owego słowa w języku polskim oznaczającego dość dużą ilość, więc nie ilość niewielką, zaś po drugie – byłoby sprzeczne z trójstopniowym podziałem owych przestępstw na typy kwalifikowane odnoszące się m.in. do ilości znacznych, na typy uprzywilejowane dla wypadków mniejszej wagi odnoszące się do ilości nieznacznych oraz na typy podstawowe przestępstw z cytowanej ustawy. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 11 października 2017 r.¹⁷, który ponadto podkreślił, że w wielu krajach są ilościowo przyjmowane ilości nieznaczne (w Portugalii wykroczeniem jest posiadanie do 25 g marihuany, w Czechach górną granicą ilości nieznacznej jest 15 g marihuany, zaś w Niemczech w zależności od landu jest 5 do 15 g). Taka okoliczność powinna skłaniać do refleksji, czy przyjmowanie podobnych ilości w Polsce, jako typu podstawowego bądź kwalifikowanego, jest zasadne.

Jak słusznie zauważył Tomasz Koziół, znajduje tu swe odbicie tzw. mechanizm wzorca – precedensu, jako sposobu rozumienia znamienia ocennego, a późniejsze rozstrzygnięcie dekodujące znamię ocenne jest powtórzeniem wcześniejszego, tyle tylko że w tym przypadku petryfikuje ono miernik wskazany intuicyjnie i bez szerszego uzasadnienia. Autor ten podkreślił, że typ zasadniczy powinien obejmować zasadniczą większość przypadków, zaś typ kwalifikowany wyjątkowe, właśnie z uwagi na znaczną ilość przedmiotu czynności wykonawczej. Zatem stanowisko wyrażane w orzecznictwie Sądu Najwyższego byłoby być może bardziej uzasadnione, gdyby istniał jeszcze typ multikwalifikowany operujący znamieniem wielkiej ilości środka odurzającego, jednak takiego brak¹⁸.

Natomiast w orzecznictwie sądów apelacyjnych, w tym przede wszystkim Sądu Apelacyjnego w Krakowie, można znaleźć inne linie orzecznicze, w któ-

¹⁴ W. Radecki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 12, poz. 145, s. 684.

¹⁵ J. Kanarek, *Ocenny charakter znamienia „znacznej ilości” środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 1, s. 60–61. Autor bowiem słusznie zauważył, że ilość niewielka, determinująca wypełnienie typu uprzywilejowanego „wypadku mniejszej wagi”, będzie ilością od 1 do 9, a typu kwalifikowanego od 20 w górę, zatem typ podstawowy będzie obejmował swoim zakresem posiadanie jedynie ilości od 10 do 19 porcji.

¹⁶ Sygn. akt II AKa 167/05, KZS 2005, z. 9, poz. 32.

¹⁷ Sygn. akt III KK 73/17, OSNKW 2018, nr 1, poz. 7 z glosą T. Koziół, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3, s. 89–99.

¹⁸ T. Koziół, *Znaczna ilość środka odurzającego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11, s. 70–71.

rych wskazuje się, że jest to ilość nie mniejsza niż jest to wystarczające do jednorazowego odurzenia kilkuset osób¹⁹, ponad tysiąca osób²⁰, kilkunastu bądź kilkudziesięciu tysięcy osób²¹. Jednakże te odstępstwa od linii orzeczniczej od pewnego czasu są eliminowane kasacyjnie²². W doktrynie często postuluje się zawężenie zakresu penalizacji do ilości wskazujących na hurtowy charakter przestępstwa, wobec ilości mierzonych w kilogramach, odpowiadających ilościom porcji liczonym w tysiącach osób, co pozwoli zachować kompromis pomiędzy funkcją gwarancyjną a ochronną prawa karnego²³.

Przy tym kryterium ilościowo-jakościowym pojawia się wątpliwość, czy w przypadku np. ziela konopi indyjskich należy przyjmować działkę handlową stanowiącą 1 g marihuany²⁴, czy też wobec okoliczności, że często działką handlową jest 0,5 g marihuany, to należy przyjmować taką dawkę, czy też – jak niekiedy zdarza się – przyjmować, że do odurzenia wystarczy 0,2 g, co oznaczałoby możliwość odurzenia 1 g suszu konopnego aż 5 osób. Należy przy tym pamiętać, że w przypadku tego narkotyku istotne jest stężenie psychoaktywnego tetrahydrokannabinolu (THC), jak również kannabinolu (CBD), który nie ma działania psychoaktywnego, a który wpływa na działanie psychoaktywnego THC²⁵. Stąd też jasne i czytelne stanowisko uzależniające kwalifikację od możliwości odurzenia określonej ilości osób, jest także bardzo ocenne.

W orzecznictwie sądów apelacyjnych pojawiło się także stanowisko, że kryterium decydujące o tym, czy ilość środków odurzających jest „znaczna”, „nieznaczna” czy „zwykła”, należało upatrywać w ich masie wagowej (gramy, kilogramy, tony), rodzaju środka odurzającego (podział narkotyków na tzw. miękkie i twarde) oraz przeznaczeniu (cele handlowe, potrzeby własne) według zamiaru sprawcy²⁶. Ten kierunek wykładni podzielił Sąd Najwyższy w wyroku

¹⁹ Wyrok SA we Wrocławiu z 20 lutego 2008 r., sygn. akt II AKa 10/08, Lex nr 357147; wyrok SA w Lublinie z 18 października 2012 r., sygn. akt II AKa 224/12, Lex nr 1237266.

²⁰ Wyrok SA w Lublinie z 18 października 2012 r., sygn. akt II AKa 224/12, Lex nr 1237266.

²¹ Wyroki SA w Krakowie: z 31 sierpnia 2005 r., sygn. akt I AKa 167/05, KZS 2005, nr 9, poz. 32; z 25 października 2006 r., sygn. akt II AKa 205/06, KZS 2006, z. 11, poz. 38; z 30 maja 2007 r., sygn. akt II AKa 85/07, KZS 2007, z. 6, poz. 50; z 15 maja 2008 r., sygn. akt II AKa 70/08, KZS 2008, nr 7–8, poz. 71, z 1 lutego 2011 r., sygn. akt II AKa 142/10, KZS 2011, nr 6, poz. 52.

²² T. Kozioł, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11 października 2017 r., III KK 73/17*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3, s. 89–99.

²³ J. Marciniak, M. Marciniak, *„Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 1, s. 81–82.

²⁴ Zob. m.in. wyrok SN z 17 czerwca 1999 r., sygn. akt IV KKN 813/98, Lex nr 38935; wyrok SA w Warszawie z 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt II AKa 22/00, OSA 2001, nr 2 poz. 8, s. 21; wyrok SA w Rzeszowie z 18 marca 2010 r., sygn. akt II AKa 22/10, Lex nr 1016944.

²⁵ Wskazuje się na niekiedy na zmniejszanie negatywnych, subiektywnie zgłaszanych efektów THC, jak poczucie lęku, spowolnienie umysłowe, <https://www.centerformedicalcannabis.com/single-post/2017/07/20/can-cannabidiol-cbd-reduce-adverse-effects-of-the> (data dostępu: 15.10.2021).

²⁶ Wyroki SA: w Warszawie z 18 kwietnia 2000 r., sygn. akt II AKa 22/00, OSA 2001, nr 2, poz. 8; w Katowicach z 28 czerwca 2005 r., sygn. akt II AKa 166/05, Lex nr 164575; w Łodzi z 21 stycznia 2014 r., sygn. akt II AKa 255/13, Lex nr 1416086, w Lublinie z 10 grudnia 2014 r., sygn. akt II AKa 252/14, Lex nr 1587254.

z 11 października 2017 r.²⁷, w którym zauważył, że orzecznictwo nie upoważnia do zastosowania tak schematycznego i uproszczonego sposobu wnioskowania, a stwierdzenie że znaczną ilością jest taka ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, która mogłaby jednorazowo zaspokoić potrzeby co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, nie oznacza, że w każdym wypadku ilość narkotyku zdalna do jednorazowego zaspokojenia tak określonych potrzeb może być określona mianem „znacznej” w rozumieniu art. 62 ust. 2 u.p.n., a należy to odczytywać od strony negatywnej, tzn. że jeśli ilość nie wystarcza do odurzenia takiej ilości osób, na pewno ilość ta nie jest znaczna. Sąd Najwyższy zwrócił przy tym uwagę, że przepis ten jest skierowany przede wszystkim przeciwko dealerom, nie zaś odbiorcom towaru. Należy zatem brać pod uwagę także cel i okoliczność, czy mamy do czynienia z osobą uzależnioną, która na własny użytek potrzebuje większej ilości narkotyków. Skoro potrzeby uzależnionej osoby mają wpływ na przyjęcie ilości nieznacznej narkotyków (art. 62a u.p.n.), to nie można jej nie uwzględniać także przy ustalaniu ilości znacznej (art. 62 ust. 2 u.p.n.). Takie stanowisko znalazło poparcie w doktrynie²⁸. Odmienne wypowiedział się m.in. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 23 września 2009 r.²⁹, który wskazał, że ilość to „kategoria pojęciowa, obejmująca to, co może podlegać mierzeniu lub liczeniu, czego może być więcej lub mniej; miara czegoś”. „Luz interpretacyjny” został więc ograniczony przez ustawodawcę, który w ten sposób wykluczył możliwość stosowania kryterium wartościowego (nie wiadomo zresztą, czy miałyby chodzić o wartość rynkową narkotyku, czy cenę hurtową albo detaliczną środków lub substancji używanych do celów przemysłowych, badawczych czy medycznych) oraz kryterium przeznaczenia przedmiotu wykonawczego (cel handlowy czy na własne potrzeby). Jak zauważył T. Koziół, w przepisie art. 62a u.p.n. przesłanka nieznacznej ilości i przesłanka przeznaczenia na własny użytek stanowią dwie odrębne przesłanki umorzenia, zatem kwestia przeznaczenia narkotyku jest irrelevantna z punktu widzenia wykładni znamienia nieznacznej tudzież znacznej ilości, a gdyby było inaczej, sięgnięcie po znamię celu posiadania narkotyku byłoby na gruncie art. 62a u.p.n. zbędne³⁰.

Zgodnością z ustawą zasadniczą przepisu art. 62 ust. 2 u.p.n. zajmował się także Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z 14 lutego 2012 r.³¹ stwierdził

²⁷ Sygn. akt III KK 73/17, OSNKW 2018, nr 1, poz. 7 z glosą T. Koziola, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3, s. 89–99.

²⁸ Zob. m.in. M. Błoński, *Wybrane problemy praktyczne w orzekaniu w przedmiocie przestępstw narkotykowych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2016, nr 76, s. 156.

²⁹ I KZP 10/09, R-OSNKW 2009, poz. 1879.

³⁰ T. Koziół, *Glosa do wyroku...*, s. 95.

³¹ Sygn. akt P 20/10, OTK-A 2012, nr 2, poz. 15, z glosą krytyczną T. Koziół, *Znamię „znaczna ilość” a konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej. Glosa do wyroku TK z dnia 14 lutego 2012 r., P 20/10*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5, s. 131–137.

zgodność tego przepisu³² w zakresie użytego znamienia „znacznej ilości”, wymienionych w nich substancji, z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał stwierdził, że rozbieżności orzecznicze nie dotyczą orzeczeń Sądu Najwyższego, zapadłych zarówno pod rządami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z dnia 24 kwietnia 1997 r.³³, jak i obecnie obowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Trybunał stwierdził, że przeciwstawianie utrwalonemu stanowisku Sądu Najwyższego rozbieżnego orzecznictwa sądów apelacyjnych jest w sposób oczywisty nieuprawnione, co wyprowadził z zasady zaufania, tj. że obywatel może zakładać, iż treści obowiązującego prawa są dokładnie takie, jak to zostało ustalone przez sądy, zwłaszcza gdy ustalenie to zostaje dokonane przez Sąd Najwyższy, który sprawuje nadzór nad działalnością sądów powszechnych w zakresie orzekania i jest powołany do zapewnienia w ramach nadzoru jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że nieostrość czy niedookreśloność pojęć prawnych sprzyja uelastycznieniu porządku prawnego i uczynieniu go wrażliwym na zachodzące w rzeczywistości stany faktyczne, a przez to powinna przyczyniać się do pełniejszego wyrażenia w trakcie stosowania prawa wartości, które wynikają z zasady państwa prawnego.

Zawarcie w treści art. 62 ust. 2 u.p.n. klauzuli generalnej „znacznej ilości” niewątpliwie było celowym działaniem ustawodawcy. Ze względu na okoliczność, że pojęcie to ma znaczący wpływ na wymiar kary, można przyjąć, iż potrzeba precyzyjnego doprecyzowania nie budzi wątpliwości, bowiem niedookreśloność sprzyja uznaniowości³⁴. Znaczące rozbieżności w wykładni art. 62 ust. 2 u.p.n. podają w wątpliwość uwzględnienie przez ustawodawcę zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* w procesie legislacyjnym³⁵. Skoro ustawodawca posługuje się znamieniem nieostrym, winien – tak jak zrobił to na gruncie Kodeksu karnego, posługując się analogicznym znamieniem „znacznej szkody” – nadać mu znaczenie legalne³⁶. Sądy orzekające, poszukując sensu znaczeniowego zwrotu „znaczna ilość”, ustalały formalne i jasne kryteria wyjaśniające ten zwrot. Są to jednak zabiegi nie tylko trudne, ale wprowadzające kryteria pozaustawowe, których prowadzenie należy jednak do ustawodawcy, a na ich podstawie sądy powinny orzekać³⁷. W sytuacji kiedy nie wypracowa-

³² A także art. 56 ust. 3 u.p.n.

³³ Dz.U. Nr 75, poz. 468 ze zm.

³⁴ M. Romańczuk-Grącka, M. Gornowicz, *Problemy racjonalizacji polityki kryminalnej w zakresie posiadania narkotyków*, „Przegląd Policyjny” 2016, nr 2, s. 96.

³⁵ N. Wąsik, B. Sygit, *Zmienność wykładni art. 62 u.p.n w sprawach karnych a przestępstwa narkotykowe*, [w:] M. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Miedzy stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017, s. 538.

³⁶ M. Korzeniak, M. Szurman, *Problemy wykładnicze w prawie karnym*, „Rynek – Społeczeństwo – Kultura” 2017, nr 26, s. 157.

³⁷ Zdanie odrębne sędziego TK Adama Jamroza do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14 lutego 2012 r., sygn. akt P 20/10.

no jednolitego rozumienia znamienia ocennego, sprawca, który nie jest świadomy desygnatu znamienia modyfikującego, może ponieść odpowiedzialność karną za popełnienie typu podstawowego³⁸.

W świetle głosowanego wyroku dopuszczalna jest kwalifikowana penalizacja znacznej ilości środków odurzających lub substancji psychotropowych także w celu konsumpcji własnej, jak również dopuszczalne jest pozostawienie wykładni sądom. Jednakże warunek jest tu postawiony istotny, mianowicie że wykładnię tę można racjonalnie przewidzieć. W przypadku posiadania narkotyków na cele związane z wyrobem, sprzedażą itp. wykładnia obecnie jest przewidywalna. W tym przypadku, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, należy przyjąć ilość wystarczającą do przyjęcia typu kwalifikowanego wystarczającą do odurzenia kilkudziesięciu osób. Tym bardziej typ kwalifikowany zastosujemy w przypadku większej ilości narkotyku, Z inną sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku posiadania na własny użytek. Wówczas wykładnia jest nieprzewidywalna, bowiem możliwe jest zarówno, że sądy zastosują, niejako mechanicznie, samo kryterium możliwości odurzenia kilkudziesięciu osób bądź większej ilości osób, jak i to, że sądy zastosują inne kryteria, takie jak posiadanie na własny użytek, uzależnienie od narkotyków czy rodzaj narkotyków. Trudna jest także do przewidzenia określenie dawki, która pozwala na odurzenie; może to być, np. w przypadku suszu konopi indyjskich, dawka 1 g suszu, 0,5 g suszu czy 0,2 g suszu. Postawiony przez TSUE warunek przewidywalności wykładni nie został zatem spełniony, co powinno skłonić ustawodawcę do zmiany przepisu w taki sposób, aby dookreślić, chociażby częściowo, kryteria określania „znacznej ilości”.

Wykaz literatury

- Błoński M., *Wybrane problemy praktyczne w orzekaniu w przedmiocie przestępstw narkotykowych*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2016, nr 76.
- Kanarek J., *Ocenny charakter znamienia „znacznej ilości” środków odurzających. Próba reinterpretacji przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 1.
- Korzeniak M., Szurman M., *Problemy wykładnicze w prawie karnym*, „Rynek – Społeczeństwo – Kultura” 2017, nr 26.
- Kozioł T., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11 października 2017 r., III KK 73/17*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019, z. 3.
- Kozioł T., *Znaczna ilość środka odurzającego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 11.
- Kozioł T., *Znamię „znaczna ilość” a konstytucyjne zasady odpowiedzialności karnej. Glosa do wyroku TK z dnia 14 lutego 2012 r., P 20/10*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5.
- Malasińska-Nagórny A., *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 11.

³⁸ J. Kanarek, op. cit., s. 62.

- Marciniak J., Marciniak M., „Znaczna ilość środków odurzających” a wymóg określoności prawa karnego, *„Wojskowy Przegląd Prawniczy”* 2011, nr 1.
- Radecki W., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2006 r., II KK 47/05*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 12, poz. 145.
- Romańczuk-Grącka M., Gornowicz M., *Problemy racjonalizacji polityki kryminalnej w zakresie posiadania narkotyków*, „Przegląd Policyjny” 2016, nr 2.
- Wąsik N., Sygit. B., *Zmienność wykładni art. 62 u.p.n w sprawach karnych a przestępstwa narkotykowe*, [w:] M. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Miedzy stabilnością a zmiennością prawa karnego. Dylematy ustawodawcy*, Olsztyn 2017.

Summary

Commentary on the Judgment of Court (First Chamber) of 11 June 2020, C-634/18

Keywords: law on combating drug addiction, possession of narcotic drugs, possession of psychotropic substances. significant quantity.

This gloss is a comment to the Judgment of Court (First Chamber) of 11 June 2020, C-634/18. In this judgment, the Court ruled that Article 4(2) (a) of Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, read in conjunction with Article (1)(c) thereof, and Articles 20, 21 and 49 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, must be interpreted as not precluding a Member State from classifying as a criminal offence the possession of a significant quantity of narcotic drugs or psychotropic substances both for personal consumption and for illicit drug trafficking, while leaving the interpretation of the concept of ‘significant quantity of narcotic drugs or psychotropic substances’ to the discretion of the national courts, on a case-by-case basis, provided that that interpretation is reasonably foreseeable. The author agreed with the Judgment of Court analysed Article 62(2) of the Law on combating drug addiction and pointed at discrepancies in judgments of Polish courts and the doctrine. The author also concluded that this situation interpretation of ‘significant quantity of narcotic drugs or psychotropic substances’ couldn’t be foreseen, because in the judgments of Polish courts there are differences in interpretation of the definition of ‘significant quantity of narcotic drugs or psychotropic substances’ and for situations if we should check drugs are for personal consumption or illicit drug trafficking.

Sławomir Zwolak

Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej

Filia w Stalowej Woli

ORCID: 0000-0002-4075-4400

s.zwolak@wsa.stalowa-wola.pl

Głosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 stycznia 2018 r., sygn. akt II OSK 1103/17¹

Teza

Niewykonalność decyzji administracyjnej musi być rezultatem nieusuwalnych przeszkód technicznych lub prawnych, nie zaś innych trudności technicznych lub ekonomicznych, choćby bardzo poważnych. Decyzji nie można uznać za niewykonalną jedynie dlatego, że jej wykonanie wywoła niekorzystne skutki ekonomiczne dla strony, spowoduje trudności w wykorzystaniu urządzeń technicznych lub wymaga znacznych nakładów finansowych.

Stan faktyczny sprawy

Wyrok zapadł w następującym stanie faktycznym. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego (dalej jako PINB) wszczął postępowanie w sprawie wybudowania bez wymaganego pozwolenia na budowę zewnętrznej klatki schodowej. Po przeprowadzeniu postępowania, PINB wezwał inwestora do przedłożenia ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla rozbudowy budynku o zewnętrzną klatkę schodową w terminie czterech miesięcy od dnia otrzymania wezwania. Następnie, na podstawie art. 48 ust. 2 i 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane², nakazał inwestorowi wstrzymanie prowadzonych robót budowlanych związanych z tą rozbu-

¹ LEX nr 2463057.

² Stan prawny sprawy w chwili wydania wyroku: Dz.U. z 2018 r., poz. 1202; obowiązuje obecnie: t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm. (dalej jako pr.bud.).

dową i nałożył na inwestora obowiązek przedłożenia: 1) ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, 2) czterech egzemplarzy projektu budowlanego wraz z wymaganymi uzgodnieniami i opiniami, 3) oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Ponieważ we wskazanym terminie inwestor nie przedłożył wymaganych dokumentów, PINB wydał decyzję nakazującą rozbiórkę klatki schodowej.

Od decyzji tej inwestor złożył odwołanie do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego (dalej jako WINB). Do odwołania inwestor załączył decyzję o warunkach zabudowy dla inwestycji, polegającej na nadbudowie, rozbudowie i przebudowie budynku mieszkalnego. Organ odwoławczy utrzymał jednak decyzję PINB w mocy. W uzasadnieniu decyzji WINB podał, że wykonane przez inwestora roboty (tj. wykonanie klatki schodowej) stanowiły rozbudowę w rozumieniu art. 3 pkt 6 pr.bud. Inwestor nie posiadał żadnej dokumentacji związanej z tymi robotami, w tym nie posiadał pozwolenia na budowę. Zatem w odniesieniu do inwestora wdrożono postępowanie w sprawie nielegalnie wykonanych robót budowlanych (na podstawie art. 48 ust. 2 pr.bud.) i następnie nałożono na niego (zgodnie z art. 48 ust. 3 pr.bud.) obowiązek przedłożenia dokumentów umożliwiających legalizację budowy. Ponieważ jednak inwestor nie przedłożył tej dokumentacji w wyznaczonym terminie, organ nadzoru budowlanego zobowiązany był do wydania decyzji nakazującej rozbiórkę.

Inwestor złożył skargę na decyzję WINB do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie (dalej jako WSA), jednak WSA wydał wyrok oddalający tę skargę³. Sąd podzielił stanowisko WINB, że wykonane przez inwestora roboty budowlane stanowiły rozbudowę (w rozumieniu art. 3 pkt 6 pr.bud.). W konsekwencji sąd potwierdził, że organ prawidłowo przeprowadził procedurę określoną w art. 48 pr.bud. oraz że decyzja nakazująca rozbiórkę była zasadna.

Od wyroku WSA inwestor złożył skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej jako NSA). W skardze tej inwestor podniósł, że materiały sprawy, w wyniku której nakazano rozbiórkę, są niewystarczające do wydania decyzji o nakazie rozbiórki, a zatem decyzję tę wydano przedwcześnie. W szczególności jednak inwestor zarzucił, że decyzja ta jest niewykonalna. Jego zdaniem niemożliwa jest rozbiórka zewnętrznej klatki schodowej bez ingerencji w istniejący układ konstrukcyjny całego budynku i bez odcięcia dostępu do jednego ze znajdujących się w nim lokali mieszkalnych. Zdaniem inwestora nie da się wykonać rozbiórki klatki schodowej bez uszczerbku dla całości budynku. Do skargi kasacyjnej inwestor załączył ekspertyzy techniczne, mające potwierdzić tezy przedstawione w skardze. NSA nie podzielił jednak argumentacji skarżącego i oddalił skargę kasacyjną. Zdaniem sądu przedsta-

³ Wyrok WSA w Krakowie z 22 października 2015 r., II SA/Kr 906/15, LEX nr 2203778.

wione przez skarżącego ekspertyzy nie potwierdzały stanowiska zawartego w skardze. Nade wszystko, zdaniem NSA, zawarty w jednej z tych ekspertyz argument o wysokim koszcie prac adaptacyjnych, które musiałyby zostać wykonane dodatkowo, po wykonaniu samej rozbiórki klatki schodowej, nie może uzasadniać tezy, że decyzja nakazująca rozbiórkę jest niewykonalna. W ocenie NSA decyzji nie można uznać za niewykonalną tylko dlatego, że jej wykonanie wywoła niekorzystne skutki ekonomiczne dla strony, spowoduje trudności w wykorzystaniu urządzeń technicznych lub wymaga znacznych nakładów finansowych. Nadto, rozbiórka części budynku, która powstała w wyniku rozbudowy, oznacza powrót do stanu sprzed jej wykonania. Fakt, że rozbiórka ma dotyczyć tylko tej części, pozwala na precyzyjne oznaczenie zakresu obowiązku rozbiórki i dopasowania go w adekwatny sposób do przedmiotu samowoli budowlanej, z pozostawieniem reszty budynku wybudowanej zgodnie z prawem.

Komentarz

Głosowany wyrok zapadł w poprzednim stanie prawnym przed nowelizacją prawa budowlanego dokonaną ustawą z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw⁴. Jednakże, z uwagi na niezwykle ważną kwestię nakładanych na inwestora przez organ administracji publicznej obowiązków, które wynikły z tytułu nielegalnie wybudowanego obiektu budowlanego, warto niniejsze orzeczenie poddać analizie, tym bardziej że nie straciło ono na aktualności w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego. Pochylając się nad orzeczeniem NSA, należy najpierw rozważyć szereg kwestii związanych z rozbiórką obiektu budowlanego, mając oczywiście na uwadze poprzednie rozwiązania prawne.

Uwzględniając potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa istniejących obiektów budowlanych, przepisy prawa budowlanego określają obowiązki i uprawnienia właściwych organów administracyjnych, w przypadku gdy obiekty budowlane stanowią lub mogą stanowić potencjalne zagrożenie bezpieczeństwa dla ludzi, mienia i środowiska. W szczególnych przypadkach, gdy obiekt budowlany stwarza takie zagrożenie, przepisy przewidywały konieczność nakazania przez właściwy organ rozbiórki takiego obiektu budowlanego⁵. W świetle poprzedniego stanu prawnego, obowiązek rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części był nakazywany przez właściwy organ w sytuacji, gdy obiekt budowlany lub jego część został wybudowany bez wymaganego pozwolenia na budowę albo

⁴ Dz.U. z 2020 r., poz. 471 ze zm.

⁵ J. Baryłka, *Nakazy rozbiórki jako forma inżynierii bezpieczeństwa obiektów budowlanych w praktyce działania organów nadzoru budowlanego*, [w:] *Problemy techniczno-prawne utrzymywania obiektów budowlanych*, referat na Ogólnopolskiej Konferencji „Problemy techniczno-prawne utrzymywania obiektów budowlanych”, GUNB, Warszawa 2013, s. 187.

zgłoszenia bądź mimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ, a także wówczas, gdy budowa obiektu, realizowanego bez pozwolenia na budowę albo zgłoszenia bądź mimo wniesienia sprzeciwu, jeszcze trwa⁶. Nowelizacja do prawa budowlanego zmieniła podejście organu administracji w tym przedmiocie, zastępując wydanie nakazu rozbiórki obiektu, wszczęciem uproszczonego postępowania legalizacyjnego⁷. W kontekście analizowanej tematyki należy zauważyć, że pogwałcenie przepisów prawa budowlanego, odnoszących się do reglamentacji administracyjno-prawnej, może spowodować duże prawdopodobieństwo popełnienia błędów w procesie budowlanym, które mogą w następstwie decydować o niedotrzymaniu wymagań bezpieczeństwa, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane⁸. Dlatego, mając powyższe na uwadze, prawo budowlane przewiduje środki przeciwdziałania samowoli budowlanej, dając możliwości zalegalizowania obiektu budowlanego (robót budowlanych) w przypadkach braku naruszenia interesu publicznego lub społecznego albo znikomej szkodliwości społecznej czynu⁹. Dlatego nakaz rozbiórki takich obiektów może być orzeczony dopiero wówczas, gdy okaże się, że nie ma prawnych możliwości jego legalizacji. Oczywiście legalizacja samowoli budowlanej nie jest obowiązkiem, a jedynie uprawnieniem¹⁰. W świetle poprzedniego stanu prawnego wydanie nakazu rozbiórki obiektu budowlanego musiało poprzedzić ciąg czynności dowodowych potwierdzających potrzebę sięgnięcia po ten instrument prawny. Głównie to właściwy organ podejmował działania z urzędu, choć można było sobie wyobrazić, że postępowanie w sprawie nakazu rozbiórki zostało wszczęte z inicjatywy osoby trzeciej. O ile więc osoba trzecia domagała się wydania nakazu rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części, właściwy organ był obowiązany każdorazowo ustalić, czy wykazuje ona interes prawny w rozumieniu art. 28 k.p.a., a tym samym, czy jest legitymowana jako strona. W toku ustaleń dokonanych w wyniku działań inspekcyjno-kontrolnych

⁶ T.B. Babiak, *Nadzór budowlany – kompetencje organów administracji. Wzory, akty prawne*, Warszawa 2001, s. 107. Warto zauważyć, że w orzecznictwie sądowym przyjęto, że rozpoczęcie budowy na podstawie decyzji nieostatecznej nie może być uznane za objęte nakazem rozbiórki. Wyrok NSA z 5 września 2001 r., sygn. akt SA/Sz 2652/00, Lex nr 56418.

⁷ Zob. art. 49f ust. 1 pr.bud.

⁸ J. Baryłka, op. cit., s. 188.

⁹ E. Radziszewski, *Prawo budowlane. Przepisy i komentarz*, Warszawa 2006, s. 138. Należy zauważyć, że pierwotny rygorystyczny art. 48 pr.bud. był krytycznie oceniany przez praktyków i teoretyków prawa. Problem bezwzględnej rozbiórki obiektu budowlanego wybudowanego samowolnie został dostrzeżony przez Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził: „Zasada proporcjonalności jest elementem składowym zasady państwa prawnego. Państwo prawne opiera się na racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy upatrywać podstaw obowiązującego prawa proporcjonalności”. Orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95, OTK 1996, nr 1, poz. 2.

¹⁰ Z. Niewiadomski, *Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego w świetle aktualnych rozwiązań*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Uwarunkowania – bariery – perspektywy*, Warszawa 2009, s. 220.

właściwy organ ze szczególną dbałością dokumentował czynności pozwalające na ocenę stanu faktycznego¹¹. Decyzja o rozbiórce była wydawana na podstawie ustaleń wynikających z oględzin, ekspertyzy technicznej i rozprawy, jeżeli orzekający organ uznał, że obiekt budowlany nie nadawał się do remontu lub odbudowy. W decyzji o rozbiórce organ wyznaczał właścicielowi lub zarządcy obiektu technicznie uzasadnioną datę rozpoczęcia rozbiórki i jej ukończenia, a także datę uporządkowania terenu¹². Skutkiem wydania ostatecznej decyzji o nakazie rozbiórki było skonkretyzowanie publicznoprawnego obowiązku wynikającego z mocy abstrakcyjnej normy rekonstruowanej z ówczesnego art. 48 pr.bud.¹³ Dzisiejszym odpowiednikiem regulacji odnoszącej się do decyzji o rozbiórce obiektu jest art. 49e pr.bud., w myśl którego organ nadzoru budowlanego wydaje decyzję o rozbiórce obiektu budowlanego lub jego części w przypadku: 1) niezłożenia wniosku o legalizację w wymaganym terminie; 2) wycofania wniosku o legalizację; 3) nieprzedłużenia w wyznaczonym terminie dokumentów legalizacyjnych; 4) niewykonania w wyznaczonym terminie postanowienia o usunięciu nieprawidłowości w dokumentach legalizacyjnych; 5) nieuiszczenia opłaty za legalizacyjnej w wyznaczonym terminie; 5) kontynuowania budowy pomimo postanowienia o wstrzymaniu budowy. Zatem niedotrzymanie powyższych warunków skutkuje wydaniem decyzji o nakazie rozbiórki obiektu budowlanego, bowiem skuteczna legalizacja samowoli budowlanej zależy od tego, czy odpowiada ona materialnoprawnym warunkom stawianym w ustawie. Przedłożenie wszystkich wymaganych dokumentów, o których stanowi nowy art. 48b pr.bud., będzie w pierwszej kolejności skutkowało po stronie organu nadzoru budowlanego obowiązkiem zweryfikowania złożonej dokumentacji w przedmiocie ich kompletności i zgodności z projektem zagospodarowania działki lub terenu z przepisami ustawy, w tym zgodności z przepisami techniczno-budowlanymi oraz ustalenie opłaty legalizacyjnej.

Nakaz rozbiórki może mieć różny zakres przedmiotowy; może dotyczyć całości lub części obiektu¹⁴. Zakres nakazywanej rozbiórki musi jednak zostać określony w sposób adekwatny do stwierdzonego zakresu samowoli budowlanej, a także w celu regulacji w postaci doprowadzenia obiektu do stanu zgodnego z prawem. Nie można bowiem orzec o nakazie rozbiórki całego obiektu, jeśli

¹¹ T.B. Babel, op. cit., s. 109; wyrok NSA z 8 listopada 2011 r., sygn. akt II OSK 1416/10, Lex nr 1083609.

¹² J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, P. Sosnowski, *Leksykon prawa budowlanego, planowania przestrzennego, gospodarki nieruchomościami*, Warszawa 2016, s. 183; Zdaniem NSA adresatem decyzji o nakazie rozbiórki może być inwestor, właściciel lub zarządca obiektu budowlanego – wyrok NSA z 12 września 2002 r., sygn. akt IV SA 2057/97, Lex nr 964354.

¹³ T.B. Babel, *Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 8, s. 3.

¹⁴ Przez część obiektu budowlanego należy rozumieć przede wszystkim samodzielny obiekt budowlany, którego budowa nie została jeszcze zakończona, lub jako część innego obiektu, która jest na tyle samodzielna i niezależna od pozostałej części, wybudowanej zgodnie z prawem, że może być rozebrana bez istotnej ingerencji tą pozostałą część obiektu budowlanego – wyrok WSA w Olsztynie z 5 października 2010 r., sygn. akt I SA/Ol 327/10, Lex nr 661083.

tylko pewna jego część została wybudowana bez wymaganego pozwolenia na budowę. Zakres nakazu rozbiórki nie może zatem przekraczać zakresu faktycznej samowoli budowlanej. Ponadto należy uznać, że jeśli dająca się wyodrębnić z całości część samowolnie wzniesionego obiektu może zostać zalegalizowana, to organ powinien w takim zakresie przeprowadzić procedurę legalizacyjną, zaś nakaz rozbiórki wydać tylko w zakresie części obiektu niemożliwej do zalegalizowania¹⁵. Oznacza to, że nakaz rozbiórki części obiektu można wydać tylko wówczas, gdy część ta da się wydzielić bez uszczerbku dla reszty określonej całości. Innymi słowy, musi być to część obiektu na tyle samodzielna, jak i niezależna od pozostałej części obiektu wybudowanego zgodnie z prawem, że może być rozebrana bez istotnej ingerencji w pozostałą część obiektu budowlanego¹⁶. Orzeczona nakazem rozbiórka wykonywana jest dobrowolnie lub w drodze zastosowania postępowania egzekucyjnego bądź w trybie wykonania zastępczego na koszt zobowiązanego. Rozbiórka obiektu oznacza jego usunięcie z miejsca, w którym został wzniesiony. Nakaz rozbiórki nie musi przy tym oznaczać obowiązku dzielenia obiektu na mniejsze części i usuwania ich z nieruchomości gruntowej. Usunięcie obiektu z gruntu może nastąpić także bez naruszenia jego całości, z tym że taki obiekt musi zostać po prostu usunięty¹⁷.

Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego, jako obowiązek nałożony właściciela lub zarządcę obiektu w drodze decyzji przez właściwy organ za działania niezgodne z prawem, jest bez wątpienia najdalej idącą sankcją administracyjną wynikającą z prawa budowlanego. Jej zastosowanie rodzi nieodwracalne bądź trudne do odwrócenia skutki prawne. Dlatego właściwy organ nie może wydawać nakazu rozbiórki w sytuacji, kiedy stan faktyczny danej sprawy jest nie do końca jasny lub jednoznaczny¹⁸. Nietrudno się temu dziwić, skoro nakaz zawiera dość istotne ograniczenie prawa własności zagwarantowanego przez Konstytucję RP¹⁹ i inne akty prawne²⁰.

Poprzednia obowiązująca treść art. 48 pr.bud., na podstawie której orzekał NSA, stanowiła, że organ nadzoru budowlanego nakazuje w drodze decyzji, rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części, wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę. W dalszej części tego przepisu znajdowało się odstępstwo od tej kategorycznej reguły, które jednak uzależnione zostało od

¹⁵ M. Rypina, *Komentarz do art. 48*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 410.

¹⁶ M. Cherka, W. Górecki, *Samowola budowlana w polskim prawie budowlanym*, Warszawa 2013, s. 201; wyrok NSA z 25 lipca 2006 r., sygn. akt II OSK 958/05, Lex nr 275477.

¹⁷ M. Rypina, op. cit., s. 411.

¹⁸ S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 370; wyrok WSA w Warszawie z 21 maja 2004 r., sygn. akt IV SA 4780/02, Lex nr 148929.

¹⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²⁰ B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, Toruń 2008, s. 381.

precyzyjnie wskazanych przesłanek zawartych wówczas w art. 48 ust. 2 pr. bud. Zatem jeżeli budowa jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz nie narusza przepisów, w tym techniczno-budowlanych, w zakresie uniemożliwiającym doprowadzenie obiektu budowlanego lub jego części do stanu zgodnego z prawem, organ nadzoru budowlanego wstrzymuje postanowieniem prowadzenie robót budowlanych (o ile roboty te nie są zakończone) i nakłada na inwestora obowiązek przedstawienia w wyznaczonym terminie dokumentów wymienionych w art. 48 ust. 3 pr. bud., m.in. decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz innych dokumentów, jakie należy załączyć do wniosku o udzielenie pozwolenia na budowę, w tym czterech egzemplarzy projektu budowlanego oraz oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Natomiast w art. 48 ust. 4 pr. bud. istniał zapis, że w przypadku niespełnienia w wyznaczonym terminie tych obowiązków stosuje się przepis art. 48 ust. 1 pr. bud., czyli nakazuje się w drodze decyzji rozbiórkę obiektu budowlanego lub jego części.

Istotą sprawy, podnoszoną na kanwie niniejszego wyroku NSA, jest kwestia niewykonalności obowiązku rozbiórki części obiektu budowlanego z uwagi na względy ekonomiczne i konstrukcyjne. Otóż, w dotychczasowym i – co ważne – utrwalonym orzecznictwie sądowym przyjmuje się jednak, że tego rodzaju względy nie świadczą o niewykonalności obowiązku nałożonego decyzją i nie uzasadniają stwierdzenia jej nieważności na podstawie art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a.²¹ Taka niewykonalność musi być rezultatem nieusuwalnych przeszkód technicznych lub prawnych, nie zaś innych trudności technicznych lub ekonomicznych, choćby bardzo poważnych²². Decyzji nie można uznać za niewykonalną jedynie dlatego, że jej wykonanie wywoła niekorzystne skutki ekonomiczne dla strony, spowoduje trudności w wykorzystaniu urządzeń technicznych lub wymagać będzie znacznych nakładów finansowych²³. Zatem rozbiórka części budynku, która powstała w wyniku rozbudowy, oznaczać będzie powrót do stanu sprzed jej wykonania. Ponadto fakt, że rozbiórka ma dotyczyć tylko tej części, pozwala na precyzyjne oznaczenie zakresu obowiązku rozbiórki i dopasowania go w adekwatny sposób do przedmiotu samowoli budowlanej, z pozostawieniem reszty budynku wybudowanej zgodnie z prawem.

W świetle orzeczenia NSA roboty rozbiórkowe należy wykonać na podstawie decyzji, zgodnie z którą rozbiórkę nakazano, i – co oczywiste – nie wymagają one uzyskania pozwolenia na budowę. Z tego punktu widzenia dalszą kwestią pozostawać musi to, jakie pozwolenia i jakie nakłady trzeba będzie

²¹ Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 256 ze zm), dalej jako k.p.a.

²² Zob. wyrok NSA z 2 września 2016 r., sygn. akt I OSK 698/15, Lex nr 2118790; wyrok NSA z 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt II OSK 2057/15, Lex nr 2366943.

²³ Wyrok NSA z 7 października 2015 r., sygn. akt II OSK 307/14, Lex nr 1987199.

ponieść, by po dokonanej rozbiórce zapewnić oczekiwany przez standard użytkownika budynku. Również nie wydaje się za właściwe uznać, że decyzja nakazująca rozbiórkę jest niewykonalna, ponieważ stanowi ona czyn niedozwolony w rozumieniu prawa cywilnego, tj. zdarzenie będące przyczyną szkody, która zgodnie z tym prawem powinna być naprawiona, o ile zachodzą przesłanki przypisania określonemu podmiotowi odpowiedzialności w tym zakresie. Rozbórka z samej swojej natury powoduje szkodę już poprzez wyrządzenie uszczerbku majątkowego w postaci rozebranego składnika majątku nieruchomości i kosztów robót rozbiórkowych, a nierzadko także kosztów prac adaptacyjnych pozwalających przywrócić funkcjonalność obiektu budowlanego.

Zatem o niewykonalności obowiązku nałożonego decyzją ostateczną można mówić, gdy niewykonalność jest następstwem przeszkód o charakterze nieusuwalnym. Trwała niewykonalność obowiązku zachodzi wówczas, gdy czynności składające się na treść tych obowiązków zawartych w decyzji są niewykonalne z przyczyn technicznych lub prawnych tkwiących w ich naturze. Natomiast trudności techniczne lub ekonomiczne, choćby bardzo poważne, w wyegzekwowaniu wykonania obowiązku nałożonego decyzją, jak również negatywne stanowiska jej adresatów lub innych osób zainteresowanych utrzymaniem dotychczasowego stanu rzeczy, nie stanowią o niewykonalności obowiązku²⁴. Tak ujęta niewykonalność decyzji rozbiórkowej nie pokrywa się z niewykonalnością w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a., bowiem właściwy organ stwierdza nieważność decyzji, która była niewykonalna w dniu jej wydania i jej niewykonalność ma charakter trwały. Wchodzi tu w grę zarówno niewykonalność faktyczna, jak i prawna²⁵. Pierwsza z nich ma miejsce wówczas, gdy nie ma technicznych możliwości wykonania decyzji, druga – gdy istnieją prawne nakazy lub zakazy stwarzające nieusuwalną przeszkodę w wykonaniu praw i obowiązków wynikających z decyzji. W obydwu przypadkach trwałość niewykonalności decyzji musi zostać udowodniona²⁶. Decyzja jest zatem niewykonalna w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a. wówczas, gdy zachodzi przeszkoda w jej wykonaniu, wynikająca z określonych przepisów prawa, lub jest faktycznie niemożliwa do wykonania, np. przy istniejącym stanie wiedzy technicznej. Niewykonalność decyzji oznacza, że rozstrzygnięcie z przyczyn prawnych bądź faktycznych nie może zostać wykonane, przy czym niewykonalność ta musi istnieć już w momencie wydania decyzji, zaś przeszkody powodujące niewykonalność trwają cały czas, aż do czasu stwierdzenia jej nieważności. Bowiem czasowa niewykonalność decyzji ma tylko znaczenie

²⁴ Wyrok NSA z 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt II OSK 2057/15, Lex nr 2366943.

²⁵ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 672; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 385; B. Adamiak, *Nieważność decyzji w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, [w:] K. Podgórski (red.), *Zagadnienia proceduralne w administracji*, Katowice 1984, s. 65.

²⁶ J. Borkowski, *Komentarz do art. 156*, [w:] J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1989, s. 260.

w związku z realizacją praw i obowiązków ustanowionych w decyzji i powinna powodować odroczenie terminu wykonania decyzji dobrowolnego lub przymusowego²⁷. Decyzja trwale niewykonalna to taka decyzja, której adresat jest trwale pozbawiony możliwości czynienia użytku z ustanowionych w niej praw lub trwale pozbawiony możliwości wykonania obowiązków; musi ona mieć charakter obiektywny. O niewykonalności obowiązku nałożonego decyzją ostateczną można mówić wtedy, gdy niewykonalność jest następstwem przeszkód o charakterze nieusuwalnym²⁸. Oznacza to, że trwała niewykonalność obowiązku zawartego w decyzji zachodzi wówczas, gdy czynności składające się na treść tego obowiązku są niewykonalne z przyczyn technicznych lub prawnych tkwiących w ich naturze. W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że trudności techniczne lub ekonomiczne, choćby bardzo poważne, w wyegzekwowaniu wykonania obowiązku nałożonego decyzją, jak również negatywne stanowiska jej adresatów lub innych osób zainteresowanych utrzymaniem dotychczasowego stanu rzeczy, nie stanowią o niewykonalności decyzji²⁹. Z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa dla ludzi i mienia, względy techniczne i ekonomiczne, utrudniające wykonanie decyzji, nie mogą być uznane za przesłankę niewykonalności decyzji³⁰.

Podsumowując niniejsze orzeczenie NSA, należy zauważyć, że przedstawione w stanie faktycznym rozstrzygnięcia sądów administracyjnych zapadłe w omawianej sprawie odpowiadały prawu i pozostają aktualne w stosunku do dzisiejszych regulacji prawnych dotyczących samowoli budowlanej. Jeżeli inwestor nielegalnie wykona roboty budowlane i nie przedłoży w określonym przez organ administracji publicznej terminie dokumentów wymaganych przez przepisy prawa budowlanego, wówczas organ ten ma obowiązek wydania decyzji o nakazie rozbiórki. W komentowanej sprawie taka sytuacja miała miejsce. Ponadto podnoszenie aspektów technicznych i ekonomicznych nie może zapobiec wykonalności decyzji nakazującej rozbiórkę części obiektu budowlanego. Jak się wskazuje w orzecznictwie sądowoadministracyjnym³¹, taka niewykonalność musi być wynikiem nieusuwalnych przeszkód technicznych lub prawnych, nie zaś innych trudności technicznych lub ekonomicznych, choćby i bardzo poważnych. Ze stanu faktycznego, leżącego u podstaw komentowanego wyroku, nie wynika, aby takie przeszkody zaistniały w omawianej sprawie.

²⁷ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2006, s. 334.

²⁸ Wyrok NSA z 29 września 2010 r., sygn. akt II GSK 686/09, Lex nr 746103, wyrok NSA w Warszawie z 8 lipca 1999 r., sygn. akt IV SA 970/97, Lex nr 47901; wyrok NSA z 13 listopada 2008 r., sygn. akt II OSK 1365/07, Lex nr 532603.

²⁹ Wyrok NSA z 3 czerwca 2008 r., sygn. akt II OSK 590/07, Lex nr 484998.

³⁰ Wyrok NSA z 13 listopada 2008 r., sygn. akt II OSK 1365/07, Lex nr 532603.

³¹ Wyrok NSA z 2 września 2016 r., sygn. akt I OSK 698/15, Lex nr 2118790.

Wykaz literatury

- Adamiak B., *Nieważność decyzji w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, [w:] K. Podgórski (red.), *Zagadnienia proceduralne w administracji*, UŚ, Katowice 1984.
- Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Babiel T.B., *Nadzór budowlany Kompetencje organów administracji. Wzory, akty prawne*, C.H. Beck, Warszawa 2001.
- Babiel T. B., *Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 8.
- Baryłka J., *Nakazy rozbiórki jako forma inżynierii bezpieczeństwa obiektów budowlanych w praktyce działania organów nadzoru budowlanego*, [w:] referat na Ogólnopolskiej Konferencji „Problemy techniczno-prawne utrzymania obiektów budowlanych”, GUNB, Warszawa 2013
- Borkowski J., *Komentarz do art. 156*, [w:] J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1989.
- Cherka M., Górecki W., *Samowola budowlana w polski prawie budowlanym*, Warszawa 2013.
- Dziedzic-Bukowska J., Jaworski J., Sosnowski P., *Leksykon prawa budowlanego, planowania przestrzennego, gospodarki nieruchomościami*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, PWN, Warszawa 1999.
- Kurzępa B., *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, TNOiK, Toruń 2008.
- Niewiadomski Z., *Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego w świetle aktualnych rozwiązań prawnych*, [w:] Z. Niewiadomski (red.), *Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Uwarunkowania – bariery – perspektywy*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Radziszewski E., *Prawo budowlane. Przepisy i komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Rypina M., *Komentarz do art. 48*, [w:] M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Serafin S., *Prawo budowlane. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2006.

Summary

Gloss to the decision of the Supreme Court's of 11 January 2018 (II OSK 1103/17)

Keywords: demolition of a building object, the impracticability of the administrative decision, investor, lawlessness construction.

The Supreme Administrative Court in the judgment of 11 January 2018, file ref. II OSK 1103/17, stated that the decision ordering the demolition of

a part of the structure cannot be considered unenforceable because its execution will have negative economic consequences for the party or will cause difficulties in the use of technical equipment. Issuing an order to demolish a part of a building structure allows for precise determination of the scope of the demolition obligation and adjusting it adequately to the subject of unauthorized construction, leaving part of the building object constructed under the law.

Lista recenzentów

Dr hab. Katarzyna Banasik, prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Dr hab. Marek Bielecki, prof. ASzWoj, Akademia Sztuki Wojennej w Warszawie
Dr hab. Tomasz Bojar-Fijałkowski, prof. UKW, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy
Dr hab. Stanisław Bułajewski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Tomasz Brzezicki, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Dr hab. Piotr Chlebowicz, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Ewa Katarzyna Czech, prof. UwB, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Marcin Dąbrowski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Anna Dobaczewska, prof. UG, Uniwersytet Gdański
Dr hab. Adam Doliwa, prof. UwB, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Rafał Dowgier, prof. UwB, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Małgorzata Dumkiewicz, prof. UMCS, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Dr hab. Tomasz Duraj, prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki
Dr hab. Hanna Filipczyk, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Wojciech Filipkowski, prof. UwB, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. US, Uniwersytet Szczeciński
Dr hab. Kamil Frąckowiak, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Aneta Giedrewicz-Niewińska, prof. UwB, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Marcin Glicz, prof. AP, Akademia Pomorska w Słupsku
Prof. dr hab. Ewa Guzik-Makaruk, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Adam Habuda, prof. INP PAN, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk we Wrocławiu
Dr hab. Krzysztof Horubski, Uniwersytet Wrocławski
Dr hab. Dariusz Jagiello, prof. SWPS, Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie
Dr hab. Joanna Juchniewicz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Kazimiera Juszka, prof. UP, Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie
Dr hab. Michał Kania, prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach
Dr hab. Justyna Karaźniewicz, prof. UKW, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy
Dr hab. Elżbieta Karska, prof. UKSW, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
Prof. dr hab. Jerzy Kasprzak, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Czesław Kłak, prof. KPSW, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa
Dr hab. Anna Kościółek, prof. UR, Uniwersytet Rzeszowski
Dr hab. Monika Kotowska, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Prof. dr hab. Piotr Krajewski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Radosław Krajewski, prof. UKW, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy
Dr hab. Joanna Kruczałak-Jankowska, prof. UG, Uniwersytet Gdański
Dr hab. Jerzy Krzynówek, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Dr hab. Przemysław Krzykowski, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Prof. Oleg Stasevich Kuchin, Lomonosov State University in Moscow, Russia
Dr hab. Marek Kulik, prof. UMCS, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Dr hab. Danuta Kurzyna-Chmiel, prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach
Prof. dr hab. Katarzyna Laskowska, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Katarzyna Leśkiewicz, prof. UAM, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Dr hab. Aneta Łyżwa, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Uniwersytet w Białymstoku
Dr hab. Magdalena Małecka-Łyszczek, prof. UEK, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Ph. D. Nataliia Martsenko, prof. WUNU, West Ukrainian National University, Ternopil, Ukraine
Dr hab. Anna Moszyńska, prof. UMK, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Prof. dr hab. Vytautas Nekrošius, Uniwersytet Szczeciński
 Dr hab. Jerzy Nikolajew, prof. UO, Uniwersytet Opolski
 Dr hab. Izabela Nowicka, prof. AWL, Akademia Wojsk Lądowych we Wrocławiu
 Dr hab. Henryk Nowicki, prof. UMK, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
 Dr hab. Maciej Nyka, prof. UG, Uniwersytet Gdański
 Dr hab. Tomasz Oczkowski, prof. UMK, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
 Dr hab. Bogumił Pahl, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Szymon Pawelec, prof. UW, Uniwersytet Warszawski
 Prof. dr hab. Wiesław Pływaczewski, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Jacek Potulski, prof. UG, Uniwersytet Gdański
 Dr hab. Agnieszka Pyrżyńska, prof. UAM, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
 Dr hab. Wojciech Robaczyński, prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki
 Dr hab. Paweł Romaniuk, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Marta Romańczuk-Grącka, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Ks. dr hab. Mieczysław Różański, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Maciej Rzewuski, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Marek Salamonowicz, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Kamil Sikora, prof. UMCS, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
 Prof. dr hab. Bronisław Sitek, Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie
 Dr hab. Magdalena Sitek, prof. WSGE, Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi w Józefowie
 Dr hab. Agnieszka Skóra, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Jacek Skrzydło, prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki
 Ph.D. Valentyna Sloma, prof. WUNU, West Ukrainian National University, Ternopil, Ukraine
 Prof. dr hab. Jacek Sobczak, Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie
 Dr hab. Paweł Sobczyk, prof. UO, Uniwersytet Opolski
 Dr hab. Edyta Sokalska, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Ireneusz Sołtyszewski, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Sławomir Steinborn, prof. UG, Uniwersytet Gdański
 Dr hab. Aneta Suchoń, prof. UAM, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
 Dr hab. Grzegorz Suliński, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
 Prof. dr hab. Robert Suwaj, Politechnika Warszawska
 Dr hab. Anna Sylwestrzak, prof. UG, Uniwersytet Gdański
 Dr hab. Krystyna Szczehowicz, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Rafał Szczepaniak, prof. UAM, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
 Dr hab. Tomasz Szewc, prof. PŚ, Politechnika Śląska
 Dr hab. Piotr Szymaniec, prof. PWSZ, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu
 Dr hab. Andrzej Szymański, prof. UO, Uniwersytet Opolski
 Dr hab. Katarzyna Święch-Kujawska, prof. US, Uniwersytet Szczeciński
 Dr hab. Krzysztof Topolewski, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
 Dr hab. Joanna Unterschütz, prof. WSAiB, Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni
 Dr hab. Wioletta Witoszko, Uniwersytet w Białymstoku
 Ph.D. Anton Yakushev, Voronezh State University, Russia
 Prof. Stanislav Yalyshev Russian State University of Justice (Saint Petersburg), Russia
 Dr hab. Igor Zgoliński, prof. KPSW, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa
 Dr hab. Marcin Zieleniecki, prof. UG, Uniwersytet Gdański
 Dr hab. Dorota Zienkiewicz, prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach
 Dr hab. Jakub Jan Zięty, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
 Dr hab. Agnieszka Ziółkowska, prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach
 Dr hab. Magdalena Zubańska, prof. UWM, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie