

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

Studia
Prawnoustrojowe

55

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Jarosław Dobkowski (redaktor naczelny)

Elżbieta Żębek (zastępca)

Denis Solodov (sekretarz)

Marta Romańczuk-Grącka (członek redakcji)

RADA NAUKOWA

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

REDAKTORZY TEMATYCZNI TOMU

Wiesław Pływaczewski, Krystyna Szczechowicz, Jakub Jan Ziety

RECENZENCI

Lista recenzentów zostanie zamieszczona w ostatnim numerze danego roku

REDAKCJA WYDAWNICZA

Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE

Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji UWM

10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98

tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2022

Wydawnictwo UWM

ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn

tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38

www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/

e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 70 egz.; ark. wyd. 26,6; ark. druk. 22,5
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 119

Spis treści

ARTYKUŁY

Kateryna Yusupova , <i>Тактичні особливості участі захисника у допиті неповнолітньої особи на досудовому розслідуванні</i>	5
Joanna Beata Banach-Gutierrez, Małgorzata Janicz , <i>Zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania osób skazanych na karę pozbawienia wolności w świetle prawa karnego Unii Europejskiej</i>	25
Katarzyna Karolina Borkowska , <i>Zabójstwo eutanatyczne w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne</i>	43
Bogusława Dobkowska , <i>Conciliatory methods of settling cases in administrative proceedings</i>	59
Michał Grudecki , <i>Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym</i>	73
Dariusz Jagiełło, Teresa Gardocka , <i>Pojęcie broni palnej w art. 263 Kodeksu karnego i w ustawie o broni i amunicji</i>	85
Kazimiera Juszka, Karolina Dominika Dziedzic , <i>Kontrowersyjne nowe technologie w kryminalistyce</i>	103
Samanta Kowalska , <i>Koncepcja godności roślin w ochronie środowiska i bezpieczeństwie ekologicznym</i>	117
Radosław Krajewski , <i>Uzasadnienia kryminalizacji eksploatacji prostytutki</i>	131
Justyna Krzywkowska , <i>Prawo osadzonych do korzystania z usług religijnych w dobie pandemii COVID-19</i>	147
Danuta Kurzyna-Chmiel , <i>Aktualna sytuacja prawna mniejszości narodowych i etnicznych, ze szczególnym uwzględnieniem praw w dziedzinie oświaty</i>	159
Michał Kurzyński , <i>O zasadności podwyższenia wysokości grzywny w drodze mandatu karnego za wykroczenia skarbowe</i>	177
Ewa Lewandowska , <i>Ochrona prawnoautorska oznaczenia towarów i usług, czyli o dylemacie rejestracji znaku towarowego</i>	189
Grzegorz Lubeńczuk , <i>The legality of acts of local law restricting the possibility of pursuing circus activity with the use of animals in Poland</i>	209
Michał Mariański , <i>Formy innych fakultatywnych podatków gminnych w świetle regulacji francuskiego Generalnego kodeksu podatków</i>	225
Anna Mlostoń-Olszewska, Amadeusz Małolepszy , <i>Uprawnienia procesowe powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów w postępowaniu w sprawach o wykroczenia – wybrane zagadnienia praktyczne na gruncie wykroczenia z art. 114 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów</i>	237
Jerzy Nikolajew , <i>Stanowisko Wszzechukraińskiej Rady Kościołów i Organizacji Religijnych wobec realizacji wolności religijnej w okresie pandemii w 2020 r.</i>	251

Maciej Pisz , <i>Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jako jedna z gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym</i>	269
Maciej Rzewuski , <i>Nowelizacja procedury cywilnej z dnia 4 lipca 2019 r. – problemy praktyczne</i>	281
Katarzyna Rydz-Sybilak , <i>Granice prawnej dopuszczalności zatrzymania osoby w stanie nietrzeźwości w trybie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi</i>	297
Renata Tanajewska , <i>Niedozwolone postanowienia umowne w Prawie zamówień publicznych</i>	311
Jakub Jan Zięty , <i>Ograniczenia antykorupcyjne członków samorządowych kolegiów odwoławczych</i>	323

GLOS Y

Przemysław Kuczkowski , <i>Glosa aprobująca do wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 16 maja 2019 r., sygn. akt III AUa 246/18</i>	341
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

RECENZJE

Rafał Czachor , Artur Trubalski (red.), <i>Obowiązki człowieka i obywatela w Konstytucji RP z 1997 roku</i> , Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2020, ss. 182	355
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Kateryna Yusupova

National Academy of Internal Affairs, Kyiv, Ukraine

ORCID: 0000-0002-8508-3516

yusupova_lawyer@ukr.net

Тактичні особливості участі захисника у допиті неповнолітньої особи на досудовому розслідуванні

Вступ

Нині внаслідок впливу різних негативних соціально-економічних та культурно-виховних чинників неповнолітні активно втягуються у вчинення злочинів, зайняття протиправною діяльністю. Після початку кримінального провадження за фактом вчинення підлітком кримінального правопорушення, йому повідомляється про підозру і він бере участь у кримінальному процесі як підозрюваний.

Серед кримінальних процесуальних засобів доказування винуватості неповнолітнього підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення важливу роль відіграють слідчі дії. Ці процесуальні засоби слідчого можуть спрямовуватися на отримання доказової інформації від речей (огляд, обшук), людей (допит, пред'явлення особи для впізнання) або мають змішану форму (слідчий експеримент). До найпоширеніших слідчих дій у кримінальному провадженні та таких, які породжують окремі складнощі під час розслідування злочинів, вчинених неповнолітніми, належить допит.

Допит неповнолітніх має свою специфіку, яка обумовлена віковими особливостями, своєрідністю психології дітей і підлітків. Тому він забезпечений додатковими процесуальними гарантіями його об'єктивності, а процес його проведення потребує особливих тактичних прийомів, що розробляються криміналістикою¹.

¹ Н.И. Порубов, А.Н. Порубов, *Допрос: процессуальные и криминалистические аспекты: монография*, М.: Юрлитинформ 2013, с. 208.

Вміння захисника розбиратися у психологічних та вікових особливостях неповнолітнього підозрюваного дає змогу позитивно вплинути на нього вже під час досудового розслідування, оскільки адвокат, відповідно до поставлених перед ним завдань, досліджує особливості формування характеру підлітка, вплив на нього конкретної життєвої ситуації.

Тактика захисту передбачає обрання оптимальної позиції (лінії поведінки) захисника, доцільних прийомів її реалізації під час слідчих та судових дій².

У наукових джерелах переважають праці, присвячені допиту неповнолітніх свідків і потерпілих (А. Grzeńkowiak, N. Gordon, W. Fleisher, М. Бойл, Ж.-К. Вульерм, Г.В. Дідківська, Ю.О. Левченко, С.В. Пастушенко, Т.В. Фоміна), проведення допитів неповнолітніх стороною обвинувачення (L. Karasayeva, O. Karpechenkova, O.O. Zakatov, C. Naurzaliyeva, B.D. Postanyuk, O.M. Procyuk, H.B. Sisa), тактичним прийомам проведення слідчим допиту дитини (Н.В. Павлюк, Д. Пурас, С.В. Харченко), допиту неповнолітніх осіб при розслідуванні окремих видів кримінальних правопорушень, що ними вчинені (Б.Ю. Бистрицький, Ю.В. Рудницька, В.Ю. Шепітько). Водночас залишаються недостатньо розробленими питання участі захисника у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх в цілому, на при допиті – зокрема.

Дослідження тактичних особливостей участі захисника у допиті неповнолітнього підозрюваного на досудовому розслідуванні відповідно до кримінального процесуального законодавства України є *метою нашої статті*.

Викладення основного змісту

Відповідно до кримінального процесуального законодавства України у кримінальному провадженні щодо неповнолітнього участь його захисника є обов'язковою. Це положення розміщується у низці норм Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК), а саме ст. 52 «Обов'язкова участь захисника», ст. 226 «Особливості допиту малолітньої або неповнолітньої особи», ст. 490 «Допит неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого» та деяких інших³.

Кримінальний процес щодо малолітніх або неповнолітніх осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, регламентується главою 38

² В.Ю. Шепітько, *Тактика захисту обвинуваченого в кримінальному судочинстві*, [в:] В.Ю. Шепітько (ред.), *Вибрані твори*, Видавнича агенція «Апостіль», Харків 2010, с. 182.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України (Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI), Верховна Рада України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

«Кримінальне провадження щодо неповнолітніх» КПК України. Згідно із ч. 1 ст. 3 КПК України малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років (п. 11), неповнолітньою – дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (п. 12)⁴.

Аналіз норм КПК України засвідчує, що права та інтереси неповнолітньої особи залежно від її процесуального статусу у кримінальному процесі захищають та представляють: захисник, представник, адвокат. Зокрема, права неповнолітнього підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) захищає особа із процесуальним статусом «захисник», інтереси неповнолітнього потерпілого представляє «представник», а неповнолітнього свідка – «адвокат».

Кримінальне процесуальне законодавство України регламентує проведення допиту неповнолітньої особи. Допит та інші слідчі і процесуальні дії з неповнолітніми передбачено у главі 38 КПК. Водночас, допит неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого здійснюється згідно із загальними правилами, передбаченими у кодексі. У його положеннях унормовано тривалість проведення такого допиту, склад його учасників, серед яких можуть бути законний представник, педагог, психолог, лікар та ін., передбачено відповідну спеціалізацію ювенального слідчого.

Норми кримінального процесуального законодавства України в аспекті допиту неповнолітніх в цілому відповідають міжнародним стандартам у цій царині.

Зокрема, у кримінальному процесі дотримано рекомендацію Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25 жовтня 2007 р., в аспекті проведення опитувань дитини особою, спеціально підготовленою для цих цілей (ст. 35)⁵; Конвенції Організації Об'єднаних Націй про права дитини – у частині дотримання основних прав дітей під час кримінального процесу⁶; Мінімальних стандартних правил Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»)⁷ та інших міжнародних документів у сфері захисту прав дітей.

Проаналізуємо участь захисника неповнолітньої особи у її допиті, його процесуальні можливості, тактичні прийоми, та інші засоби гарантування дотримання прав дитини у кримінальному процесі.

⁴ Тамже.

⁵ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, <https://rm.coe.int/1680084822>.

⁶ Convention on the Rights of the Child, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

⁷ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ('The Beijing Rules'), <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/beijingrules.pdf>.

Допит неповнолітньої особи обов'язково проводиться за участю законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря (ч. 1 ст. 226 КПК України)⁸. При допиті неповнолітнього підозрюваного обов'язковою є присутність його захисника.

Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного; до першого допиту підозрюваного, мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості⁹. Особливості спілкування захисника і неповнолітнього підозрюваного пов'язані із необхідністю дотримання адвокатської таємниці у кримінальному процесі.

Перше спілкування захисника з неповнолітнім має стосуватися не лише обставин злочину, у вчиненні якого підозрюється підліток, а й умов його життя та виховання, найближчого оточення, потреб та інтересів. Чим більше об'єктивних даних про підлітка, його поведінку та зв'язки буде отримано, тим швидше буде встановлено психологічний контакт із підзахисним.

Психологічний контакт із неповнолітнім – це перше тактичне завдання захисника, яке він має досягти якщо не до початку допиту, то вже на початковому (підготовчому) його етапі. При досягненні психологічного контакту повинні скластися такі відносини захисника з неповнолітнім, які сприяють правдивим та достовірним показанням при дотриманні норм права і етики.

Отже, захиснику неповнолітнього перед проведенням допиту потрібно встановити психологічний контакт з ним, пояснити (роз'яснити) на доступній для дитини мові, бажано без вживання термінології, яку важко зрозуміти, що саме буде відбуватися, проговорити можливий сценарій того, що собою являє допит за її участю, акцентувати увагу на можливих питаннях слідчого та проговорити варіанти можливих відповідей, роз'яснити положення ст. 63 Конституції України. У якій, зокрема, передбачено, що «особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом. Підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист»¹⁰.

Особи, віком до 16 років, не попереджаються про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправди-

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України (Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI), Верховна Рада України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

⁹ О.В. Баулін, В.І. Лебідь, П.С. Матвеев, М.А., *Пожидаєва Адвокатський іспит: підготовчий курс: навч. посіб.*, 6-те вид., доповн. і перероб, Алерта, Київ 2018, с. 335.

¹⁰ Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, с. 141), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

ві показання на допиті. Їм лише роз'яснюється обов'язок про необхідність давання правдивих показань.

Відповідно до КПК України допит неповнолітньої особи не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом – понад дві години на день, але на жаль законодавець не урегулював тривалість перерви, а тому дане питання вирішується на розсуд слідчого з врахуванням індивідуальних особливостей кожної дитини (віку, розумового розвитку, психічного здоров'я тощо). У більшості випадків продуктивно надавати показання неповнолітні молодшої вікової групи можуть від 15 до 20 хв, зокрема, це стосується допитуваних 3–5 років; 5–7-річні неповнолітні – близько 20–25 хвилин; 7–10-річні – від 25 до 35 хвилин. Якщо особа, яка проводить допит, за цей час не встигає з'ясувати питання, що її цікавлять, бажано зробити перерву. Але варто враховувати, що після двох періодів допиту продуктивність інтелектуальної діяльності неповнолітніх знижується, а КПК України містить вимоги щодо тривалості допиту малолітньої або неповнолітньої особи, а саме: не більше двох годин на день¹¹. Знання відповідних вікових особливостей набуває особливо важливого значення в умовах, що характеризуються дефіцитом інформації про особу неповнолітнього.

При проведенні допиту неповнолітнього захисник слідкує, щоб слідчий дотримувався тактичних положень та морально-етичних норм, у тому числі рекомендацій опитування, передбачених ст. 35 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства. Серед них: а) проведення опитувань дитини без необґрунтованої затримки, відразу після повідомлення фактів компетентним органам; б) проведення опитувань дитини, якщо це необхідно, у спеціально обладнаному та прилаштованому для цих цілей приміщенні; в) проведення опитувань дитини особою, спеціально підготовленою для цих цілей; г) проведення всіх опитувань дитини одними й тими самими особами, якщо це можливо та де це доцільно; е) якомога меншої кількості опитувань і настільки, наскільки це є вкрай необхідним для цілей кримінального провадження; ф) можливості супроводження дитини її законним представником або, де це доцільно, дорослим, якого вона сама вибирає, якщо стосовно цієї особи не буде винесено мотивованого рішення про інше¹².

Відповідно, для успішного досягнення завдань кримінального провадження пропонуємо нормативно закріпити спеціалізацію захисника по роботі з дітьми, якого залучають для захисту прав неповнолітнього

¹¹ Н.В. Павлюк, *Віково-психологічні особливості неповнолітніх та можливості їх застосування під час допиту*, „Проблеми законності” 2004, Вип. 68, с. 197.

¹² Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, <https://rm.coe.int/1680084822>.

підозрюваного. Наразі, таку спеціалізацію захисника доцільно передбачити у КПК України та законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»¹³. Зокрема, у ч. 1 ст. 45 КПК України йдеться, що захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію)¹⁴. Пропонуємо доповнити цю норму положенням про захист неповнолітньої особи захисником, який спеціалізуються на кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх. Відповідне положення слід закріпити й у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Слідчий уповноважений обирати способи виклику особи на допит

Неповнолітнього підозрюваного повідомляють або викликають слідчий, а також мають такі повноваження – прокурор, слідчий суддя чи суд, через його батьків або інших законних представників. Інший порядок допускається лише в разі, якщо це зумовлено обставинами, встановленими під час кримінального провадження¹⁵. До таких обставин можна віднести той факт, коли батьки або інші законні представники можуть негативно вплинути на процес встановлення істини. Тоді неповнолітнього викликають на допит через його захисника або адміністрацію спеціальної установи, де він утримується.

Зазначений порядок виклику забезпечує встановлення необхідного контролю над неповнолітнім, нейтралізацію відповідного емоційного впливу на останнього.

Успішність допиту багато в чому залежить від вибору місця й обстановки його проведення.

Як правило, неповнолітній, який отримав повістку про його виклик до слідчого, починає хвилюватися. Тому цілком природно, що сама обстановка допиту діє на нього і викликає відчуття тривоги та занепокоєння¹⁶.

¹³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI), <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

¹⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України (Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI), Верховна Рада України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

¹⁵ Р.І. Благута, Ю.В. Гуцуляк, О.М. Дуфенюк та ін., *Кримінальний процес: підручник*, А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцка (ред.), ч. 1, ЛьвДУВС, Львів 2019, с. 346.

¹⁶ Н.Ш. Сафин, *Допрос несовершеннолетнего подозреваемого в советском уголовном судопроизводстве (процессуальный и криминалистический аспекты проблемы)*, Изд-во Казан, ун-та, Казань 1990, с. 38–39.

Обстановка допиту не може бути такою, що залякує, між допитуваним і слідчим мають скластися серйозні стосунки, які підкреслюватимуть відповідальність того, що відбувається¹⁷.

Неповнолітніх бажано допитувати в умовах, максимально наближених до їх повсякденних, тому що в приміщенні робочого кабінету слідчого допитувані позбавляються сміливості, довіри, іноді виявляють страх¹⁸. Тому захисник неповнолітнього може клопотати перед слідчим обрання конкретного місця допиту.

Вивчення нами слідчої практики показало, що у більшості випадків допит неповнолітнього підозрюваного проводиться у службовому кабінеті слідчого.

Водночас, місце проведення допиту – важливий психологічний фактор, який не можна не враховувати при встановленні психологічного контакту з допитуваним.

Контакт під час допиту передбачає елемент довірливості. Коли в кабінеті перебуває багато сторонніх для підлітка людей, не може йтися про елемент довіри¹⁹. Водночас, обстановка в кабінеті слідчого повинна сприяти встановленню психологічного контакту з неповнолітнім підозрюваним.

Безпосередньо перед допитом неповнолітніх підозрюваних, слідчий повинен надати можливість захиснику, а також заздалегідь роз'яснити батькам дитини або іншим законним представникам, що вони мають спочатку поспілкуватися з підлітком. Метою такої бесіди є заспокоєння неповнолітнього, усунення його надмірної нервовості, підготовка до слідчої дії й орієнтування на давання повних та правдивих показань.

Аналізуючи можливі місця проведення допиту або опитування неповнолітнього, зазначимо про позитивний ефект цієї слідчої дії у спеціально обладнаних приміщеннях – «зелених кімнатах».

Як відомо, «зелена кімната» – це система заходів для забезпечення прав і свобод дитини в ході слідчих та процесуальних дій через створення сучасних умов та впровадження європейських стандартів у спілкуванні офіцерів поліції з дитиною, що стала свідком або постраждала від злочину, або знаходиться у конфлікті із законом. Такий підхід використовується у багатьох країнах світу, зокрема у Німеччині, Польщі, Естонії, Грузії тощо²⁰.

¹⁷ В.Л. Васильев, *Юридическая психология: учеб. для вузов*, М.: Юрид. лит., 1991, с. 325.

¹⁸ Н.И. Порубов, А. Н., Порубов, *Допрос: процессуальные и криминалистические аспекты: монография*, М.: Юрлитинформ 2013, с. 209.

¹⁹ Тамже, с. 210.

²⁰ Правосуддя, дружне до дітей. Електронний ресурс, <https://www.prostir.ua/?news=pravosuddya-druzhnje-do-ditej>.

В Україні існують «зелені кімнати», але як правило, вони використовуються для допиту потерпілих від злочинів, пов'язаних з сексуальним насильством, інколи малолітніх та неповнолітніх свідків. Водночас, «зелена кімната» пристосована для проведення допиту неповнолітніх. У ній, як того вимагають міжнародні стандарти, знаходяться зручні для дітей меблі, іграшки, скло позавізуального спостереження, спеціальна відео- та аудіо записуючої техніка, яка дозволяє вести відеозапис і надалі використовувати його для слідства без проведення повторного допиту, що зменшує ступінь травматизації психіки неповнолітнього.

Отже, захисник може клопотати перед слідчим про допит неповнолітнього підозрюваного у «зеленій кімнаті», якщо вважає, що саме це місце допиту справить найменший негативний психологічний вплив на підлітка.

Іншими місцями, сприятливими для допиту неповнолітнього, можуть бути школа або інший заклад освіти, де він навчається; якщо дитина утримується у спеціальній установі – то це певне приміщення, де вона відчуває себе комфортно.

Допит неповнолітньої особи, як і дорослої, складається з етапів: підготовчого, робочого, заключного.

Окремі автори виокремлюють такі етапи тактики допиту неповнолітніх підозрюваних: 1) підготовка до проведення допиту; 2) проведення допиту; 3) фіксація ходу та результатів; 4) оцінка отриманих результатів та вирішення їх значення і місця в системі доказової інформації в даному кримінальному провадженні²¹. Водночас, оцінка здобутих під час досудового розслідування доказів – це окрема розумова діяльність слідчого, захисника або іншого суб'єкта доказування відносно будь-якої слідчої чи процесуальної дії.

При допиті неповнолітнього його захисник бере участь у забезпеченні процесуального, психологічного, морально-етичного, виховного, тактичного аспектів цієї слідчої дії.

Враховуючи вікові особливості особи неповнолітніх, перед допитом варто детально вивчити особистість допитуваного, з'ясувати обстановку в сім'ї, де він виховується, його відносини з родичами, умови життя, оточення.

На початку допиту слідчий ставить питання лише з позитивними відповідями, що не викликають тривоги, поступово вони ускладнюються, наближуються до суті проблеми. Розпочинати допит неповнолітнього можна так:

²¹ С.В. Харченко, Тактика проведення слідчих (розшукових) дій за участю неповнолітніх підозрюваних: дисертація... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність», Київ 2016, с. 128.

- демонстрація спільності поглядів, оцінок, інтересів (гендерна рівність, місце проживання, земляцтво, захоплення);
- прийом «психологічного прогладжування» – визнання особою, що допитує, позитивних якостей допитуваного, наявності правоти в його позиціях, словах, вияв розуміння (це заспокоює неповнолітнього, підвищує почуття впевненості, доброзичливості зі сторони особи, що допитує);
- зайняте місце партнерів по спілкуванню відносно один одного;
- частота і стійкість візуального контакту;
- наявність природної, невимушеної міміки, жестів, схожість манери спілкування²².

Порушення психологічного контакту на допиті може призвести до «замкнення» допитуваного, що ускладнить проведення даної слідчої дії. За цим також має слідкувати захисник неповнолітнього та, за необхідності, надавати допомогу у підтриманні сприятливої атмосфери психологічного комфорту для неповнолітнього допитуваного.

Після вільної розповіді неповнолітнього розпочинається наступний етап допиту – постановка допитуваному запитань учасниками допиту.

Для уточнення показань неповнолітнього слідчий має пріоритет першим поставити запитання неповнолітній особі. Далі запитання може ставити захисник, отримавши дозвіл слідчого.

Тактичні засоби професійного захисту на допиті повинні бути допустимими. Цілком справедливо зазначає В.Ю. Шепітько, що критеріями допустимості прийомів, методів та засобів є: законність, науковість, вибірковість, етичність і пізнавальна цінність²³.

Зокрема, захисник заздалегідь готує запитання, які необхідно з'ясувати у неповнолітнього підозрюваного. Вони мають бути простими, доступними для розуміння. Захиснику необхідно прогнозувати виникнення небажаних станів психіки неповнолітнього, можливу реакцію той чи інший подразник у процесі допиту, визначати рівень психологічного контакту, підтримувати його.

Часто сторона захисту може спрогнозувати, з яких питань на допиті відбудеться тактична боротьба. При цьому захиснику слід не лише підібрати потрібні матеріали, а й намітити найкращу тактичну послідовність їх використання під час допиту, підготувати посилення на докази, які можна подати (пред'явити) у потрібний момент слідчої дії. Ці підготовчі заходи можуть зіграти на допиті роль тактичних елементів, спрямованих на руйнування сумнівних тверджень чи версій.

²² И.Е. Реуцкая, О.И. Бродченко, *Психологические особенности допроса несовершеннолетних*, „Прикладная юридическая психология” 2008, № 3, с. 55–56.

²³ В.Ю. Шепітько, *Тактика захисту обвинуваченого в кримінальному судочинстві*, [в:] В.Ю. Шепітько, *Вибрані твори. Избранные труды*, Видавнича агенція «Апостіль», Харків 2010, с. 183.

Захиснику слід спрогнозувати найімовірніші варіанти зміни показань неповнолітнього, вміти оперативно зіставляти новий їх зміст із колишніми показаннями і з сукупністю доказів у справі, виявити протиріччя та визначити найбільш доцільний порядок їх використання при допиті.

Водночас, слідчий може належним чином відреагувати на деякі недопустимі висловлювання, жести, прийоми захисника неповнолітнього. Бувають випадки негативного впливу захисника на неповнолітнього, інтереси якого захищає. Наприклад, група неповнолітніх із трое осіб вчинила напад на двох дорослих потерпілих, дії який у подальшому були кваліфіковані як хуліганство за ч. 4 ст. 296 Кримінального кодексу України. Під час досудового розслідування було проведено допит одного з неповнолітніх нападників, який зазначив, що він не вчиняв хуліганських дій, а навпаки, намагався розтягнути осіб, між якими відбувалася бійка. Він підтвердив той факт, що потерпілі першими почали чіплятися до неповнолітніх. У подальшому було проведено одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб, а саме трьох неповнолітніх підозрюваних за участю їх захисників та потерпілих. Під час цієї слідчої дії захисник подав репліку, після якої інші неповнолітні змінили свої показання, що буцім-то вони є потерпілими від злочину, а не винуватими у ньому. Вони повідомили, що захищалися від нападу дорослих осіб²⁴.

Але у той же час присутність захисника є стримувальним чинником від можливих зловживань з боку слідчого, який, зокрема, може скористатися низькою правовою обізнаністю неповнолітнього підозрюваного, щоб схилити його до надання необхідних йому показань.

Захисник знає умови, механізм та можливості розслідування. Крім того, він нерідко добре знає і самого слідчого – його інтелектуальний та моральний рівень, професійний потенціал.

Неформальне лідерство існує у будь-якій колективній, спільній праці, якою також є діяльність учасників допиту. Воно, як правило, залежить від загального соціального (життєвого) і професійного досвіду, від знань і вмінь особи. Має значення і комунікабельність особи та інші її особисті риси. Цим і має користуватися захисник, з тим щоб без претензій на лідерство, а навпаки підкреслюючи провідну роль слідчого, все ж таки перейняти ініціативу у визначенні питань, які потрібно з'ясувати під час проведення слідчої дії, у послідовності їх з'ясування, виборі засобів і прийомів, які будуть для цього використані. Головне, щоб це максимально сприяло захисту підозрюваного²⁵.

²⁴ Справа № 755/6822/19 в архіві Дніпровського районного суду міста Києва за 2019 рік.

²⁵ О.В. Баулін, В.І. Лебідь, П.С. Матвеев, М.А. Пожидаєва, *Адвокатський іспит: підготовчий курс: навч. посіб.*, 6-те вид., доповн. і перероб, Алерта, Київ 2018, 864 с., с. 338.

Важливе значення для тактики допиту неповнолітнього, у тому числі й захисником, мають види запитань, які ставляться під час цієї слідчої дії, та вимоги до них.

Криміналістикою і слідчою практикою вироблено вимоги до запитань, які ставляться неповнолітній особі при проведенні з нею процесуальних дій. Зокрема, О.О. Закатов рекомендує дотримання таких вимог: 1) запитання має бути сформовано з виразів, зрозумілих неповнолітньому, відповідати рівню його розвитку та освіти; 2) воно повинно бути конкретним, стосуватися якої-небудь однієї обставини, лаконічним і таким, що не допускає двозначного тлумачення; 3) необхідно уникати запитань, на які можлива ймовірна відповідь; 4) запитання має спонукати допитуваного підлітка до ініціативи, самостійної думки і не передбачати односкладової відповіді (типу «так», «ні», «може», «не може», «звичайно» тощо); 5) у запитання не можна включати інформацію, яку неповнолітній може використати для відповіді; 6) слід заздалегідь продумати, в якій послідовності задаватимуться запитання, намагатися, щоб одне питання впливало з іншого, а весь допит мав ясну логічну структуру; 7) запитання потрібно ставити у прямій формі і точно, щоб допитуваний не губився у здогадах²⁶.

У криміналістиці, залежно від змісту та мети, запитання допиту класифікуються на: основні (спрямовані на з'ясування предмета допиту та основних відомостей за кримінальним провадженням); додаткові (спрямовані на встановлення та з'ясування обставин і фактів, які не були висвітлені під час вільної розповіді); нагадуючі (викликають певні асоціації та відтворюють пам'ять допитуваного з метою з'ясування супутніх фактів або подій, які не були висвітлені); уточнюючі, конкретизуючі, деталізуючі (спрямовані на детальне з'ясування окремих обставин справи, фактів, явищ); контрольні (спрямовані на перевірку об'єктивності показань через їх деталізацію, зіставлення з фактами, які встановлені у кримінальному провадженні)²⁷, а також навідні, які ставити на допиті заборонено, тому що вони надають допитуваному можливість вибору потрібного (замаскованого у поставленому запитанні) варіанту відповіді.

Зарубіжні науковці при розгляді процесуального інтерв'ю дитини розглядають такі види запитань: відкриті, закриті, примусового вибору, багатоваріантні, навідні. Відкриті питання дозволяють підозрюваній особі надавати довші та докладніші відповіді, а інтерв'юер не вказує

²⁶ А.К. Гаврилов, Ф.В. Глазырин, С.П. Ефимичев, А.А. Закатов, А.П. Кругликов, В.С. Посник, *Следственные действия. Процессуальная характеристика, тактика и психологические особенности*, Б. П. Смагоринского (ред.), учебное пособие, 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Главного управления кадров МВД РФ, 1994, с. 176–177.

²⁷ К.О. Чаплинский, *Тактичне забезпечення проведення слідчих дій: монограф.* Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. Справ, Ліра ЛТД, 2010, с. 127.

напрямок відповіді. Це можуть бути запитання на зразок «Що сталося?» або запитання, які починаються з прохання до підозрюваної особи «розповісти», «пояснити» або «описати» якісь події або ситуацію. Закриті запитання вимагають певніших та чіткіших відповідей. Прикладами можуть бути: «Яка тоді була година?», «Хто ще там був?», «Яка його адреса?». Такі запитання дозволяють краще контролювати те, що говорить підозрювана особа, та є корисними, якщо підозрювана особа пропустила інформацію, яка вам потрібна. Проте такі запитання можуть обмежити саму розповідь. Запитання примусового вибору значно обмежують коло відповідей до вже запрограмованих суб'єктом допиту. Таким запитанням може бути «То була гвинтівка чи пістолет?», хоча зброею могла бути й рушниця. Підозрювана особа може обрати одну із запропонованих відповідей, просто щоб задовольнити інтерв'юера або перейти до інших питань. Багатоваріантними запитаннями є такі, де інтерв'юер задає більше одного запитання за один раз. Це може легко заплутати особу, з якою проводиться інтерв'ю, і зробити так само заплутаними її відповіді інтерв'юєрові. Прикладом цього виду запитання є таке: «Коли він це сказав і що він зробив, і хто ще був присутній?». Навідні запитання пропонують певну відповідь і можуть бути розцінені як маніпуляція по відношенню до особи, з якою проводиться інтерв'ю. Наприклад, запитання «Ви хотіли завдати йому ушкоджень, чи не так?». Такі запитання можуть призвести до того, що підозрювана особа погодиться зі сказаним, навіть якщо вона непевна щодо цього або погано пам'ятає²⁸.

Вивчення нами слідчої практики та особистий досвід адвокатської діяльності дозволяють стверджувати, що при проведенні допиту неповнолітнього підозрюваного найчастіше ставляться: основні, нагадуючі, уточнюючі, конкретизуючі, деталізуючі запитання; відкриті і закриті (за класифікацією Майкла Бойла, Жан-Клода Вульєрма).

Після запитань захисника, слідчий запитує чи є в інших осіб – присутніх на допиті запитання по суті справи до неповнолітнього. Якщо запитань немає, то складаються процесуальні документи проведеної слідчої дії, які підписують присутні на допиті особи. Це і є заключний етап допиту.

Розглянемо засоби фіксації ходу і результатів допиту неповнолітнього підозрюваного, що також визначає тактику захисника на допиті.

Основним засобом фіксації ходу проведення слідчої дії, у тому числі допиту, є протокол (ст. 104 КПК України)²⁹.

²⁸ М. Бойл, Ж.-К. Вульєрм, *Короткий вступ до процесуального інтерв'ю. Розвиток спільних принципів та професійних стандартів у правоохоронних органах держав Європи: практичний посібник*, Київ 2018, с. 26.

²⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України (Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI), Верховна Рада України, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

По закінченні допиту, перед підписанням протоколу учасникам допиту надається можливість ознайомитися із текстом протоколу. Кожна сторінка протоколу підписується допитуваним і особами, які були присутні при допиті.

Зауваження і доповнення зазначаються у протоколі перед підписаннями. Протокол підписують усі учасники, які брали участь у проведенні процесуальної дії.

Якщо неповнолітній підозрюваний відмовився підписати протокол, про це зазначається в протоколі і йому надається право дати письмові пояснення щодо причин відмови від підписання, які заносяться до протоколу. Сам факт відмови допитуваної особи від підписання протоколу, а також факт надання письмових пояснень щодо причин такої відмови засвідчується підписом її захисника (або законного представника).

З урахуванням вимог кримінального процесуального законодавства України допит фіксується у протоколі та на носії інформації, на якому за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальну дію (ст. 103 КПК України)³⁰.

Носіями інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовані процесуальні дії, є матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії, які містять відомості про обставини, установлені під час проведення таких дій³¹.

Можливість застосування аудіо- та/або відеозапису під час допиту передбачено у ч. 5 ст. 224 КПК України³². Це положення поширюється й на допит неповнолітньої особи.

Аудіо- або відеозапис допиту неповнолітнього надає багато важливих переваг. Як слушно зазначають М. Бойл і Ж.-К. Вульерм, зацікавлені особи можуть пізніше переглядати сам запис, який може допомогти у визначенні питань, на які спочатку під час інтерв'ю не було звернено уваги, і, які потребують подальших дій реагування. Додатковою перевагою є те, що аудіо- або відеозапис інтерв'ю надає захист також і особі, інтерв'ю якої правоохоронці здійснюють під вартою³³.

Значний позитивний ефект має відеозапис допиту (або опитування) неповнолітньої особи, виконаний на спеціально замаскованому технічному обладнанні «зеленої кімнати». Таке маскування є додатковим

³⁰ Там же.

³¹ В.В. Невгад, Р.М. Дударець, А.А. Саковський, М.П. Климчук (метод. рек.), *Проведення слідчих (розшукових) дій із застосуванням звуко- та відеозаписувальних технічних засобів* [Текст], Нац. акад. внутр. справ, Київ, 2018, с. 7.

³² Кримінальний процесуальний кодекс України...

³³ М. Бойл, Ж.-К. Вульерм, *Короткий вступ до процесуального інтерв'ю. Розвиток спільних принципів та професійних стандартів у правоохоронних органах держав Європи: практичний посібник*, Київ 2018, с. 17.

чинником мінімізації повторної травматизації психіки дитини, з урахуванням її індивідуально-психологічних та психофізіологічних ознак.

Стаття 107 КПК України передбачає, що рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим³⁴. Така нормативна можливість використовується захисниками неповнолітніх із тактичних міркувань. Адже у матеріалах відеозапису міститься суттєва для процесу доказування інформація, яка не фіксується в протоколі. А саме це особливості інтонації вільної розповіді неповнолітнього допитуваного, його жести, міміка, паузи тощо. У сукупності такі матеріали відображають той рівень психологічної свободи неповнолітнього на допиті, який переконає в щирості й правдивості його показань.

Крім того, наявність аудіо-, відеоматеріалів допиту неповнолітнього, під час якого отримані початкові правдиві показання, ускладнює або робить сумнівною подальшу зміну відповідних показань у суді. Аргументи на кшталт «я цього не говорив», «слідчий залякував мене» та інші будуть критично сприйматися при судовому розгляді.

Інформація, зафіксована під час проведення процесуальної дії за допомогою технічних засобів фіксації, повинна бути долучена до протоколу процесуальної дії як додатки³⁵.

Використання відеозапису під час допиту неповнолітнього підозрюваного спонукає сторони кримінального провадження до дотримання правил захисту прав дитини. Такий засіб фіксації допиту суттєво зменшує повторні допити неповнолітнього підозрюваного, які негативно можуть позначитися на психофізіологічному стані підлітка.

Наукова новизна

Отже, на підставі проведеного дослідження ми пропонуємо у кримінальному процесуальному законодавстві України закріпити положення про необхідність наявності відповідної спеціалізації в адвоката, якого можуть залучати до захисту неповнолітньої особи у кримінальному провадженні.

При проведенні допиту неповнолітнього підозрюваного слідчому та захиснику пропонується частіше ставити такі види запитань допитуваному: основні, нагадуючі, уточнюючі, конкретизуючі, деталізуючі

³⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України...

³⁵ В.В. Невгад, Р.М. Дударець, А.А. Саковський, М.П. Климчук (метод. рек.), *Проведення слідчих (розшукових) дій...*, с. 7.

запитання, а також «відкриті» (з яких, як правило, починається допит – пропозиція розповісти, що сталося) і «закриті» (запитання, що спрямовані на уточнення вільної розповіді неповнолітнього).

Висновок

Захисник неповнолітнього відіграє важливу роль під час проведення допиту, оскільки з однієї сторони він надає правову допомогу підзахисному, а з іншої – забезпечує додержання вимог закону щодо порядку проведення слідчої дії та підвищує ефективність її результатів. Його активність, кваліфікація та досвід юриста здатні позитивно впливати на неповнолітнього підзахисного і на поведінку слідчого, який проводить допит, а конструктивні зауваження, клопотання, пропозиції – на тактику його проведення, а відтак – і на його результати.

До головних тактичних особливостей участі захисника у допиті неповнолітньої особи слід віднести: 1) перше спілкування з підзахисним неповнолітнім – конфіденційність бесіди, роз'яснення прав і обов'язків допитуваного, встановлення психологічного контакту, урівноваження психоемоційного стану підлітка, вироблення позиції поведінки неповнолітньої особи на допиті; 2) можливість подання клопотання слідчому щодо проведення допиту у певному місці, яке буде мати найменший травмуючий вплив на психофізіологічний стан неповнолітнього підозрюваного (приміщення «зеленої кімнати», школи, спеціальної установи, де утримується неповнолітній та ін.); 3) тактика спілкування захисника на допиті із слідчим, з підзахисним неповнолітнім та іншими учасниками допиту – підтримання комфортної для підлітка атмосфери, забезпечення психологічного контакту між учасниками слідчої дії, контроль за використанням допустимих прийомів, засобів і методів допиту неповнолітньої особи; 4) присутність професійного захисника на допиті неповнолітнього може вважатися засвідченням дотримання необхідних процесуальних вимог проведення слідчої дії, незастосуванням до дитини недопустимих тактичних прийомів, незаконного психологічного або емоційного тиску; 5) використання аудіо-, відеозапису допиту неповнолітнього підозрюваного за клопотанням захисника є додатковою гарантією дотримання допустимих впливу на допитуваного учасниками допиту.

Бібліографія

- Баулін О.В., Лебідь В.І., Матвеев П.С., Пожидаєва М.А., *Адвокатський іспит: підготовчий курс, навч. посіб.* [Bar exam: preparatory course, textbook way], 6-те вид., доповн. і перероб, Алерта, Київ 2018.
- Благута Р.І., Гуцуляк Ю.В., Дуфенюк О.М. та ін., *Кримінальний процес: підручник* [Criminal proceedings: a textbook], А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова, В.В. Луцика (ред.), ч. 1, Львівський державний ун-т внутр. справ, Львів 2019.
- Бойл М., Вульерм Ж-К., *Короткий вступ до процесуального інтерв'ю. Розвиток спільних принципів та професійних стандартів у правоохоронних органах держав Європи: практичний посібник* [Brief introduction to the procedural interview. Development of common principles and professional standards in law enforcement agencies of European countries: a practical guide], Київ 2018.
- Васильєв В.Л., *Юридическая психология: учеб. для вузов* [Legal psychology: textbook], М.: Юрид. лит., 1991.
- Гаврилов А.К., Глазырин Ф.В., Ефимичев С.П., Закаатов А.А., Кругликов А.П., Пончик В.С., *Следственные действия. Процессуальная характеристика, тактика и психологические особенности* [Investigative actions. Procedural characteristics, tactics and psychological features], Б.П. Смагоринского (ред.), учебное пособие, 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Главного управления кадров МВД РФ, 1994.
- Невгад В.В., Дударець Р.М., Саковський А.А., Климчук М.П. (метод. рек.), *Проведення слідчих (розшукових) дій із застосуванням звуко- та відеозаписувальних технічних засобів* [Текст] [Conducting investigative (search) actions with the use of audio and video recording equipment], Нац. акад. внутр. справ, Київ. 2018.
- Павлюк Н.В., *Віково-психологічні особливості неповнолітніх та можливості їх застосування під час допиту* [Age and psychological characteristics of minors and their capabilities use during interrogation], „Проблеми законності” 2004, вип. 68.
- Порубов Н.И., Порубов А.Н., *Допрос: процессуальные и криминалистические аспекты, монография* [Interrogation: procedural and forensic aspects, monograph], М.: Юрлитинформ, 2013.
- Правосуддя, дружне до дітей [Child-friendly justice], <https://www.prostir.ua/?news=pravosuddya-druzhnje-do-ditej>.
- Реуцкая И.Е., Бродченко О.И., *Психологические особенности допроса несовершеннолетних* [Psychological features of interrogation of minors], „Прикладная юридическая психология” 2008, № 3.
- Сафин Н. Ш., *Допрос несовершеннолетнего подозреваемого в советском уголовном судопроизводстве (процессуальный и криминалистический аспекты проблемы)* [Interrogation of a juvenile suspect in Soviet criminal proceedings (procedural and forensic aspects of the problem)], Изд-во Казан. ун-та, Казань 1990.
- Харченко С.В., *Тактика проведення слідчих (розшукових) дій за участю неповнолітніх підозрюваних: дисертація... канд. юрид. наук: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність»* [Tactics of investigative (search) actions with the participation of juvenile suspects: dissertation... Cand. jurid. Sciences: specialty 12.00.09 „Criminal Procedure and Forensics; forensic examination; operational and investigative activities”], Київ 2016.

- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice („The Beijing Rules“), <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/beijingrules.pdf>.
- Чаплинський К.О., *Тактичне забезпечення проведення слідчих дій: монографія* [Tactical support of investigative actions: a monograph], Дніпроп. держ. ун-т внутр. Справ, Ліра ЛТД, Дніпропетровськ 2010.
- Шепітько В.Ю., *Тактика захисту обвинуваченого в кримінальному судочинстві* [Tactics of protection of the accused in criminal proceedings], [в:] В.Ю. Шепітько Вибрані (ред.). *Избранные труды* [Selected issues], Видавнича агенція «Апостіль», Харків 2010.

Резюме

Тактичні особливості участі захисника у допиті неповнолітньої особи на досудовому розслідуванні

Ключові слова: кримінально-процесуальне право, неповнолітня особа, захисник, допит, тактика допиту, тактичний прийом, «зелена кімната».

Розглянуто процесуальні повноваження захисника неповнолітнього при допиті підзахисного, організаційні заходи і тактичні прийоми участі адвоката у цій слідчій дії. Розкрито особливості допиту неповнолітньої особи у кримінальному провадженні, залучення до нього захисника. Наведено рекомендації зі спілкування захисника з неповнолітнім при першій спільній бесіді й при підготовці до допиту. Окреслено важливість встановлення психологічного контакту захисника з неповнолітнім підзахисним, підтримання взаєморозуміння між ними під час допиту підлітка слідчим. Проаналізовано оптимальну тривалість перерв, які слідчий може використовувати при допиті неповнолітньої особи, залежно від її віку. Запропоновані рекомендації щодо подання захисником клопотання слідчому про проведення допиту у визначеному місці, яке буде мати найменший травмуючий ефект на психофізіологічний стан неповнолітнього підозрюваного. Проаналізовано поняття допустимості тактичних прийомів, що використовуються захисником на допиті неповнолітнього під час постановки йому запитань. Розглянуто види запитань, які ставляться допитуваному неповнолітньому, та вимоги до них. Наголошено на перевазі додаткової фіксації допиту неповнолітнього засобами аудіо-відеозапису, у тому числі в умовах «зеленої кімнати». Зроблено висновок про необхідність запровадження спеціалізації адвокатів по роботі з неповнолітніми для забезпечення належного захисту їх прав у кримінальному провадженні.

Summary

Tactical features of the defense counsel's participation in the interrogation of a minor in the pre-trial investigation

Keywords: criminal procedural law, juvenile, defense counsel, interrogation, interrogation tactics, tactics, 'green room'.

The procedural powers of the juvenile's defense counsel during the interrogation of the client, organizational measures and tactics of the lawyer's participation in this investigative action are considered. The peculiarities of interrogation of a minor in criminal proceedings and involvement of a defense counsel are revealed. Recommendations for communication between the defense counsel and the juvenile during the first joint conversation and in preparation for the interrogation are given. The importance of establishing psychological contact between the defender and the juvenile client, maintaining mutual understanding between them during the interrogation of the teenager by the investigator is outlined. The optimal duration of breaks that the investigator can use during the interrogation of a minor, depending on his age, is analyzed. Recommendations are proposed for the defense counsel to request the investigator to conduct an interrogation in a certain place, which will have the least traumatic effect on the psychophysiological condition of the juvenile suspect. The notion of admissibility of tactics used by the defense counsel during the interrogation of a juvenile during asking him questions is analyzed. The types of questions asked to the interrogated juvenile and the requirements to them are considered. Emphasis was placed on the advantage of additional recording of the interrogation of a minor by means of audio-video recording, including in the conditions of the 'green room'. It was concluded that it is necessary to introduce specialization of lawyers in working with minors to ensure proper protection of their rights in criminal proceedings.

Streszczenie

Cechy taktyczne udziału obrońcy w przesłuchaniu małoletniego w postępowaniu przygotowawczym

Słowa kluczowe: prawo karne procesowe, nieletni, obrońca, przesłuchanie, taktyka przesłuchań, taktyka, „zielony pokój”.

Przedmiotem analizy artykułu są uprawnienia procesowe obrońcy nieletniego podczas przesłuchania klienta, środki organizacyjne i taktyka udziału

obrońcy w tej czynności dochodzeniowej. Podczas tego procesu ujawniają się osobliwości przesłuchiwanie nieletniego w postępowaniu karnym oraz udział obrońcy. Przedstawiono zalecenia dotyczące porozumiewania się obrońcy z nieletnim podczas pierwszej wspólnej rozmowy oraz w ramach przygotowań do przesłuchania. W artykule wskazano znaczenie nawiązania kontaktu psychologicznego między obrońcą a nieletnim klientem, utrzymania wzajemnego zrozumienia między nimi podczas przesłuchania nastolatka przez śledczego. Analizowano optymalny czas trwania przerw, jakie może wykorzystać śledczy podczas przesłuchania nieletniego, w zależności od jego wieku. Proponuje się obrońcy zwrócić się do śledczego o przeprowadzenie przesłuchania w określonym miejscu, które będzie miało jak najmniej traumatyczny wpływ na stan psychofizjologiczny nieletniego podejrzanego. Analizie poddano pojęcie dopuszczalności taktyki stosowanej przez obrońcę podczas przesłuchania nieletniego przy zadawaniu jemu pytań. Rozważane są rodzaje pytań zadawanych przesłuchiwanemu nieletniemu oraz wymagania wobec nich. Położono nacisk na dodatkowe utrwalenie przesłuchania nieletniego za pomocą nagrania audio-wideo, także w warunkach „zielonego pokoju”. Stwierdzono, że konieczne jest wprowadzenie specjalizacji prawników w pracy z nieletnimi, aby zapewnić należyłą ochronę ich praw w postępowaniu karnym.

Joanna Beata Banach-Gutierrez

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-9705-7665

joanna.banach-gutierrez@uwm.edu.pl

Małgorzata Janicz

Wyższa Szkoła Administracji Publicznej w Ostrołęce

ORCID: 0000-0002-2372-8825

m.janicz@op.pl

Zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania osób skazanych na karę pozbawienia wolności w świetle prawa karnego Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Prawo karne Unii Europejskiej, w rozumieniu norm odnoszących się zarówno do przepisów prawa karnego, jak i postanowień instrumentów prawa międzynarodowego, w zakresie ochrony praw człowieka rozwija się niezwykle dynamicznie, mając charakter ponadnarodowy. Przy czym prawa podstawowe jednostki zajmują centralne miejsce w „unijnej przestrzeni prawnej w sprawach karnych”, która ma celu służyć interesom ‘obywateli Europy’¹. Przestrzeganie prawa człowieka, do których zalicza się zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania osób skazanych na karę pozbawienia wolności, stanowi normę bezwzględnie obowiązującą w prawie karnym Unii Europejskiej. Należy w tym miejscu dodać, że pojęcie praw podstawowych, w znaczeniu fundamentalnych praw i wolności każdej jednostki ludzkiej, jest powszechnie używane w prawie unijnym². Natomiast w prawie międzynarodowym publicznym

¹ J.B. Banach-Gutierrez, *Unijna przestrzeń prawna w sprawach karnych: 15 lat doświadczeń Polski i wyzwania na przyszłość*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, J. Nowakowska-Małuska, W.S. Staszewski (red.), *W jakiej Unii Europejskiej Polska – Jaka Polska w Unii Europejskiej. Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej*, Warszawa 2019, s. 221–242.

² W literaturze przedmiotu zaznacza się, że prawa podstawowe można uznać za ogólne zasady prawa UE, „które czerpią swoje źródło z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich oraz z umów międzynarodowych, których państwa te są stronami lub przy których opracowaniu uczestniczyły, ze szczególnym uwzględnieniem umów i porozumień z zakresu

i w kontekście zewnętrznych stosunków Unii Europejskiej z państwami trzecimi przyjęte jest bardziej ogólne określenie, tj. prawa człowieka³. W literaturze zaznacza się, iż „cechą specyficzną praw człowieka jest to, że zobowiązane do przestrzegania praw człowieka po pierwsze jest państwo. W założeniu przez ten system ochrony jednostce ma być zapewnione bezpieczeństwo przed negatywnym działaniem aparatu państwowego, jak i nakazanie państwu ochrony praw i wolności jednostek”⁴. Ponadto podkreśla się peremptoryjny charakter norm prawa międzynarodowego praw człowieka⁵.

Zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania osób skazanych nierozwalnie wiąże się z rolą kary, jaką mają stanowić efektywna resocjalizacja i społeczna rehabilitacja sprawcy przestępstwa we współczesnym prawie karnym. Dlatego państwa członkowskie powinny mieć na względzie humanitarne traktowanie osób osadzonych, w tym warunki odbywania kary pozbawienia wolności zgodnie z normami prawa międzynarodowego i unijnego. Odnosząc się do zakazu nieludzkiego lub poniżającego traktowania, na szczególną uwagę zasługuje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPC) z 25 marca 2021 r. w sprawie *Bivolaru and Moldovan v. France*, określający przesłanki do stosowania zasady domniemania równoważnej (ekwiwalentnej) ochrony praw podstawowych w odniesieniu do wykonania europejskiego nakazu aresztowania (dalej jako ENA) między państwami członkowskimi UE⁶. W sprawie tej ETPC po raz pierwszy uznał, że wykonanie europejskiego nakazu aresztowania stanowi naruszenie art. 3 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej jako EKPC), którego treść zakazuje tortur oraz nieludzkiego i poniżającego traktowania. Powyższe orzeczenie ma znaczenie przełomowe, gdyż otwiera historyczny moment w umacnianiu poszanowania praw człowieka w „unijnej przestrzeni prawnej w sprawach karnych”. Jest sygnałem ostrzegawczym dla wszystkich sędziów Unii Europejskiej, że wykonanie europejskiego nakazu aresztowania podlega ocenie ETPC⁷.

międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka” – J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, wyd. drugie, Warszawa 2011, s. 285; A. Rosas, *The European Union and Fundamental Rights: Vanguard or Villain?*, „Adam Mickiewicz Law Review” 2017, vol. 7, s. 7–24.

³ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, Warszawa 2020.

⁴ *Ibidem*, s. 13–14.

⁵ J.B. Banach-Gutierrez, *Normy proceduralne ius cogens w międzynarodowym postępowaniu karnym*, [w:] B. Kuźniak, M. Ingelevic-Citak (red.), *Ius cogens soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, Kraków 2017, s. 119–129; L. Brodowski, *Zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania w kontekście ekstradycji – zagadnienia wybrane na tle orzecznictwa ETPC*, [w:] B. Kuźniak, M. Ingelevic-Citak (red.), op. cit., s. 147–159; K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, op. cit., s. 13–18.

⁶ Wyrok ETPC z 25 marca 2021 r., w sprawie *Gregorian Bilovaru i Coldrut Moldovan*, skarga nr 40324/16 i skarga nr 12623/17.

⁷ *Ibidem*.

Zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania – norma *ius cogens* międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka

Zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania został wprowadzony do prawa unijnego na podstawie art. 4 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej jako KPP), zgodnie z którym „nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”. Taki zapis jest odzwierciedleniem międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka, w tym art. 3 EKPC o identycznej treści⁸. Ponadto należy mieć na uwadze Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko Torturom i Innemu Okrutnemu, Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu lub Karaniu⁹ oraz Europejską konwencję o zapobieganiu torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu¹⁰. Na gruncie prawa polskiego ustawa zasadnicza w treści art. 40 również zawiera taki zakaz. Zgodnie z powyższym, „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”¹¹.

Kwestia ta ma kluczowe znaczenie nie tylko w postępowaniach karnych krajowych, ale także w postępowaniach karnych o wymiarze transgranicznym.

⁸ K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, op. cit., s. 331–343; A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 2019; J.B. Banach-Gutierrez, Ch. Harding, *Fundamental Rights in European Criminal Justice: an Axiological Perspective*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2012, vol. 20, s. 239–264.

⁹ Konwencja przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, Nowy Jork, 10 grudnia 1984 r., weszła w życie 26 czerwca 1987 r. (Dz.U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378). Protokół fakultatywny do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, 18 grudnia 2002 r., wszedł w życie 23 czerwca 2006 r., <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/konwencja-w-sprawie-zakazu-stosowania-tortur-oraz-innego-okrutnego-nieludzkiego-lub-ponizajacego-tractowania-albo-karania>; V i VI Sprawozdanie okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowień Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/konwencja-w-sprawie-zakazu-stosowania-tortur-oraz-innego-okrutnego-nieludzkiego-lub-ponizajacego-tractowania-albo-karania> (data dostępu: 25.07.2021).

¹⁰ Strasburg, 26 listopada 1987 r., Protokoły dodatkowe z 1993 r., weszły w życie 1 marca 2002 r. (Dz.U. z 1995 r., Nr 46, poz. 238). Należy mieć także na uwadze „Reguły minimalne postępowania z więźniami” (tzw. reguły Nelsona Mandeli, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 7 października 2015 r.), <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/reguly-nelsona-mandeli> (data dostępu: 3.08.2021).

¹¹ Art. 40 Konstytucji RP – zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania w działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2Fart%2040.pdf> (data dostępu: 20.07.2021); E. Dawdziuk, *Traktowanie osób pozbawionych wolności we współczesnej Polsce na tle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2013; Raport dla Rządu Rzeczypospolitej Polskiej z wizyty Europejskiego Komitetu do spraw zapobiegania torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu (CPT) przeprowadzonej w Polsce w dniach 9–16 września 2020 r., <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/prawa-czlowieka-w-radzie-europy> (data dostępu: 20.07.2021); K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski, op. cit., s. 31–47.

W preambule decyzji ramowej Rady (2002/584/WSiSW) z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi¹² stwierdza się *expressis verbis*, że „niniejsza decyzja ramowa respektuje prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej oraz tych, które znajdują odbicie w Karcie Podstawowych Praw Unii Europejskiej, w szczególności w jej rozdziale VI (...)” (motyw 12). Dalej zaznacza się, że „żadna osoba nie może zostać usunięta, wydalona, lub ekstradowana do państwa, w którym istnieje poważne ryzyko, że zostanie ona skazana na karę śmierci, poddana torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karze” (motyw 13 preambuły).

Zakaz ten w świetle międzynarodowej ochrony praw człowieka należy do kategorii norm *ius cogens*, stanowiąc bezwzględną przesłankę odmowy wykonania ENA¹³, jak również niedopuszczalności ekstradycji do państw trzecich¹⁴. Jeśli chodzi o prawa osób osadzonych, to zgodnie z art. 10 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych nakazuje humanitarne traktowanie każdej osoby pozbawionej wolności i z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka. Podkreśla się przy tym, że system penitencjarny ma umożliwiać osiągnięcie zasadniczego celu, jakim jest poprawa i rehabilitacja społeczna sprawców przestępstw¹⁵.

W tym miejscu warto także wspomnieć o zaleceniach Komitetu Praw Człowieka ONZ dla Polski w związku ze złożeniem VII Sprawozdania okresowego z realizacji postanowień Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych¹⁶. Odnosząc się do zakazu tortur oraz okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karaniania, w pkt. 25 wyraża się zaniepokojenie tym, że „nie wszystkie elementy przestępstwa tortur są uznane za przestępstwo w kodeksie karnym oraz tym, że kodeks karny nie w pełni odzwierciedla wagę przestępstwa tortur”. Komitet jest również zaniepokojony nadmiernym stosowaniem siły przez funkcjonariuszy organów ścigania i służby więziennej oraz zbyt rzadkimi przypadkami prowadzenia postępowań karnych wobec takich

¹² Dz. Urz. UE L 190, 18.7.2002, s. 1–20.

¹³ Por. art. 607 k.p.k. § 1 pkt 5: „Odmawia się wykonania nakazu europejskiego, jeżeli: naruszałoby to wolności i prawa człowieka i obywatela” – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

¹⁴ L. Brodowski, op. cit., s. 147–159 oraz powoływana tam literatura i orzecznictwo ETPC.

¹⁵ Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 16 grudnia 1966 r., wszedł w życie 23 marca 1976 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167). Pierwszy Protokół fakultatywny, 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1994 r., Nr 23, poz. 80). Drugi Protokół fakultatywny do Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych w sprawie zniesienia kary śmierci, 15 grudnia 1989 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 891).

¹⁶ Komitet Praw Człowieka ONZ rozpatrzył siódme sprawozdanie okresowe złożone przez Rzeczpospolitą Polską (CCPR/C/POL/7) na posiedzeniach 3306 i 3308 (CCPR/C/SR.3306 i 3308), które odbyły się w dniach 17–18 października 2016 r. Na 3329. posiedzeniu w dniu 31 października 2016 r. Komitet przyjął swoje uwagi końcowe.

funkcjonariuszy organów ścigania i służby więziennej (art. 2, 7 i 10). Dlatego Komitet Praw Człowieka ONZ w pkt. 26 zauważa, że Polska powinna:

„a) dokonać nowelizacji kodeksu karnego w celu zapewnienia, aby wszystkie elementy przestępstwa tortur były zabronione zgodnie z artykułem 7 Paktu, a także określić sankcje za akty tortur, współmierne do wagi przestępstwa; oraz

b) zapewnić, aby wszystkie zgłoszone zarzuty i skargi dotyczące aktów tortur i złego traktowania były szybko i prawidłowo badane. Państwo-Strona powinno również zapewnić, aby domniemani sprawcy byli pociągani do odpowiedzialności, a w przypadku skazania – karani odpowiednimi sankcjami i aby ofiary miały możliwość uzyskania zadośćuczynienia, w tym odpowiedniego odszkodowania”¹⁷.

Należy także podkreślić, że zgodnie z przyjętą linią orzecniczą ETPC państwa powinny zapewnić takie warunki odbywania tej kary, aby zdrowie i dobro osób osadzonych w zakładach karnych były odpowiednio chronione. W świetle analizy orzecznictwa ETPC Lidia Brodowski trafnie podnosi, że warunki odbywania kary pozbawienia wolności mogą mieć charakter niehumanitarnego i poniżającego karania z uwagi na kumulację różnych okoliczności, takich jak ciemne, zawilgocone cele, brak miejsc do spania, brak toalet, ograniczone możliwości ruchu i niska jakość pożywienia, przeludnienie cel, mniej niż 3 m² powierzchni na osobę, izolacja, brak adekwatnej opieki lekarskiej, brak ochrony przed atakami ze strony innych więźniów, okres przetrzymywania w określonych warunkach czy umieszczenie piętnastolatka w celi z dorosłymi więźniami¹⁸.

Przekazywanie obywateli Unii Europejskiej a zasada wzajemnego uznawania

Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej jako TSUE) w swoim wyroku w sprawach połączonych *Aranyosi i Căldăraru C-404/15 i C-659/15 PPU*¹⁹ sformułował bardzo istotne wskazówki dla sądów krajowych państw członkowskich

¹⁷ <https://www.iustitia.pl/79-informacje/1485-zalecenia-komitetu-praw-czlowieka-onz-dla-pol-ski> (data dostępu: 26.07.2021).

¹⁸ L. Brodowski, op. cit., s. 154–155 oraz powołane tam orzecznictwo ETPC. Lidia Brodowski zauważa również, że stosowanie kary dożywotniego pozbawienia wolności zaczyna być coraz częściej uważane za „karę niehumanitarną, co odnosi się zwłaszcza do kary orzeczonej bez możliwości wcześniejszego zwolnienia” – L. Brodowski, op. cit., s. 155. Por. art. 5 ust. 2 decyzji ramowej decyzji ramowej Rady (2002/584/WSiSW) z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi i art. 607 r § 1 pkt 6 Kodeksu postępowania karnego (względne przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego).

¹⁹ Wyrok TSUE z 5 kwietnia 2016 r. *Pál Aranyosi i Robert Căldăraru* przeciwko Generalstaatsanwaltschaft Bremen, sprawy połączone C-404/15 i C-659/15 PPU ECLI:EU:C:2016:198.

w przedmiocie wykonywania ENA. TSUE przypominał, że system europejskiego nakazu aresztowania funkcjonuje w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania, która z kolei opiera się na wzajemnym zaufaniu państw członkowskich, że ich krajowe porządki prawne mogą zapewnić równoważne i skuteczne poziomy ochrony praw podstawowych uznanych na płaszczyźnie UE (pkt 71).

Obie zasady mają w prawie karnym UE istotne znaczenie z uwagi na umacnianie unijnej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Zasada wzajemnego zaufania wiąże się z wymogiem, aby każde z tych państw uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności – że wszystkie inne państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych (pkt 78).

Jednakże przewiduje się ograniczenia w odniesieniu do zasad wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi z powołaniem na „wyjątkowe okoliczności”. Do takich „wyjątkowych okoliczności” zalicza się m.in. zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z art. 4 KPP. Zakaz ten ma charakter bezwzględny, ponieważ jest ściśle związany z poszanowaniem godności człowieka. Treść art. 4 KPP jest wiążąca dla państw członkowskich, co wynika z zapisu art. 51 ust. 1 KPP. W praktyce sądy krajowe, stosując prawo unijne, są zobowiązane do poszanowania postanowień KPP. Bezwzględny charakter prawa gwarantowanego w art. 4 KPP jest potwierdzony w art. 3 EKPC. Art. 1 i 4 KPP oraz art. 3 EKPC ustanawiają jedną z podstawowych wartości UE i jej państw członkowskich, jaką jest poszanowanie godności istoty ludzkiej oraz nierozzerwalnie powiązany z nią zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. System EKPC zakazuje w sposób absolutny niehumanitarnego lub poniżającego traktowania i karania we wszelkich okolicznościach, w tym w odniesieniu do walki z terroryzmem i z zorganizowaną przestępczością (pkt 82–87).

Zdaniem TSUE, gdy organ sądowy wykonujący nakaz państwa członkowskiego dysponuje danymi świadczącymi o rzeczywistym niebezpieczeństwie niehumanitarnego lub poniżającego traktowania osób pozbawionych wolności, w wydającym nakaz państwie członkowskim – w świetle standardu ochrony praw podstawowych gwarantowanego prawem unijnym – to podejmując decyzję w sprawie takiego przekazania osoby ściganej jest on zobligowany do dokonania oceny istnienia rzeczonoego niebezpieczeństwa. Wykonanie ENA nie może bowiem prowadzić do niehumanitarnego lub poniżającego traktowania wspomnianej osoby. Na wykonującym ENA organie sądowym spoczywa obowiązek uwzględnienia obiektywnych, wiarygodnych, dokładnych i należycie zaktualizowanych danych o warunkach pozbawienia wolności panujących w wydającym ENA państwie członkowskim, które dowodzą istnienia nieprawidłowości – czy to systemowych lub ogólnych, czy dotyczących niektórych grup osób, czy też niektórych ośrodków penitencjarnych. Dane te mogą wynikać, w szczególności

z międzynarodowych orzeczeń sądowych, takich jak wyroki ETPC, orzeczeń sądowych wydającego ENA państwa członkowskiego oraz decyzji, sprawozdań i innych dokumentów sporządzanych przez organy Rady Europy lub pochodzących z systemu ONZ. Jak podkreśla TSUE, z orzecznictwa ETPC wynika, że art. 3 EKPC nakłada na organy państwa, na którego terytorium ma miejsce osadzenie, pozytywny obowiązek polegający na upewnieniu się, że każdy więzień jest pozbawiony wolności w warunkach, które gwarantują poszanowanie godności człowieka. Ponadto trzeba dokonać oceny, czy sposób wykonywania środka nie naraża zainteresowanego na dolegliwości lub doznanie o natężeniu przekraczającym nieunikniony poziom cierpienia nierozzerwalnie związany z pozbawieniem wolności oraz że – biorąc pod uwagę praktyczne wymagania pozbawienia wolności – zapewnione są w odpowiedni sposób zdrowie i dobre samopoczucie więźnia. Jednak stwierdzenie, że istnieje rzeczywiste niebezpieczeństwo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ze względu na ogólne warunki pozbawienia wolności, jakie panują w państwie wydającym ENA, nie może skutkować odmową przekazania osoby ściganej (pkt 88–91).

W przypadku stwierdzenia takiego niebezpieczeństwa konieczne jest jeszcze podjęcie działań celem ustalenia warunków odbywania kary pozbawienia wolności, odnosząc się do konkretnej sprawy. W tym celu organ sądowy państwa wykonania ENA powinien dokonać oceny w sposób konkretny i dokładny, czy istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że dana osoba będzie narażona na niebezpieczeństwo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ze względu na warunki, w jakich będzie pozbawiona wolności w państwie wydającym ENA. TSUE podkreśla, że samo istnienie danych świadczących o nieprawidłowościach – czy to systemowych lub ogólnych, czy dotyczących niektórych grup osób, czy też niektórych ośrodków penitencjarnych, co do warunków pozbawienia wolności w państwie wydającym ENA – nie oznacza, iż osoba ścigana byłaby poddana niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu w razie jej przekazania do tego państwa. W celu zapewnienia poszanowania art. 4 KPP organ sądowy państwa wykonania ENA, dysponując obiektywnymi, wiarygodnymi, dokładnymi i należycie zaktualizowanymi danymi mogącymi świadczyć o takich nieprawidłowościach, musi sprawdzić, czy w konkretnych okolicznościach istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że w następstwie przekazania do państwa wydającego ENA osoba ścigana będzie narażona na rzeczywiste niebezpieczeństwo bycia poddaną w tym państwie na niehumanitarnie lub poniżające traktowanie w rozumieniu tego przepisu (pkt 92–94).

W tym celu organ sądowy państwa wykonania ENA, na podstawie art. 15 ust 2 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, powinien wystąpić z wnioskiem o bezzwłoczne przekazanie niezbędnych informacji uzupełniających w odniesieniu do warunków, w których osoba ścigana europejskim nakazem aresztowania ma być pozbawiona wolności w państwie wydającym ENA. Wniosek

taki może także dotyczyć krajowych i międzynarodowych procedur oraz mechanizmów kontroli warunków pozbawienia wolności związanych, np. wizytami zakładów karnych, które mogą pozwolić na ocenę stanu warunków osadzenia (pkt 95–97).

Co do warunków pozbawienia wolności w państwie wydającym ENA oraz kryteriów, które należy przyjąć w celu dokonania oceny przestrzegania art. 4 KPP, to TSUE wydał dwa kolejne orzeczenia o kluczowym znaczeniu dla krajowych wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych. Są to wyroki w sprawie *ML C-220/18 PPU*²⁰ oraz *Dorobantu C-128/18*²¹. TSUE, orzekając w pierwszej przywołanej sprawie, zaznaczył, że chociaż państwo wydające ENA wprowadza środki umożliwiające kontrolę zgodności z prawem warunków pozbawienia wolności w świetle praw podstawowych, to organy sądowe, które wykonują ten nakaz, mają obowiązek przeprowadzenia indywidualnego badania sytuacji każdej zainteresowanej osoby (każdego ściganego). Chodzi w tym przypadku o upewnienie się, że decyzja o dopuszczalności przekazania osoby ściganej na podstawie ENA nie spowoduje narażenia jej na rzeczywiste ryzyko nieludzkiego lub poniżającego traktowania (pkt 75–76). W swoim wyroku TSUE doprecyzował, że żądane przez organ sądowy państwa wykonującego nakaz informacje powinny być zawężone jedynie do tych ośrodków penitencjarnych, w których planowane jest osadzenie ściganego, nie zaś wszystkich, w których to osadzenie hipotetycznie może nastąpić (pkt 84).

Jednocześnie TSUE, powołując się na orzecznictwo ETPC, zauważył *inter alia*, że złe traktowanie, aby stanowiło naruszenie art. 3 EKPC, musi osiągnąć minimalny próg dolegliwości, który zależy od okoliczności sprawy, takich jak czas trwania tego traktowania i jego skutki fizyczne lub psychiczne oraz czasami płeć, wiek i stan zdrowia ofiary (pkt 91). Zdaniem TSUE w odniesieniu do czynnika przestrzennego w całościowej ocenie warunków pozbawienia wolności okoliczność, że przestrzeń osobista, jaką dysponuje więzień, wynosi poniżej 3 m² w celi zbiorowej, rodzi silne domniemanie naruszenia art. 3 EKPC. Domniemanie to „można obalić zazwyczaj tylko wtedy, gdy po pierwsze, ograniczenia przestrzeni osobistej w stosunku do wymaganego minimum 3 m² są krótkie, okazjonalne i nieznaczne, po drugie, towarzyszy im wystarczająca swoboda poruszania się poza celą i odpowiednie zajęcia poza celą, oraz po trzecie, zakład zapewnia w sposób ogólny godziwe warunki osadzenia, a zainteresowana osoba nie jest narażona na inne czynniki uważane za okoliczności pogarszające złe warunki pozbawienia wolności” (pkt 93).

TSUE, z kolei orzekając w sprawie *Dorobantu*, potwierdził, że zgodnie z zasadą wzajemnego uznawania organy sądowe państwa członkowskiego wykonujące ENA mogą odmówić jego wykonania wyłącznie w oparciu o enume-

²⁰ Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r. w sprawie *ML C-220/18 PPU*, ECLI:EU:C:2018:589.

²¹ Wyrok TSUE z 15 października 2019 r. w sprawie *Dumitru-Tudor Dorobantu C-128/18*, ECLI:EU:C:2019:857.

ratywnie wyliczone podstawy odmowy, które są przewidziane w przepisach decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Decyzja ta wyraźnie wskazuje podstawy obligatoryjnej (art. 3) i fakultatywnej (art. 4 i 4a) odmowy wykonania ENA oraz gwarancje, jakich powinno udzielić państwo członkowskie wydające ENA (art. 5). Jednakże TSUE stwierdził, że „w wyjątkowych okolicznościach” i na podstawie konkretnych informacji jest możliwe wprowadzenie innych ograniczeń dotyczących zasad wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi. W tym kontekście, zgodnie z przyjętą przez linię orzeczniczą, TSUE uznał, że pod pewnymi warunkami istnieje obowiązek umorzenia postępowania w przedmiocie przekazania osoby ściganej na podstawie ENA, jeżeli osoba ta mogłaby zostać narażona na niebezpieczeństwo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w rozumieniu art. 4 KPP (pkt 48–50). TSUE tym samym potwierdził, że zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania – w rozumieniu art. 4 KPP – ma charakter bezwzględny²².

Analiza orzecznictwa TSUE pozwala na stwierdzenie, że powyższe wyroki mogą w zasadniczym stopniu wpływać na całokształt orzecznictwa krajowego państw członkowskich. W przypadku sądów polskich w ostatnim czasie nie odnotowano orzeczeń odmawiających wykonania ENA z przyczyn ewentualnego narażenia ściganego w wyniku wykonania ENA na niehumanitarne lub poniżające traktowanie w rozumieniu art. 4 KPP (w sytuacji ENA dotyczącego wykonania prawomocnie orzeczonej w Polsce kary pozbawienia wolności). Należy w tym miejscu dodać, że sądy dysponują aktualną wiedzą dotyczącą sytuacji w jednostkach penitencjarnych, co wynika z przeprowadzanych w nich regularnie lustracji i wizytacji sędziów penitencjarnych. Badane są w szczególności kwestie związane z prawidłowością rozmieszczenia osadzonych w tym umieszczenia w celach izolacyjnych²³, respektowania praw osadzonych osób niepełnosprawnych fizycznie lub intelektualnie, z uwzględnieniem stanu opieki medycznej, psychologicznej i sanitarnej, a także warunków bytowych, w jakich te osoby przebywają, w tym istnienia barier utrudniających ich prawidłowe funkcjonowanie, kierowanie skazanych przez dyrektora jednostki do zatrudnienia, ze szczególnym uwzględnieniem kryteriów doboru skazanych do pracy²⁴, wreszcie kontrola prawidłowości przyznawania nagród wolnościowych, przepustek i zezwoleń na czasowe opuszczanie zakładu karnego oraz kryteria wymierzania kar dyscyplinarnych, a także prawidłowości rozmieszczenia osadzonych w jednostkach wizytowanych²⁵.

²² Por. szerzej pkt 75, pkt 77 wyroku TSUE w sprawie *Dorobantu*.

²³ Na podstawie par. 90 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej (Dz.U. z 2016 r., poz. 1804) oraz na podstawie art. 73a § 8, art. 116 § 6, art. 116 § 5a, art. 209 k.k.w. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r., Nr 90, poz. 557 ze zm.).

²⁴ Zgodnie z art. 122 k.k.w.

²⁵ Informacje pozyskane przez współautorke, w związku z jej pracą jako sędziego SA, dotyczą SO w Warszawie i SO Warszawa-Praga i obejmują lata 2018–2021.

Przeprowadzane lustracje dotyczą także kontroli sprawności i prawidłowości postępowania w sprawach z wniosku o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary pozbawienia wolności i w sprawach o odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Lustracje te mają na celu poprawę sytuacji w jednostkach penitencjarnych, a ich zakres dotyczy ochrony praw podstawowych osób osadzonych. Dopelnieniem obrazu funkcjonowania tych jednostek pod kątem oceny, czy mamy do czynienia z narażeniem ściganego w wyniku wykonania ENA na nieludzkie lub poniżające traktowanie w rozumieniu art. 4 KPP, w kontekście ewentualnych wniosków o dodatkowe informacje z właściwych organów sądowych kraju wykonującego polskie ENA, są niewątpliwie dokumenty sporządzone przez organizacje międzynarodowe, jak choćby raport z wizyty *ad hoc* Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, która ostatnio odbyła się w Polsce w dniach 9–16 września 2020 r.²⁶

Mimo podejmowania przez sądy stałej kontroli nad funkcjonowaniem jednostek penitencjarnych, orzecznictwo ETPC w sprawach przeciwko Polsce wskazuje na konieczność wprowadzenia zmian do obowiązujących przepisów²⁷ oraz praktyki postępowania w celu wyeliminowania istniejących nieprawidłowości, które – w kontekście tematu niniejszego opracowania – mogą stać się aktualnie podstawą do odmowy wykonania ENA wydanego przez sąd krajowy²⁸. Warto także podkreślić, że ETPC w stosunku do państw, takich jak Rumunia, Bułgaria, Węgry, stwierdzał wielokrotnie naruszenia o charakterze systemowym, dotyczące organizacji i warunków panujących w zakładach karnych. Dla przykładu: ETPC w wyrokach odpowiednio w sprawie *Iavoc Stanciu przeciwko Rumunii* i w pilotażowym wyroku w sprawie *Varga i in. przeciwko Węgrom* stwierdził występowanie ogólnego złego funkcjonowania systemów penitencjarnych rumuńskiego i węgierskiego. Trybunał ten podkreślił w szczególności istniejący problem przeludnienia w zakładach karnych, w wyniku którego osadzone w nich osoby są lub mogą być narażone na nieludzkie lub poniżające traktowanie podczas odbywania kary pozbawienia wolności, co stanowi naruszenie art. 2, 3 i 5 EKPC²⁹.

²⁶ CPT/Inf (2020) 31, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/prawa-czlowieka-w-radzie-europy> (data dostępu: 20.07.2021).

²⁷ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 21 stycznia 2016 r., do Trybunału Konstytucyjnego, stwierdzający „że art. 116 § 6 w związku z art. 7 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557, ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje wydawania decyzji w sprawie kontroli osobistej skazanego, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” – Trybunał Konstytucyjny postanowił umorzyć postępowanie. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt K 5/16.

²⁸ Np. wyroki ETPC przeciwko Polsce w takich sprawach, jak: *Prus*, skarga nr 5136/11; *Karykowski*, skarga nr 653/12; *Romaniuk*, skarga nr 59285/12; *Paluch*, skarga nr 57292/12; *Szafrański*, skarga nr 17249/12; *Karwowski*, skarga nr 29869/13.

²⁹ Wyrok ETPC w sprawie *Stanciu przeciwko Rumunii* z 24 lipca 2012 r., skarga nr 35972/05; wyrok ETPC w sprawie *Varga i in. przeciwko Węgrom* z 10 marca 2015 r., skarga nr 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 i 64586/13.

Zasada wzajemnego zaufania i domniemanie równoważnej ochrony praw człowieka w świetle sprawy *Bivolaru i Moldovan v. France*

W sprawie *Bivolaru i Moldovan przeciwko Francji*³⁰ ETPC wydał przełomowy wyrok w odniesieniu do wykonywania ENA między państwami Unii Europejskiej, a także domniemanie równoważnej ochrony praw człowieka³¹. W sprawie tej połączono dwie skargi, w których skarżący obywatele rumuńscy podnieśli zarzuty naruszenia art. 3 EKPC w związku z ich przekazaniem na podstawie ENA organom rumuńskim w celu odbycia kary pozbawienia wolności w Rumunii. Zgodnie z domniemaniem równoważnej (inaczej także: ekwiwalentnej) ochrony praw człowieka, zakłada się, że państwa członkowskie UE, będące jednocześnie państwami-stronami EKPC, przestrzegają swoich zobowiązań wynikających z postanowień tej konwencji stosując prawo unijne – tym bardziej że UE jako organizacja międzynarodowa zapewnia ochronę praw człowieka zgodnie z postanowieniami KPP, zasadami ogólnymi prawa unijnego i orzecznictwem TSUE.

Mimo połączenia dwóch spraw obywateli rumuńskich *G. Bilovaru i C. Moldovan*, to ETPC wydał dwa różne wyroki (orzekł odmiennie w stosunku do każdego ze skarżących), tzn. uznał, że wykonanie ENA spowodowało naruszenie art. 3 EKPC w odniesieniu do sprawy *Moldovan* i brak takiego naruszenia w sprawie *Bilovaru*. Pierwszy skarżący – Coldrut Moldovan został

³⁰ Wyrok ETPC z 25 marca 2021r., w sprawie *Gregorian Bilovaru i Coldrut Moldovan*, skarga nr 40324/16 i skarga nr 12623/17.

³¹ „Trybunał Sprawiedliwości, o czym świadczy jego orzecznictwo, systematycznie stosuje konwencję, a w ostatnich latach coraz wyraźniej odnosi się w tym kontekście do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Spowodowało to uznanie przez ETPC, wobec istnienia równoważnej ochrony praw człowieka w prawie Unii, domniemanie zgodności z konwencją w określonych okolicznościach (orzecznictwo *Bosphorus*)” – *Dokument roboczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczący niektórych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pl.pdf (data dostępu: 5.08.2021); wyrok ETPC z 30 czerwca 2005 r. w sprawie *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi („Bosphorus Airways”) przeciwko Irlandii*, skarga nr 45036/98.

„Tezy orzeczenia:

1. Przestrzeganie przez państwo prawa WE jest interesem ogólnym w rozumieniu art. 1 protokołu nr 1.

2. Działanie państwa wynikające ze zobowiązań związanych z udziałem w organizacji międzynarodowej nie budzi wątpliwości, jeśli prawa podstawowe są w niej chronione w stopniu możliwym do uznania za przynajmniej równy temu, który gwarantuje konwencja.

3. Jeśli organizacja zapewnia ekwiwalentną ochronę, to istnieje domniemanie, że państwo nie odeszło od wymagań konwencji.

4. Ochrona praw podstawowych w prawie WE jest równoważna systemowi konwencji, [w:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Kraków 2006, s. 180, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publikacje/omowienia/-bosphorus-airways-przeciwko-irlanii-wyrok-etpc-z-dnia-30-czerwca-402788669> (data dostępu: 5.08.2021).

skazany przez sąd rumuński na siedem lat i sześć miesięcy za przestępstwa handlu ludźmi, popełnione we Francji i w Rumunii. Chociaż *Moldovan* argumentował, że jego przekazanie na podstawie ENA organom rumuńskim byłoby sprzeczne z art. 3 EKPC z uwagi na warunki odbywania kary pozbawienia wolności w tym państwie, to jednak francuski organ sądowy zdecydował o jego wykonaniu. Drugi skarżący – Gregorian Bilovaru został skazany *in absentia* przez sąd rumuński w 2013 r. na karę 6 lat pozbawienia wolności za przestępstwa seksualne popełnione wobec nieletniego. W trakcie prowadzonego postępowania karnego zbiegł on do Szwecji. Sąd Najwyższy w Szwecji odmówił jego ekstradycji do Rumunii. Ponadto Bilovaru uzyskał status uchodźcy na mocy Konwencji genewskiej³². Następnie w czasie pobytu we Francji został zatrzymany i przekazany na podstawie ENA organom rumuńskim. Jego przekazanie nastąpiło, mimo argumentacji że posiada w Szwecji status uchodźcy i powoływaniu się na ryzyko niehumanitarnego i poniżającego traktowania.

Obaj skarżący podnosili, że wykonanie ENA przez francuskie organy sądowe stanowiło naruszenie art. 3 EKPC. W sprawie *Moldovan* ETPC uznał, iż dostarczone informacje były wystarczające dla potwierdzenia, że warunki pozbawienia wolności stwarzają realne ryzyko niehumanitarnego i poniżającego traktowania, a nadto że francuskie organy sądowe nie powinny polegać na zapewnieniach organów rumuńskich odnośnie poprawy tych warunków. W szczególności zaznacza się, że – zgodnie z przyjętą przez TSUE linią orzecznictwa – to wykonujący ENA francuski organ sądowy był uprawniony do odstąpienia „w wyjątkowych okolicznościach” od zasady wzajemnego zaufania i uznawania między państwami członkowskimi UE poprzez odroczenie lub odmowę wykonania ENA. Zgodnie z wymogami określonymi przez TSUE, organ sądowy wykonujący ENA jest odpowiedzialny za kontrolę warunków pozbawienia wolności w konkretnym przypadku, która składa się z dwóch etapów. Pierwszy etap obejmuje zbadanie istnienia poważnych uchybień co do warunków pozbawienia wolności, które mogą stanowić ryzyko niehumanitarnego i poniżającego traktowania, a tym samym naruszenie art. 4 KPP. W drugiej kolejności należy zbadać, czy istnieje realne i zindywidualizowane ryzyko, że osoba, której dotyczy ENA, będzie poddana takiemu traktowaniu, co stanowiłoby naruszenie art. 3 EKPC. W konkluzji ETPC doszedł do wniosku, że w sprawie *Moldovan* został naruszony art. 3 EKPC.

Do odmiennego wniosku doprowadziła ETPC analiza materiałów w sprawie *Bivolaru*. Po pierwsze, podkreśla się fakt, że prawa azylu władze szwedzkie udzieliły skarżącemu przed przystąpieniem Rumunii do UE. Zdaniem ETPC w takim wypadku, w razie wątpliwości co do dopuszczalności wykonania ENA, francuski organ sądowy powinien był zwrócić się do TSUE z zapytaniem prejudycjalnym. Po drugie, zwraca się uwagę, że przedstawione przez

³² Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie, 28 lipca 1951 r., (Dz.U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515 i 517).

skarżącego informacje odnośnie warunków pozbawienia wolności, a także ryzyko prześladowań z powodów jego przekonań religijnych, są niewystarczające, aby stwierdzić naruszenie art. 3 EKPC. Podkreśla się np. brak podania lokalizacji zakładu karnego oraz że z wyroku z 2 października 2018 r. wynika, że skarżący został warunkowo zwolniony w dniu 13 września 2017 r.³³

Wyrok w sprawie *Bivolaru i Moldovan przeciwko Francji* jest trzecim orzeczeniem ETPC po wyrokach w sprawie *Pirrozzi przeciwko Belgii*³⁴ oraz *Romeo Castaño przeciwko Belgii*³⁵ „kontrolującym” funkcjonowanie systemu ENA między państwami członkowskimi UE. ETPC w sprawie *Pirrozzi przeciwko Belgii* nie stwierdził naruszenia art. 5 § 1 EKPC (prawo do wolności i bezpieczeństwa) i art. 6 § 1 EKPC (prawo do rzetelnego procesu sądowego). Natomiast w sprawie *Romeo Castaño przeciwko Belgii* ETPC stwierdził naruszenie art. 2 EKPC (prawo do życia), w kontekście naruszenia prawa do „skutecznego śledztwa” wskutek odmowy wykonania przez belgijski organ sądowy ENA, który został wydany przez organ hiszpański w stosunku do N.J.E., podejrzanej o zabójstwo (przez zastrzelenie) w Bilbao w 1981 r. porucznika Ramón Romeo, tj. ojca skarżących. W latach 2004–2005 sędzia hiszpańskiego Audiencia Nacional wydał dwa ENA w stosunku do N.J.E. – obywatelki Hiszpanii, pochodzenia baskijskiego, podejrzanej o zastrzelenie ojca skarżących. W 2013 r. przebywająca w Belgii N.J.E. została zatrzymana decyzją sędziego śledczego sądu I instancji w Gandawie. W postępowaniu apelacyjnym odmówiono wykonania ENA, uznając istnienie poważnych powodów, aby sądzić, że wykonanie ENA naruszyłoby podstawowe prawa N.J.E. W konsekwencji N.J.E. została zwolniona z aresztu. Prokuratura federalna złożyła skargę kasacyjną, która została oddalona jednak przez sąd kasacyjny. W 2015 r. sędzia śledczy hiszpańskiego Audiencia Nacional wydał nowy ENA w stosunku do N.J.E. Jednakże organy belgijskie odmówiły wykonania tego nakazu z tych samych powodów co poprzednio. ETPC zwrócił uwagę, że odmawiając wykonania ENA, belgijski organ sądowy przyjął za podstawę treść art. 3 EKPC, ale bez wykazania realnego i zindywidualizowanego ryzyka, czy istnieje takie zagrożenie w stosunku do podejrzanej.

Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

W ostatnich latach następuje dynamiczny rozwój prawa karnego UE. Prawo to należy traktować jako ‘wartość dodaną’ dla krajowych porządków praw-

³³ Por. W. Julié, J. Fauvarque, *Bilvaru and Moldovan v. France: a new challenge for mutual trust in the European Union?*, <https://strasbourgobservers.com/2021/06/22/bivolaru-and-moldovan-v-france-a-new-challenge-for-mutual-trust-in-the-european-union/> (data dostępu: 3.12.2021).

³⁴ Wyrok ETPC z 17 kwietnia 2018 r., *Pirrozzi przeciwko Belgii*, skarga nr 21055/11.

³⁵ Wyrok ETPC z 9 lipca 2019 r., *Romeo Castaño przeciwko Belgii*, skarga nr 8351/17.

nych państw członkowskich. Prawo karne UE powinno nie tylko służyć zapobieganiu poważnym formom przestępczości, eliminowaniu bezkarności sprawców przestępstw, ale także chronić prawa podstawowe wszystkich ‘obywateli Europy’.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą TSUE oraz ETPC, zakaz nieludzkiego lub poniżającego traktowania osób skazanych na karę pozbawienia wolności ma charakter absolutny. Państwa członkowskie UE są zobowiązane do poszanowania art. 4 KPP i art. 3 EKPC. Mimo że decyzja ramowa 2002/584/WSiSW nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego odmowy wykonania ENA na podstawie naruszenia praw podstawowych osoby ściganej w państwie wydającym ENA, to na organie sądowym państwa wykonującego taki nakaz spoczywa jednak obowiązek uwzględnienia praw podstawowych. Zgodnie z art. 1 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW w związku z motywami 12 i 13 preambuły tej decyzji ramowej, państwa członkowskie UE są zobligowane do poszanowania praw podstawowych i podstawowych zasad prawa, o jakich mowa w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej³⁶. Czynności procesowe, które krajowe organy sądowe wykonujące ENA powinny uwzględnić, wymienia się w Zawiadomieniu Komisji – Podręczniku „Jak wydawać i wykonywać Europejski Nakaz Aresztowania”³⁷.

Dodatkowo w sprawach dotyczących przekazywania osób skazanych na karę pozbawienia wolności należy mieć na uwadze Zawiadomienie Komisji – Podręcznik przekazywania osób skazanych i kar pozbawienia wolności w Unii Europejskiej³⁸. W podręczniku tym podkreśla się, że szanse na resocjalizację mogą zależeć od wielu czynników, w tym warunków odbywania kar w państwie wykonującym nakaz (pkt 2.7), a nadto że państwo przekazujące osobę skazaną „musi dopilnować, aby przekazanie, uznanie i wykonanie tej kary nie naruszało podstawowych praw osoby skazanej” (pkt 2.10)³⁹.

Rozważania dotyczące zakazu nieludzkiego lub poniżającego traktowania osób skazanych na karę pozbawienia wolności prowadzą do wniosku, że linia orzecnicza TSUE oraz ETPC jest wyrazem postępującej humanizacji prawa karnego, która wiąże się ściśle z dążeniem do osiągnięcia celu, jakim powinna być szeroko rozumiana resocjalizacja i rehabilitacja społeczna sprawców przestępstw⁴⁰. Odnosząc się do zakazu nieludzkiego lub poniżającego trakto-

³⁶ Art. 1 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW stanowi, że „niniejsza decyzja ramowa nie skutkuje modyfikacją obowiązku poszanowania praw podstawowych i podstawowych zasad prawa zawartych w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej”.

³⁷ Zawiadomienie Komisji – Podręcznik „Jak wydawać i jak wykonywać Europejski Nakaz Aresztowania” (Dz. Urz. UE, C 335 z dnia 6 października 2017 r.).

³⁸ Zawiadomienie Komisji – Podręcznik przekazywania osób skazanych i kar pozbawienia wolności w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE, C 403 z dnia 29 listopada 2019 r.).

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Na gruncie polskiego prawa karnego problematyka humanizacji prawa karnego w kontekście „resocjalizacji”, „rehabilitacji społecznej”, „reintegracji społecznej” i „readaptacji społecznej” jest poruszana w licznych publikacjach, np.: G.B. Szczygieł, *Spoleczna readaptacja skazanych w polskim systemie prawnym*, Białystok 2002; H. Iwanicki, *Wolontariat – szansą na rehabilitację*

wania, należy także uwzględnić wyrok ETPC w sprawie *Bivolaru i Moldovan przeciwko Francji*, w którym ETPC uznał, że wykonanie ENA stanowi naruszenie EKPC. Orzeczenie to ma istotne znaczenie dla praktyki wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, gdyż jest sygnałem ostrzegawczym dla wszystkich sędziów UE, że mechanizm procedury w ramach ENA podlega ocenie ETPC. W tym kontekście należy zauważyć, że najnowsze orzecznictwo TSUE zmierza w kierunku ewidentnej „rewizji” zasady wzajemnego uznawania w kształcie, jaki znany jest z początkowego okresu wydawania orzeczeń prejudycjalnych.

Za przykład mogą służyć nie tylko przedstawione w niniejszym opracowaniu orzeczenia TSUE, ale także sprawa *Minister for Justice and Equality przeciwko LM*⁴¹. W tym przypadku TSUE sytuuje nieprawidłowości systemowe dotyczące ryzyka naruszenia prawa do rzetelnego procesu jako ewentualną przesłankę odmowy wykonania ENA. Podobnie orzeczenie ETPC w sprawie *Bivolaru i Moldovan przeciwko Francji* rozkłada akcenty i wspiera ten trend. Konkludując, należy przyjąć z uznaniem ‘dialog sądowy’ obu trybunałów, mający na celu wzmocnienie praw podstawowych ‘obywateli Europy’. Z drugiej jednak strony nasuwa się zasadnicze pytanie co do dalszego rozwoju zasad wzajemnego uznawania orzeczeń i wzajemnego zaufania do krajowych wymiarów sprawiedliwości państw członkowskich UE w sprawach karnych, mając przy tym na uwadze obowiązującą w prawie unijnym zasadę lojalności.

Wykaz literatury

Artykuł 40 Konstytucji RP – zakaz tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania w działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2Fart%2040.pdf>.

Banach-Gutierrez J.B., Harding Ch., *Fundamental Rights in European Criminal Justice: an Axiological Perspective*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2012, vol. 20.

społeczną osób odbywających karę pozbawienia wolności”, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2019, t. 585(10), s. 23–24; M. Peno, *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania. Zarys typologii*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, t. 5(1), s. 129–153; J. Sztuka, *Perspektywa efektywności w resocjalizacji*, „Studia Paedagogica Ignatiana” 2018, nr 21(1), s. 85–105; T. Przesławski, *Prawno-etyczne aspekty więziennej resocjalizacji*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 87, s. 51–64; M. Bielecki, *Ochrona godności osoby skazanej w prawie karnym wykonawczym. Wybrane aspekty*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, vol. 60, nr 1(241), s. 159–178; E. Dawidziuk, A. Kosyło, M. Niełaczna, *Więźniowie dożywotni przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu*, 2017, <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/19967> (data dostępu: 5.08.2021); M. Porowski, *Ludzkie prawa więźniów*, http://dlibra.kul.pl/Content/26081/19_ludzkie_prawa.pdf (data dostępu: 5.08.2021).

⁴¹ Wyrok Trybunału z 25 lipca 2018 r. w sprawie *Minister for Justice and Equality przeciwko LM* C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586.

- Barcik J., Wentkowska A., *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Bielecki M., *Ochrona godności osoby skazanej w prawie karnym wykonawczym. Wybrane aspekty*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, vol. 60, nr 1(241).
- Cała-Wacinkiewicz E., Menkes J., Nowakowska-Małusecka J., Staszewski W.S. (red.), *W jakiej Unii Europejskiej Polska – Jaka Polska w Unii Europejskiej. Instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Dawidziuk E., *Traktowanie osób pozbawionych wolności we współczesnej Polsce na tle standardów międzynarodowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Dawidziuk E., Kosyło A., Niełacznna M., *Więźniowie dożywotni przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu*, 2017, <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/19967>.
- Dokument roboczy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczący niektórych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pl.pdf.
- Iwanicki H., *Wolontariat – szansą na rehabilitację społeczną osób odbywających karę pozbawienia wolności*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2019, t. 585(10).
- Julié W., Fauvarque J., *Bilovar and Moldovan v. France: a new challenge for mutual trust in the European Union?*, <https://strasbourgobservers.com/2021/06/22/bivolaru-and-moldovan-v-france-a-new-challenge-for-mutual-trust-in-the-european-union/>.
- Kuźniak B., Ingelevic-Citak M., *Ius cogens soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, Wyd. UJ, Kraków 2017.
- Ochrona praw podstawowych w prawie WE jest równoważna systemowi konwencji*, [w:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Zakamycze, Kraków 2006, <https://sip.lex.pl/komentarze-i-publicacje/omowienia/-bosporus-airways-przeciwko-irlandii-wyrok-etpc-z-dnia-30-czerwca-402788669>.
- Orzeszyna K., Skwarzyński M., Tabaszewski R., *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Peno M., *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania. Zarys typologii*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, t. 5(1).
- Porowski M., *Ludzkie prawa więźniów*, http://dlibra.kul.pl/Content/26081/19_ludzkie_prawa.pdf.
- Przesławski T., *Prawno-etyczne aspekty więziennej resocjalizacji*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 87.
- Raport dla Rządu Rzeczypospolitej Polskiej z wizyty Europejskiego Komitetu do spraw zapobiegania torturom oraz niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu (CPT) przeprowadzonej w Polsce w dniach 9–16 września 2020 r., <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/prawa-czlowieka-w-radzie-europy>.
- Rosas A., *The European Union and Fundamental Rights: Vanguard or Villain?*, „Adam Mickiewicz Law Review” 2017, vol. 7.
- Szczygieł G.B., *Spoleczna readaptacja skazanych w polskim systemie prawnym*, Temida 2, Białystok 2002.
- Sztuka J., *Perspektywa efektywności w resocjalizacji*, „Studia Paedagogica Ignatiana” 2018, vol. 21(1).
- Tzw. reguły Nelsona Mandeli, przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 7 października 2015 r., <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/reguly-nelsona-mandeli>.
- Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2019.

Zalecenia Komitetu Praw Czlowieka ONZ dla Polski, <https://www.iustitia.pl/79-informacje/1485-zalecenia-komitetu-praw-czlowieka-onz-dla-polski>.

V i VI Sprawozdanie okresowe Rzeczypospolitej Polskiej z realizacji postanowien Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub ponizajacego traktowania albo karania, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/konwencja-w-sprawie-zakazu-stosowania-tortur-oraz-innego-okrutnego-nieludzkiego-lub-ponizajacego-traktowania-albo-karania>.

Summary

Prohibition of inhuman or degrading treatment of persons sentenced to imprisonment in the light of the EU criminal law

Keywords: EU criminal law, European arrest warrant, human rights, prohibition of inhuman or degrading treatment.

A subject matter of this study is concerning the prohibition of inhuman or degrading treatment of persons sentenced to imprisonment in the light of the EU criminal law. In particular, its aim is a comparative analysis of the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR. The research findings indicate that, first, the protection of human rights from the perspective of criminal proceedings with a cross-border dimension is a challenge for the EU Member States. Secondly, about the prohibition of inhuman or degrading treatment of convicted persons, it should be recognized that human rights occupy a priority place in "EU legal space in criminal matters". Third, the prohibition of inhuman or degrading treatment of the sentenced persons which is reflected in Article 4 of the CFR and Article 3 of the ECHR is linked with the progressive humanization of today's criminal law, including the fundamental role of the punishment, that should be effective rehabilitation and social reintegration of offenders.

Katarzyna Karolina Borkowska

Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie

ORCID: 0000-0002-4529-5805

katarzyna.karolina.borkowska@gmail.com

Zabójstwo eutanatyczne w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne

Uwagi wstępne

Zgodnie z definicją zawartą w *Słowniku języka polskiego*, eutanazja to „zabójstwo człowieka na jego żądanie lub pod wpływem współczucia dla niego”¹. Zjawisko to jest znane już od czasów starożytnych – pod pojęciem tym rozumiano wtedy bezbolesną, szybką śmierć. Dosłowne tłumaczenie eutanazji z greki oznacza „dobrą” (*eu*) „śmierć” (*thanatos*)². Na przestrzeni dziejów poglądy dotyczące eutanazji ulegały ewolucji – od średniowiecznego potępienia jako występku przeciwko świętemu darowi życia do dostrzegania potrzeby zapewnienia znośnej śmierci osobom paliatywnie chorym w erze nowożytności³. W ostatnich latach, wobec starzenia się społeczeństwa, rosnącej liczby zachorowań na nieuleczalne nowotwory oraz zwiększenia się liczby osób terminalnie chorych⁴, problem ten przybrał na znaczeniu. Spór o dopuszczalność tej praktyki dotyczy kolizji między prawem do życia – jako podstawowym prawem człowieka – oraz autonomią jednostki i jej prawem do samostanowienia, które obejmuje również wolność do podjęcia decyzji o swojej śmierci⁵.

¹ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1988, s. 561.

² R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2000, s. 138.

³ M. Szadkowska, *Zabójstwo eutanatyczne – tendencje liberalizacyjne w Europie na przykładzie Belgii*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2014, t. XIII, s. 221–240.

⁴ A. Potrykowska, Z. Strzelecki, J. Szymborski, J. Witkowski (red.), *Zachorowalność i umieralność na nowotwory a sytuacja demograficzna Polski*, Warszawa 2014, s. 13, 27, 161; W. Leppert, J. Luczak, P. Góralski, *Wybrane problemy opieki paliatywnej i eutanazji w opiniach lekarzy i studentów medycyny*, „*Polska Medycyna Paliatywna*” 2005, t. 4, nr 2, s. 67–76.

⁵ M. Tacikowska, *Przestępstwo eutanazji w prawodawstwie Kościoła Katolickiego*, „*Kościół i Prawo*” 2012, nr 1(14), s. 209–218.

Eutanazja stanowi nie tylko problem etyczny, jak także prawny⁶. Ustawodawca musi uwzględniać zarówno potrzeby społeczne, jak też ciągły postęp w medycynie z jednej strony oraz chronić w należyty sposób życie ludzkie i zabezpieczać wolność od nadużyć na tym polu z drugiej strony. Stąd też niektóre państwa zalegalizowały uśmiercanie osób nieuleczalnie chorych na ich żądanie, aby skrócić ich cierpienia⁷. W tym kontekście warto podkreślić, że prawo karne dotyczące się eutanazji winno odpowiadać innym regulacjom, a w szczególności galezi prawa medycznego, tworząc jednolity system. Dotyka to przede wszystkim problematyki przesłanek dokonania zabiegu eutanazji oraz zgody na nią.

Wskazać należy, że między poszczególnymi ustawodawstwami mogą istnieć dyferencje w reakcji penalnej na zabójstwo eutanatyczne. Różnice te dają się zauważyć również w przypadku polskiego i austriackiego prawa karnego. W związku z tym za przedmiot badań obrano przepisy penalizujące zabójstwo eutanatyczne w polskiej i austriackiej ustawie karnej. Cel badań stanowiło ukazanie punktów zbieżnych i odmiennych obu unormowań. Problem badawczy określono następująco – jakie są wspólne i odienne cechy polskiej i austriackiej regulacji prawnej dotyczącej zabójstwa eutanatycznego. W ślad za tak skonkretyzowanym problemem badawczym obrano następującą hipotezę badawczą – polska i austriacka regulacja prawna dotycząca zabójstwa eutanatycznego wykazuje zarówno podobieństwa, jak też 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 5 stycznia 2022 r.

Wskazać ponadto należy, że obecnie brakuje w Polsce studium dotyczące zagadnienia zabójstwa eutanatycznego w aspekcie prawnoporównawczym poświęconego szczegółowemu porównaniu przepisów prawnych dwóch państw. Literatura przedmiotu koncentruje się wokół eutanazji jako zjawiska kryminologicznego i prawnego (w tym miejscu należy wyszczególnić m.in. monografię autorstwa Jacka Malczewskiego⁸), medycznego (m.in. praca autorstwa Anny Alichniewicz⁹) oraz socjologicznego (m.in. rozważania Małgorzaty Stefaniuk¹⁰).

⁶ 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.

⁷ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 237.

⁸ J. Malczewski, *Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem*, 2012, Lex.

⁹ A. Alichniewicz, *Eutanazja i lekarska pomoc w samobójstwie*, [w:] J. Różyńska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Warszawa 2013.

¹⁰ M. Stefaniuk, *Etyczne dylematy prawa (kara śmierci, aborcja i eutanazja) w świetle badań polskiej opinii publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19, s. 309–329.

Dlatego też dostrzeżono istotną lukę badawczą, stanowiącą asumpt do podjęcia niniejszych badań naukowych.

Zabójstwo eutanatyczne w polskim prawie karnym

Zabójstwo eutanatyczne w polskim prawie karnym jest penalizowane przez art. 150 § 1 i 2 k.k.¹¹ Przepis ten ma następującą treść: Kto zabija człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (art. 150 § 1 k.k.). W wyjątkowych wypadkach sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia (art. 150 § 2 k.k.).

Przestępstwo zabójstwa eutanatycznego stanowi uprzywilejowany typ przestępstwa zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.)¹². *Ratio* uprzywilejowania stanowi zmniejszony stopień winy sprawcy przestępstwa, który swoim zachowaniem powoduje śmierć osoby cierpiącej¹³.

Podmiotem przestępstwa z art. 150 § 1 k.k. może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Jest to przestępstwo powszechne. W przypadku popełnienia występku zabójstwa eutanatycznego przez zaniechanie, podmiotem przestępstwa może być ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k.)¹⁴. W teorii podmiotem przestępstwa najczęściej miał być lekarz lub inna osoba pracująca w służbie zdrowia, niemniej jednak może być to zarówno osoba obca, jak też emocjonalnie związana ze sprawcą¹⁵.

Od strony podmiotowej opisywane przestępstwo charakteryzuje się umyślnością¹⁶. W doktrynie prawniczej sporne jest, czy sprawca musi mieć zamiar bezpośredni, czy też dopuszczalny jest zamiar ewentualny. O możliwości popełnienia opisywanego występku wyłącznie *cum dolo directo* opowiada się m.in. Andrzej Zoll¹⁷, Magdalena Budyn-Kulik¹⁸, Leon Tyszkiewicz¹⁹ i Teresa

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej jako k.k.

¹² R. Kokot, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 919–920.

¹³ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 150.

¹⁴ R. Kokot, op. cit., s. 923; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, seria: Nowa Kodyfikacja Karno. Krótkie Komentarze, z. 28, Warszawa 2000, s. 170.

¹⁵ M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex, art. 150.

¹⁶ R. Kokot, op. cit., s. 924; B. Michalski, op. cit., s. 172–173.

¹⁷ A. Zoll, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, art. 150.

¹⁸ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, art. 150.

¹⁹ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 150.

Dukiet-Nagórska²⁰. Pogląd o dopuszczalności zamiaru ewentualnego wyrażają natomiast Violetta Konarska-Wrzosek²¹, Michał Królikowski²², Maciej Szwarczyk²³, Krystyna Daszkiewicz²⁴ i Andrzej Marek²⁵. Wydaje się, że słuszne jest stanowisko przewidujące możliwość popełnienia występku zabójstwa eutanatycznego również z zamiarem ewentualnym. Jako przykład dokonania takowego można wskazać podanie ofierze przez sprawcę dawki leku, która jest zbliżona do śmiertelnej – w takiej sytuacji należy przyjąć, że sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, godzi się na to.

Jednocześnie strona podmiotowa przestępstwa zabójstwa eutanatycznego jest zmodyfikowana w szczególny sposób. Wola sprawcy takowego jest bowiem kształtowana przez dwa elementy, tj. współczucie dla ofiary oraz skierowane do niego żądanie skrócenia cierpień²⁶. Na sferę wolicjonalną sprawcy oddziałuje czynnik zewnętrzny w postaci żądania ofiary oraz jej cierpienia, pod wpływem którego w jego psychice rodzi się współczucie, co z kolei prowadzi do przestępstwa. Jest to istotny element konstrukcji przestępstwa zabójstwa eutanatycznego, a zarazem czynnik odróżniający takowe od innych uprzywilejowanych typów zabójstwa²⁷.

Samo „współczucie” nie jest eksplikowane legalnie. Zgodnie z definicją *Słownika języka polskiego*, pojęcie to oznacza „uczuciową solidarność z osobą cierpiącą; litość, ubolewanie okazywane komuś nieszczęśliwemu”²⁸. Współczucie wiąże się z empatią, czyli wczuciem się w sytuację drugiej osoby²⁹, i polega na uczuciowej solidarności z drugim człowiekiem³⁰. Jednocześnie „współczucie” nie jest równoznaczne „litości”, która to jest pozbawiona elementu współidentyfikowania się sprawcy z ofiarą³¹. W praktyce współczucie „występuje najczęściej w związku z ostrymi bólami chorego o beznadziejnym stanie zdrowia”³².

²⁰ T. Dukiet-Nagórska, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008, s. 309.

²¹ V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 150.

²² M. Królikowski, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, Warszawa 2017, s. 275

²³ M. Szwarczyk, op. cit., art. 150.

²⁴ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 245

²⁵ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 431.

²⁶ B. Michalski, op. cit., s. 172–173.

²⁷ Konkretnie – dzieciobójstwa (art. 149 k.k.) oraz zabójstwa w afekcie (art. 148 § 1 k.k.). Więcej na przedmiotowy temat: K.K. Borkowska, *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, Warszawa 2020, s. 266–267.

²⁸ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 1989, s. 767.

²⁹ A.S. Reber, *Słownik psychologii*, Warszawa 2000, s. 838.

³⁰ K. Daszkiewicz, op. cit., s. 243.

³¹ R. Kokot, op. cit., s. 924.

³² J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 95.

W zakresie strony podmiotowej warto jeszcze zaakcentować pewne okoliczności. Po pierwsze, w orzecznictwie podkreślono, że współczucie musi być wyłącznym, a nie tylko dominującym motywem zabójstwa eutanatycznego³³. Ponadto „nie można mówić o zabójstwie eutanatycznym wówczas, gdy współczucie wywołane jest cierpieniami psychicznymi człowieka takimi jak straty materialne, wieloletnie kalectwo, zawód miłosny, ani też wtedy, gdy dotyczy innej osoby lub osób, niż ofiara”³⁴. Nie jest również prawidłowe kwalifikowanie czynu z art. 150 k.k. w sytuacji, gdy sprawca swoim zachowaniem celowo doprowadza ofiarę do takiego stanu, w którym ta żąda od niego, by ją zabił³⁵. Sprawca nie może również pozostawać w błędzie co do stanu współczucia, bowiem nie mogą być przedmiotem błędu znamiona podmiotowe, charakteryzujące nastawienie i przeżycie psychiczne sprawcy³⁶.

Przedmiotem ochrony przepisu art. 150 k.k. pozostaje życie ludzkie, które stanowi obiektywną wartość dla społeczeństwa³⁷. Przedmiotem czynności wykonawczej jest natomiast człowiek, który znalazł się w szczególnym stanie psychicznym związanym ze zdrowiem, który to stan jest powodem kierowanego do sprawcy żądania, aby ten go zabił. Jednocześnie ze stanu sprawcy musi wynikać współczucie do ofiary³⁸.

Znamieniem strony przedmiotowej występkę zabójstwa eutanatycznego jest „żądanie” śmierci przez ofiarę. Takowe musi być dobrowolnym oświadczeniem woli, złożonym w sposób poważny i w wyniku własnej decyzji ofiary powziętej bez wpływu osób trzecich³⁹. Jednocześnie żądanie musi stanowić coś więcej niż tylko sugestię bądź prośbę – w judykaturze wskazuje się, że „żądanie, w przeciwieństwie do zgody, a nawet prośby, zawiera element presji na psychikę adresata żądania. Osobą aktywną musi być żądający, do niego też należeć ma inicjatywa”⁴⁰. „W świetle dyspozycji art. 150 § 1 k.k. żądanie takie jest formą wyrażenia woli, którą cechuje kategoryczność, personalność, jednostronność, a współczucie sprawcy jest wyrazem jego stosunku psychicznego do ofiary, przy czym odróżnić trzeba współczucie od litości dla człowieka cierpiącego”⁴¹. Doktryna prawnicza podkreśla natomiast, że żądanie „ma być

³³ Wyrok SA we Wrocławiu z 19 grudnia 2014 r., sygn. akt II AKa 267/14, Lex nr 1630913.

³⁴ Wyrok SA w Łodzi z 6 sierpnia 2013 r., sygn. akt II AKa 118/13, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2014, nr 1, s. 27–38.

³⁵ R. Kokot, op. cit., s. 924. Jako przykład w doktrynie podaje się również sytuację, gdy porzucona kochanka prosi porzucającego o zabicie jej z tego powodu (*vide*: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, op. cit., s. 95).

³⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z 19 grudnia 2014 r., sygn. akt II AKa 267/14, Lex nr 1630913.

³⁷ R. Kokot, op. cit., s. 921; B. Michalski, op. cit., s. 169; A. Zoll, op. cit., art. 150; V. Konarska-Wrzosek, op. cit., art. 150.

³⁸ B. Michalski, op. cit., s. 169.

³⁹ A. Zoll, op. cit., art. 150.

⁴⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z 19 grudnia 2014 r., sygn. akt II AKa 267/14, Lex nr 1630913.

⁴¹ Wyrok SA w Krakowie z 13 maja 2014 r., sygn. akt II AKa 72/14, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2014, nr 9, poz. 41.

wyrażone dobrowolnie, *ex ante*, w sposób wyraźny, stanowczy⁴². Obojętna jest forma wyrażenia żądania przez ofiarę, konieczne jest jednak stwierdzenie, że w konkretnej sytuacji wynika z niego wola spowodowania jej śmierci⁴³.

Żądanie musi zostać wyrażone przez osobę posiadającą rozeznanie co do własnych działań⁴⁴. Musi ona zdawać sobie sprawę ze swojego położenia oraz z tego, czego się w sposób stanowczy domaga⁴⁵. W doktrynie brak jest jednoznacznego określenia dolnej granicy wieku ofiary zdolnej do wyrażenia żądania pozbawienia jej życia. Andrzej Zoll, jako dolny wiek zdolności do rozpoznania znaczenia takowego żądania, posiłkując się granicą zawartą w przepisie⁴⁶ art. 32 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁴⁷, wskazuje wiek 16 lat⁴⁸. Leon Tyszkiewicz proponuje natomiast moment uzyskania pełnoletniości⁴⁹. Zbigniew Huziuk wyraża pogląd, że wyznaczanie sztywnej granicy wieku nie jest uzasadnione, należy natomiast badać *ad casum*, czy osoba małoletnia posiadała pełne rozeznanie co do znaczenia wyrażonego żądania⁵⁰. Należy również podkreślić, że ofiara nie może pozostawać ubezwłasnowolniona, upośledzona umysłowo bądź chora psychicznie, być w stanie odurzenia lub nietrzeźwości ani działać pod wpływem błędu czy presji⁵¹.

Przestępstwo z art. 150 k.k. ma charakter materialny, a jego skutkiem jest śmierć człowieka⁵².

Zabójstwo eutanatyczne jest zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do lat 5, przez co stanowi występpek.

W art. 150 § 2 k.k. ustawodawca przewidział możliwość skorzystania przez sąd przy wyrokowaniu z instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia. Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu jest to możliwe „w wyjątkowych wypadkach”. W doktrynie akcentuje się niejednoznaczność regulacji⁵³, przy jednoczesnym kwalifikowaniu jako zabójstwo

⁴² M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 150.

⁴³ M. Szwarczyk, op. cit., art. 150.

⁴⁴ A. Zoll, op. cit., art. 150; V. Konarska-Wrzosek, op. cit., art. 150.

⁴⁵ J. Giezek, *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, 2014, Lex, art. 150.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.).

⁴⁸ A. Zoll, op. cit., art. 151.

⁴⁹ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 150.

⁵⁰ Z. Huziuk, *Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1969 r.*, „Nowe Prawo” 1973, nr 11, s. 1606.

⁵¹ V. Konarska-Wrzosek, op. cit., art. 150; A. Zoll, op. cit., art. 150.

⁵² M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 150.

⁵³ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 150.

eutanatyczne z art. 150 § 2 k.k. sytuacji skrajnie niezwykłych czy nietypowych⁵⁴ przypadków, w których poziom współczucia był bardzo intensywny m.in. ze względu na głębokość więzi uczuciowych między sprawcą a ofiarą⁵⁵, czy też w których od długiego czasu ofiara niewyobrażalnie cierpiała, a jej męki nie można było złagodzić⁵⁶.

Przestępstwo określone w art. 150 § 1 k.k. jest ścigane z urzędu.

W ostatnich pięciu latach kalendarzowych⁵⁷ prowadzono łącznie pięć postępowań w sprawie o czyn z art. 150 k.k., przy czym nie stwierdzono ani jednego przestępstwa. Okoliczność ta uprawnia do stwierdzenia, że przepis art. 150 k.k. ma marginalne znaczenie w praktyce prawniczej. Szczegółowe dane statystyczne przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1

**Liczba postępowań wszczętych i liczba przestępstw stwierdzonych
o czyn z art. 150 k.k. w latach 2016–2020 na terenie Polski**

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
2020	1	0
2019	0	0
2018	2	0
2017	0	0
2016	1	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie Statystyka Policji, *Eutanazja (art. 150 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63419,Eutanazja-art-150.html> (data dostępu: 5.01.2022).

Zabójstwo eutanatyczne w austriackim prawie karnym

Przestępstwo zabójstwa eutanatycznego jest w Austrii penalizowane przez § 77 ustawy karnej (dalej jako StGB)⁵⁸, który stanowi, że kto zabija innego człowieka na jego poważne i wyraźne żądanie, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Przepis ten zawarty jest w pierwszym rozdziale części szczególnej ustawy karnej, który poświęcony jest przestępstwom prze-

⁵⁴ P. Góralski, *Uwagi dotyczące zasad odpowiedzialności za zabójstwo eutanatyczne w ujęciu kodeksu karnego z 1997 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. 9, s. 11–31.

⁵⁵ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 150.

⁵⁶ V. Konarska-Wrzošek, op. cit., art. 150.

⁵⁷ Dane z 2021 r. nie zostały do chwili tworzenia niniejszego artykułu udostępnione (stan na: 5 stycznia 2022 r.). Wobec powyższego do analizy statystycznej przyjęto dane z lat 2016–2020.

⁵⁸ 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.

ciwko życiu i zdrowiu (*Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben*). Zabójstwo eutanatyczne stanowi uprzywilejowany typ morderstwa⁵⁹ (§ 75 StGB)⁶⁰. Warto w tym miejscu wskazać, że zabójstwo eutanatyczne uważane jest w doktrynie za jedną z czynnych form pomocy do spowodowania śmierci (*Sterbehilfe*) – obok podżegania (pomocy) do samobójstwa (§ 78 StGB)⁶¹. Przypadki eutanazji biernej, polegające na nieudzieleniu pomocy osobie umierającej, w przypadku gdy pacjent nie wyraża zgody na kontynuowanie leczenia przedłużającego życie, pozostają – w świetle znamion przepisu § 110 StGB (przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta) – bezkarne⁶².

Przestępstwo stypizowane w przepisie § 77 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 czynności⁶³. W takiej sytuacji przestępstwo to jest indywidualne.

W zakresie strony podmiotowej należy przyjąć, że przestępstwo zabójstwa eutanatycznego może zostać popełnione jedynie umyślnie, przy czym sprawca może mieć zarówno zamiar bezpośredni, jak też ewentualny. Warto zwrócić uwagę na okoliczność, że w austriackiej doktrynie trwa debata w zakresie przyczynowości i zamiaru sprawcy w kontekście eutanazji czynnej (gdzie sprawca swoim zachowaniem powoduje śmierć ofiary) i biernej (gdzie sprawca pozwala ofierze umrzeć)⁶⁴.

Przedmiotem ochrony przepisu § 77 StGB jest życie ludzkie⁶⁵. Zrzeczenie się przez ofiarę prawa do życia zmniejsza bezprawność czynu, niemniej jednak nie może jej całkowicie znieść, bowiem życie ludzkie stanowi wartość samą w sobie⁶⁶.

⁵⁹ W austriackim prawie karnym podstawowym typem przestępstwa penalizującym zabicie człowieka jest morderstwo (*Mord*) – szerzej na ten temat: K.K. Borkowska, op. cit., s. 292–293.

⁶⁰ E. Kimeswenger, *Der Wunsch nach Legalisierung der aktiven Sterbehilfe. Die Entwicklung des öffentlichen Diskurses seit 1945 und die Rolle der Ärzteschaft*, praca dyplomowa, Medizinischen Universität Graz, Graz 2012, s. 92.

⁶¹ M.K. Moser, *Verrechtlichung der Sterbehilfe? Evangelische Perspektiven zur Lage in Österreich und der Schweiz*, praca dyplomowa, Universität Wien, Wiedeń 2014, s. 10–11.

⁶² Ibidem.

⁶³ O. Maleczky, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wiedeń 2015, s. 65.

⁶⁴ Więcej na ten temat: M.K. Moser, *Sterbehilfe*, „Argumentarium” 2015, nr 1, s. 1–8. Autorka wskazuje, że w przypadku eutanazji czynnej intencją sprawcy jest pozbawienie człowieka życia, a ofiara umiera wskutek podjętego przez sprawcę zachowania, np. w wyniku podania śmiertelnej dawki leku, która spowodowałaby śmierć innej, zdrowej osoby. W przypadku eutanazji biernej działanie sprawcy ma na celu oszczędzenie ofierze cierpienia, a ofiara umiera zarówno wskutek procesów chorobowych, jak też zachowania sprawcy, np. odłączenia od maszyny podtrzymującej życie. Decydującą przyczyną śmierci w takiej sytuacji jest jednak proces chorobowy.

⁶⁵ E. Kimeswenger, op. cit., s. 92.

⁶⁶ A. Birklbauer, M. Hilf, A. Tipold, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń 2017, § 77, nb 1.

Znamieniem strony przedmiotowej czynu penalizowanego przez przepis § 77 StGB jest poważne i wyraźne żądanie (*das ernstliche und eindringliche Verlangen*). Żądanie spełnia wymóg poważnego, jeżeli odpowiada prawdziwej i wolnej od wpływu zewnętrznego woli ofiary. W przypadku gdy ofiara doznaje upośledzenia zdolności postrzegania bądź zaburzenia zmysłów, jej żądanie nie może być uznane za poważne. Żądanie wyraźne to natomiast takie, które cechuje się intensywnością i istnieje w chwili czynu. Ofiara musi dobrowolnie chcieć zostać zabita, aktywnie potwierdzając wolę swojej śmierci⁶⁷. Żądanie w rozumieniu § 77 StGB nie istnieje, jeżeli sprawca wie, że poglądy drugiej osoby, na których opiera się jej chęć bycia zabitym, są błędne⁶⁸. Żądanie ofiary musi być ponadto czynnikiem inicjującym zachowanie sprawcy⁶⁹ i stanowić coś więcej niż samo wyrażenie zgody na pozbawienie życia⁷⁰.

Warto także zaakcentować, że w przypadku czynu z § 77 StGB to sprawca musi zadać ofierze śmierć wobec wystosowanego przez nią żądania. Jest to element różnicujący przedmiotowy występki od podżegania (pomocy) w samobójstwie, gdzie to ofiara zadaje śmierć sobie samej⁷¹.

Przestępstwo stypizowane w przepisie § 77 StGB jest przestępstwem materialnym (*Erfolgsdelikt*).

Czyn z przepisu § 77 StGB zagrożony jest karą pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do 5 lat i stanowi występki. Ustawodawca nie przewidział dalszych modyfikacji sankcji karnej⁷².

W przedmiocie stwierdzonych przestępstw z § 77 StGB należy wskazać, że ich liczba jest niska. W latach 2015–2019⁷³ łącznie odnotowano cztery za-

⁶⁷ K. Okhowat, *Rechtliche Grundlagen und ethische Aspekte der Suizidbeihilfe in Österreich – Rechtshistorische Entwicklung und Bestandsaufnahme im Vergleich mit Deutschland*, praca dyplomowa, Uniwersytet Johanna Keplera w Linzu, Linz 2020, s. 16.

⁶⁸ R.J. Nimmervoll, *Komentarz do § 77 StGB*, [w:] M. Flora, S. Huber, R.J. Nimmervoll, A. Tipold i in., *StGB inklusive Update 2018: Kommentar*, Graz–Innsbruck–Linz–Wien 2019, § 77, nb. 2 i nast.; orzeczenie OGH z 2 lutego 1937 r., sygn. akt 4 Os 1057/36; „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten”, t. 17, poz. 13.

⁶⁹ K. Okhowat, op. cit., s. 17.

⁷⁰ Orzeczenie OGH z 19 lutego 2008 r., sygn. akt 14 Os 2/08p, RIS-Justiz RS0123141.

⁷¹ Orzeczenie OGH z 4 września 1935 r., sygn. akt 4 Os 418/25; „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten”, t. 15, poz. 59; orzeczenie OGH z 23 września 1938 r., sygn. akt 5 Os 315/38; „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten”, t. 18, poz. 60; orzeczenie OGH z 31 marca 1950 r., sygn. akt 1 Os 651/49; „Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten”, t. 21, poz. 42; orzeczenie OGH z 21 marca 1972 r., sygn. akt 12 Os 239/71; „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1972, nr 328, s. 610.

⁷² Z uwagi na jednakowe zagrożenie karą za przestępstwo zabójstwa eutanatycznego (§ 77 StGB) i dzieciobójstwa (§ 79 StGB) w austriackiej ustawie karnej, instytucje części ogólnej prawa karnego, z których może skorzystać sąd wymierzając karę, są tożsame. Więcej na temat problematyki wymiaru kary i środków karnych za przestępstwo dzieciobójstwa: K.K. Borkowska, op. cit., s. 318–322.

⁷³ Dane z 2020 r. nie zostały do chwili tworzenia niniejszego artykułu udostępnione (stan na: 5 stycznia 2022 r.). Wobec powyższego do analizy statystycznej obrano dane z lat 2015–2019.

bójstwa eutanatyczne na terenie Austrii. Szczegółowe dane statystyczne przedstawiono w tabeli 2.

Tabela 2

**Liczba postępowań o czyn z § 77 StGB w latach 2015–2019
na terenie Austrii**

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych
2019	0
2018	2
2017	1
2016	1
2015	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, *Sicherheitsbericht 2019. Kriminalität Vorbeugung und Bekämpfung. Anhang*, s. 131, https://bmi.gv.at/508/files/SIB_2019/2_SIB_2019_Anhang_V20200817_praes.pdf (data dostępu: 5.01.2022).

Wnioski

Porównanie zawartości normatywnej przepisu art. 150 § 1 i 2 k.k. i przepisu § 77 StGB pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków.

Zarówno w Polsce, jak też w Austrii, zabójstwo eutanatyczne stanowi uprzywilejowany typ przestępstwa zabicia człowieka. Przepis art. 150 k.k. zawiera dwie jednostki redakcyjne – w § 1 zawarte są ustawowe znamiona czynu zabronionego, natomiast § 2 przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia „w wyjątkowych wypadkach”. Austriacki ustawodawca w przepisie szczególnym penalizującym zabójstwo eutanatyczne możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary ani odstąpienia od jej wymierzenia nie przewidział⁷⁴.

Brak jest różnic w zakresie podmiotu przestępstwa. W regulacjach obu państw zabójstwo eutanatyczne 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, tzn. mieć obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

Odrębności dają się natomiast odnotować w znamionach strony podmiotowej przestępstwa. W Polsce od strony podmiotowej zabójstwo eutanatyczne charakteryzuje się umyślnością, przy czym w doktrynie prawniczej sporne jest, czy sprawca musi mieć zamiar bezpośredni, czy też dopuszczalny jest zamiar ewentualny. Strona podmiotowa przestępstwa zabójstwa eutanatycz-

⁷⁴ Instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary w prawie austriackim jest natomiast przewidziana w części ogólnej ustawy karnej – w przepisie § 41 oraz § 41a StGB.

nego jest zmodyfikowana w szczególny sposób – na wolę sprawcy oddziałuje czynnik zewnętrzny w postaci żądania ofiary oraz jej cierpienia, pod wpływem którego w jego psychice rodzi się współczucie, co z kolei prowadzi do przestępstwa. Współczucie definiowane jest jako wczucie się w sytuację drugiej osoby. Musi ono stanowić wyłączny, jedyny motyw pozbawienia życia, a sprawca nie może pozostawać w błędzie co do stanu współczucia. W porządku austriackim przestępstwo zabójstwa eutanatycznego może zostać popełnione jedynie umyślnie, przy czym sprawca może mieć zarówno zamiar bezpośredni, jak też ewentualny. Jednocześnie silnie akcentowane jest rozróżnienie między tzw. eutanazją czynną i bierną w kontekście zamiaru sprawcy. W zakresie strony podmiotowej należy podkreślić wyraźnie dostrzegalną różnicę między dwoma unormowaniami – w Polsce strona podmiotowa czynu jest zmodyfikowana o element współczucia, w Austrii natomiast brak jest takowego. Polski ustawodawca pochod czynu widzi dwustopniowo: cierpienie ofiary przekłada się na współczucie sprawcy, co stanowi powód zabójstwa. W Austrii brak jest modyfikacji strony podmiotowej poprzez element „współczucia” w sferze psychiki sprawcy – motyw czynu określony jest jedynie przez znamię strony przedmiotowej w postaci żądania ofiary.

Przedmiotem zamachu (ochrony) w ustawie polskiej i austriackiej jest życie ludzkie. Stanowi ono wartość samą w sobie, w związku z czym legislator penalizuje zabójstwo eutanatyczne, uważając że człowiek nie może wyrazić zgody na pozbawienie się życia przez inną osobę. W zakresie przedmiotu ochrony (zamachu) nie odnotowano różnic w obu regulacjach.

Do znamion strony przedmiotowej występkę zabójstwa eutanatycznego w prawie polskim należy „żądanie” śmierci wystosowane przez ofiarę, to jest jej kateryczne i stanowcze, dobrowolne oświadczenie woli, złożone na poważnie, w wyniku samodzielnej decyzji powziętej bez wpływu osób trzecich, w sposób wyraźny i *ex ante*. Obojętna jest forma wyrażenia żądania przez ofiarę, jeżeli nie budzi to wątpliwości woli spowodowania śmierci. Żądanie musi zostać wyrażone przez osobę posiadającą rozeznanie co do własnych działań, co oznacza, że żądającym w rozumieniu przepisu art. 150 k.k. nie może być osoba ubezwłasnowolniona, upośledzona umysłowo bądź chora psychicznie, w stanie odurzenia lub nietrzeźwości ani zbyt młoda wiekiem. W prawie austriackim znamieniem strony przedmiotowej czynu z przepisu § 77 StGB jest poważne i wyraźne żądanie ofiary. Żądanie ofiary musi więc cechować się intensywnością, istnieć w chwili czynu i być wyrazem wolnej od wpływu zewnętrznego woli ofiary. Żądanie ofiary musi ponadto stanowić asumpt do zachowania sprawcy. Podobnie jak w Polsce, ofiara musi mieć pełne rozeznanie co do podejmowanych przez siebie decyzji. Uznać więc należy, że strona przedmiotowa analizowanych przestępstw jest zbieżna – żądanie musi być jednostronnym aktem świadomej ofiary i cechować się stanowczością oraz powagą.

W obu przypadkach zabójstwo eutanatyczne ma charakter materialny – skutkiem jest śmierć człowieka.

W zakresie ustawowej sankcji karnej należy wskazać, że 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. Polska ustawa dodatkowo przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia „w wyjątkowych wypadkach”. W obu państwach zabójstwo eutanatyczne stanowi występki.

Z zestawienia danych statystycznych wynika natomiast, że zarówno w Polsce, jak też w Austrii, liczba postępowań przygotowawczych prowadzonych w kierunku zabójstwa eutanatycznego jest marginalna, co jednocześnie nasuwa słuszne pytania o aktualność regulacji wobec potrzeb współczesności, szczególnie w kontekście coraz silniej dochodzącego do głosu problemu eutanazji.

Na podstawie całości przeprowadzonych rozważań, obraną w początkowej części niniejszej pracy hipotezę badawczą o treści „polska i austriacka regulacja prawna dotycząca przestępstwa zabójstwa eutanatycznego wykazuje zarówno podobieństwa, jak też różnice w swojej zawartości normatywnej”, należy zweryfikować w sposób pozytywny. Podobieństwa odnotowano w zakresie podmiotu, strony przedmiotowej, przedmiotu i skutku przestępstwa, natomiast różnice – w przypadku strony podmiotowej czynu. Nieznaczące dystynkcje są zauważalne w przypadku ustawowej sankcji karnej.

Wykaz literatury

- Alichniewicz A., *Eutanazja i lekarska pomoc w samobójstwie*, [w:] J. Różyńska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1987.
- Birklbauer A., Hilf M., Tipold A., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Facultas, Wiedeń 2017.
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex.
- Borkowska K.K., *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Budyn-Kulik M., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX kodeksu karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000.
- Dukiet-Nagórska T. (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Dukiet-Nagórska T., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Flora M., Huber S., Nimmervoll R.J., Tipold A. i inni, *StGB inklusive Update 2018: Kommentar*, Linde Verlag, Graz–Innsbruck–Linz–Wien 2019.

- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, 2014, Lex.
- Giezek J., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, 2014, Lex.
- Góralski P., *Uwagi dotyczące zasad odpowiedzialności za zabójstwo eutanatyczne w ujęciu kodeksu karnego z 1997 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. 9.
- Huziuk Z., *Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1969 r.*, „Nowe Prawo” 1973, nr 11.
- Kimeswenger E., *Der Wunsch nach Legalisierung der aktiven Sterbehilfe. Die Entwicklung des öffentlichen Diskurses seit 1945 und die Rolle der Ärzteschaft*, praca dyplomowa, Medizinischen Universität Graz, Graz 2012.
- Kokot R., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Królikowski M., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, wyd. C. H. Beck, Warszawa 2017.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Leppert W., Łuczak J., Góralski P., *Wybrane problemy opieki paliatywnej i eutanazji w opiniach lekarzy i studentów medycyny*, „Polska Medycyna Paliatywna” 2005, t. 4, nr 2.
- Malczewski J., *Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem*, 2012, Lex.
- Maleczky O., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Lexis Nexis, Wiedeń 2015.
- Marek A., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Michalska-Suchanek M., *Fenomen samobójstwa. Długa historia krótko opisana*, Instytut Mikołowski, Mikołów 2011.
- Michalski B., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, seria: Nowa Kodyfikacja Karno. Krótkie Komentarze, z. 28, 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.
- Moser M.K., *Sterbehilfe*, „Argumentarium” 2015, nr 1.
- Moser M.K., *Verrechtlichung der Sterbehilfe? Evangelische Perspektiven zur Lage in Österreich und der Schweiz*, praca dyplomowa, Universität Wien, Wiedeń 2014.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Nimmervoll R.J., *Komentarz do § 77 StGB*, [w:] M. Flora, S. Huber, R.J. Nimmervoll, A. Tipold i in., *StGB inklusive Update 2018: Kommentar*, Linde Verlag, Graz–Innsbruck–Linz–Wien 2019.
- Okhowat K., *Rechtliche Grundlagen und ethische Aspekte der Suizidbeihilfe in Österreich – Rechtshistorische Entwicklung und Bestandsaufnahme im Vergleich mit Deutschland*, praca dyplomowa, Universität Johannes Kepler in Linz, Linz 2020.
- Potrykowska A., Strzelecki Z., Szymborski J., Witkowski J. (red.), *Zachorowalność i umieralność na nowotwory a sytuacja demograficzna Polski*, Rządowa Rada Ludnościowa, Warszawa 2014.
- Reber A.S., *Słownik psychologii*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2000.

- Różyńska J., Chańska W. (red.), *Bioetyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Statystyka Policji, *Eutanazja (art. 150 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno/63419,Eutanazja-art-150.html>.
- Stefaniuk M., *Etyczne dylematy prawa (kara śmierci, aborcja i eutanazja) w świetle badań polskiej opinii publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19.
- Stefański R. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Szadkowska M., *Zabójstwo eutanatyczne – tendencje liberalizacyjne w Europie na przykładzie Belgii*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XIII.
- Szwarczyk M., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, PWN, Warszawa 1988.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, PWN, Warszawa 1989.
- Tacikowska M., *Przestępstwo eutanazji w prawodawstwie Kościoła Katolickiego*, „Kościół i Prawo” 2012, nr 1(14).
- Tokarczyk R., *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Tyszkiewicz L., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Wróbel W. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Zannoni D., *Right or duty to living? Euthanasia and assisted suicide from the perspective of the European Convention on Human Rights*, „European Journal of Legal Studies” 2020, t. 12, nr 2.
- Zoll A., *Komentarz do art. 150 k.k.*, [w:] W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Summary

Authentic homicide in Polish and Austrian criminal law – a comparative study

Keywords: comparative criminal law, euthanic homicide, homicide, Polish criminal law, Austrian criminal law.

Growing life expectancy, rising cancer incidence rates and huge progress in medical science lead to the increasing number of terminally ill patients. This makes an important contribution to the debate about euthanasia and the criminal law response to it. The legislator faces the necessity to create a regulation which, on the one hand, will protect human life as the highest good protected by the law, and on the other will enable the suffering to hasten their death in a peaceful and dignified manner. The form of the regulation of assisted suicide by the criminal law system can vary. The subject of this paper is a comparative consideration of ethnic homicide 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 focus on 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 ethnic homicide in Polish and Austrian law show common and different features and that the number of criminal proceedings concerning ethnic homicide in both countries is marginal, which may raise questions relating to their adaptation to the present day. The analysis is based on views of legal dogmatics and judicial practice. The paper was written based on Polish and foreign source materials.

Bogusława Dobkowska

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

ORCID: 0000-0001-5840-2908

boguslawa.dobkowska@uwm.edu.pl

Conciliatory methods of settling cases in administrative proceedings

One of the general principles provided for in the Act of 14 June 1960, Code of Administrative Procedure¹, is the principle of amicable settlement of cases. There is no doubt that the fact that this provision is contained in Chapter II, amidst the rules treated by the legislator as particularly important for shaping the model of administrative proceedings, is not accidental. Indeed, it is beyond dispute that general principles are of particular importance to both interpretation and application of law. Amicable settlement may also be of potential importance to implementation of the general principle of speed and simplicity. This principle is implemented through the institution of administrative settlement and mediation. The purpose of this article is to present these conciliatory case settling methods in administrative proceedings and to assess whether, given the unique characteristics of the administrative-law relationship, they “work” in public administration cases.

Amicable case settlement principle

Pursuant to the Article 13 of the CAP, in cases whose nature allows it, public administration bodies strive for amicable settlement of disputes and determination of rights and obligations that are the subject matter of proceedings in cases falling within their legal competence, in particular by taking actions that 1) induce the parties to conclude an amicable settlement, in cases involving parties with conflicting interests, and 2) are necessary to conduct mediation. Public administration bodies take all reasonable steps at a given stage of proceedings to enable mediation or settlement and, in particular,

¹ Journal of Laws of 2021, item 735, as amended; hereinafter referred to as CAP.

provide explanations concerning the possibility and benefits of amicable case settlement. In the quoted wording, amicable settlement is elevated to the status of a general principle; however, one must keep in mind that it is a public subjective right of a party, and thus the exercise of this right is at that party's discretion. Consequently, no reproach can be made to a party that is unwilling to take advantage this form of completion of proceedings².

The primary aims of the current regulation of the amicable case settlement principle are to increase the possibility of amicable or conciliatory settlement of administrative cases and to adapt the national regulation of administrative proceedings so that it would comply with European standards in this respect. This direction of change in the administrative procedure is in line with the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe expressed in its Recommendation R(2001) 9 of 5 September 2001 on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties³. The regulation of alternative dispute resolution (ADR) in law and administrative proceedings should guarantee that a party is informed about the possibility of using this method. It follows from the explanatory memorandum for the amending bill that the principle set out in Article 13 of the CAP will be implemented in two ways. Firstly, as a method of operation of the authority: through the institution of mediation between the party to the proceedings and the public administration authority or mediation between the parties to the proceedings themselves, and secondly, as a method of working out and settling administrative cases: by concluding and approving a settlement or by issuing an administrative decision. Thus, the essence of the updated principle comes down no longer only to reaching a settlement as a form of substantive termination of a case, but to striving to resolve all disputes arising in the course of proceedings amicably.

The indicated principle is implemented in practice by two institutions: administrative settlement and mediation. Notably, administrative settlement has been in place for a long time in the CAP, since the 1980 amendment of the CAP, while mediation was introduced as a result of the amendment of 2017.

² W. Dawidowicz, *Ugoda* [Settlement], [in:] W. Dawidowicz (ed.), *Kodeks postępowania administracyjnego po nowelizacji* [Code of administrative procedure after the amendment], Warszawa 1980, pp. 20–21.

³ Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. The text of the Recommendation is available on the website of the Committee of Ministers of the Council of Europe at: <http://www.coe.int> (accessed: 10.10.2018).

Administrative settlement

It is assumed in the literature that settlement of a case in the form of a settlement is an alternative decision-making method of settling a case. However, there is no doubt that in practice an administrative settlement is not as common as a form of operation of administration as an administrative decision. However, it is indicated that the introduction of this form of operation of administration to the CAP was intended to manifest the strengthening of the position of the parties to administrative proceedings in terms of their procedural rights in relation to the authorities. The intention of the legislator was to introduce a mechanism that would create the possibility to influence the content of the administrative-law relationship and the possibility for the parties to proceedings to have the procedural relationship at their disposal. In other words, the changes were supposed to indicate attempts to reduce the authoritative nature of the operations of the state administration in their relations with individuals and to reduce the bureaucratization of state administration. The introduction of this institution was also justified by the need to make the parties to proceedings more active. As W. Dawidowicz assessed, the analysis of these legislative actions and their effects allows the assumption that it was not even an attempt, but an intentional deceptive action⁴.

The doctrine assumes that an administrative settlement should be understood as an agreement between the parties to administrative proceedings, concluded before the authority conducting the proceedings and approved by that authority, taking the place of an administrative decision. Its essence is mutual concessions by the parties in respect of their rights and obligations⁵.

The necessary condition for a settlement is participation of more than one party in the proceedings. It should be stressed, however, that the entity entitled to conclude a settlement is a party within the meaning of Article 28 of the CAP, while entities having the rights of parties but not having their own legal interest in the case do not have this possibility due to the substantive-law nature of this action⁶.

The necessary condition for concluding a settlement is “a conflicting nature of the parties’ interests” indicated expressly in Article 13 of the CAP. The legislator clearly indicated that amicable forms can be used when the nature of the case allows it. Consequently, each party in the case must only pursue

⁴ W. Dawidowicz, op. cit., p. 137.

⁵ H. Knysiak-Molczyk, *Uгода administracyjna* [Administrative settlement], [in:] T. Woś (ed.), *Postępowanie administracyjne* [Administrative procedure], Warszawa 2017, p. 360.

⁶ Judgment of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 10 September 2008, VII SA/Wa 849/08, Legalis.

a right or seek determination of its duty, but the facts are such that their interests are in conflict on some points⁷.

The legislature has adopted the written form of a settlement. Article 117(1), sentence 2, of the CAP indicates the following minimum content of a settlement:

- 1) identification of the authority before which it was concluded;
- 2) the date of drafting;
- 3) designation of the parties;
- 4) the subject matter and content of the settlement;
- 5) a mention that it has been read and adopted; and
- 6) signatures of the parties and a signature of the employee of the public administration body authorized to draw up the settlement.

According to H. Knysiak-Molczyk, one can distinguish material and formal elements of a settlement. According to the author, the former include the subject matter and content of a settlement. The content of a settlement consists of a consensual declaration of will and knowledge by the parties with regard to determination of the shape of their rights and obligations towards each other and towards the public-law corporation represented by the authority before which the settlement is concluded. The subject matter of a settlement, on the other hand, is the administrative case in which jurisdictional administrative proceedings have been initiated. Thus, the content of a settlement must be within the framework of the subject matter of the relevant administrative case⁸. The formal elements of a settlement, on the other hand, are those listed above; however, as in the case of a decision, its constitutive elements include designation of the authority, designation of the parties, the content, and the signatures of the parties and an authorized employee.

The substantive and technical activity of drawing up a settlement is the responsibility of an authorized employee of the authority conducting the proceedings. However, this person is not entitled to shape the content of the settlement and impose it on the parties. In addition, the employee's role at this stage is to keep the parties informed of any relevant legal or factual issues that may be of importance to the settlement drafted. He or she should also instruct the parties that a settlement reached in breach of law, by circumventing law or infringing on the rights of the parties to the proceedings or third parties will not be approved by the authority and will be legally ineffective. On the other hand, assessment of the settlement's legality is carried out only at the stage of its approval by the public administration body. The act of recording of this fact in the case file must be distinguished from the act of drawing up of the settlement. The former is done in the form of minutes signed by the person authorized to draw up the settlement and the other participants

⁷ J. Borkowski, [in:] J. Borkowski, *Komentarz* [A commentary], Warszawa 1989, p. 76.

⁸ H. Knysiak-Molczyk, *op. cit.*, p. 365.

in this activity. The formal requirements for the minutes are set forth in Article 68 of the Code of Administrative Procedure, which provides that they shall be drawn up in such a way as to make it clear who, when, where, and what activities were performed, who was present thereat and in what capacity, what was established as a result of such activities, and what comments were made by the persons present⁹.

In order to be valid, a settlement requires approval of the authority before which it was concluded. A settlement is approved or its approval is declined by way of a decision against which a complaint may be lodged. A relevant decision should be issued within seven days of the settlement. However, pursuant to Article 119(2) of the CAP, if a settlement is concluded in the course of appeal proceedings, the as of the date on which the decision approving the settlement becomes final, the decision of the body of first instance loses its force. One should also keep in mind that if a settlement is concluded in violation of law, without taking into account the position of another body obtained pursuant to Article 106 of the CAP, or in violation of the interests of the public or the legitimate interests of the parties, the public administration authority refuses to approve it.

At the time of its approval by a public administration body, a settlement replaces an administrative act and has the same legal effect. As explained in case law, a decision to approve a settlement is procedural in nature as it initiates substantive-law effects for the settlement approved by it. It is also control in nature because the settlement, as an act that substantively ends a case, becomes a legal transaction¹⁰. As a result, approval of a settlement is a necessary condition for the settlement to take effect. This also causes the decision to approve a settlement to have a special nature, because it resolves a case as to its essence and, at the same time, ends the proceedings pertaining to the case. Moreover, it has the same legal effect as a decision issued in the course of proceedings. On the other hand, in the event of failure to reach or lack of approval of a settlement, the authority should issue a decision or ruling in the case.

In practice, the institution of administrative settlement has been most frequently used for termination of the fee for perpetual usufruct under the Act of 21 August 1997 on real estate management¹¹. Pursuant to Art. 78 of that Act, in the event of an update of the annual fee for perpetual usufruct of real property, the perpetual usufructuary may file an application with the local

⁹ A. Brzuzy, *Zasada ugodowego załatwiania spraw* [The principle of conciliatory case settling], [in:] J. Niczyporuk (ed.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie k.p.a.* [Codification of the administrative procedure for the 50th anniversary of the CAP], Lublin 2010, p. 54.

¹⁰ Judgment of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 21 November 2006, VII SA/Wa 1289/06, Lex no. 303245.

¹¹ Journal of Laws of 2021, item 1899, as amended.

government appeals board competent for the location of the real property to establish that the update of the annual fee is unjustified or justified in another amount. In considering such an application, at a hearing, it is the statutory duty of the board to seek to resolve the issue amicably by way of a settlement. On the other hand, if persuading the parties to conclude a settlement is unsuccessful, the board issues a decision to dismiss the application or to set a new amount of the fee. Due to the entry into force of the Act of 20 July 2018 on transformation of the right of perpetual usufruct of land developed for residential purposes into the right of ownership of land¹², obviously fewer such hearings take place and settlements are concluded only sporadically.

The essence of mediation and the role of the mediator

Mediation is one of the so-called alternative dispute resolution methods. The most representative among them are mediation, but also conciliation and arbitration, as well as other hybrid forms (e.g. mediation – arbitration)¹³.

When looking for a definition of this institution, one should keep in mind that, according to the Polish language dictionary, mediation is defined as interceding in a dispute to help the parties reaching an agreement¹⁴. On this basis, mediation is defined as a procedure in which a neutral third party assists and encourages the parties to resolve their dispute. Therefore, mediation is aimed to assist the parties involved in a dispute to reach a mutually acceptable and voluntary settlement. This is because only the parties decide on a settlement and the mediator's role is to help them determine the nature of the dispute and the proper ways to resolve it. According to M. Bialecki the activities undertaken by a mediator should enable the parties to gain the necessary knowledge in order to make arrangements leading to a quick end of administrative proceedings¹⁵.

W. Federczyk, on the other hand, notes that, due to the variety of solutions in the field of mediation, it is not expedient to develop its definition, and he considers it more reasonable to indicate its specific features. Therefore, he notes that mediation is a means of resolving a conflict by bringing about a joint resolution of the dispute with the assistance of an intermediary. The root of the term – *medio* – from Latin, means to stay in the middle. This aptly defines the role of a mediator. Unlike a court, a mediator does not have the

¹² Journal of Laws of 2020, item 2040, as amended.

¹³ E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce* [Mediation in civil cases in the American legal system – application in Europe and Poland], Warszawa 2011.

¹⁴ W. Doroszewski (ed.), *Słownik języka polskiego* [Dictionary of the Polish language], vol. 1, Warszawa 2018, p. 133.

¹⁵ M. Bialecki, *Postępowanie mediacyjne* [Mediation proceedings], Warszawa 2012, p. 178.

power to make authoritative decisions and does not have a superior position over the participants in a dispute. His or her purpose is to facilitate communication between the parties to a dispute, so that they can work out a satisfactory compromise. This procedure is aimed at an exchange of views, with the mediator assisting the parties in an attempt to ease tensions and ensure that the conflict does not escalate. The parties themselves must decide whether there is a way to resolve their conflict amicably. The mediator may present the points of view of the parties, clarify any doubts that arise, and, if he or she has legal knowledge, also those related to the provisions of law that apply in the case. It is not without significance that mediation cannot be reduced only to negotiations between the conflicting parties, since the latter are in dispute and are usually not able to communicate in a meaningful way on their own. It is only through the mediator's efforts that a mutually acceptable solution to the problem can be found. One of the characteristic features of mediation is that it is a deformalized process and that confidentiality of all agreements and statements made by the parties is also binding on the mediator¹⁶.

Mediation in the CAP

The mediation introduced into the CAP was based on the principle of voluntariness, which results from the essence of this institution. It assumes that the persons participating in it are not forced to do so, and that it is at their discretion to decide both to participate in the mediation itself and to work out and adopt a specific solution¹⁷.

The purpose of mediation is indicated in the explanatory memorandum to the amending bill, which states that mediation is intended to contribute to a more partnership-based approach of the administration to citizens and to ensure public participation in administrative power¹⁸. The literature draws attention to the fact that the goal of mediation provided for in the CAP is worded in a manner similar to the formula used in administrative court proceedings (Article 115 (1) of the Law on Proceedings before Administrative Courts). Thus, in the course of mediation, both the factual and legal circumstances of a case are to be analyzed, and these activities are to make it possible to adopt a case settlement method that fits within the limits set by law. In particular, mediation may lead to a settlement between the parties or to the issue of a decision.

¹⁶ W. Federczyk, *Mediacja w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym* [Mediation in administrative and administrative-court proceedings], Warszawa 2013, p. 32

¹⁷ A. Mól, *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod rozstrzygania sporów* [The concept and significance of alternative dispute resolution methods], "Przegląd Prawa Handlowego" 2001, No. 12, p. 31.

¹⁸ Explanatory Memorandum, Sejm of the 8th Term, print no. 1183, pp. 5 and 36.

The subjective scope of mediation is defined in Article 96a(4) of the CAP, which provides that participants in mediation can be 1) the authority conducting the proceedings or a party or parties to those proceedings, or 2) the parties to the proceedings. As indicated in the literature, the wording of Article 96(a) (4) of the CAP leads to the conclusion that mediation may be carried out in various configurations of subjects: 1) with the participation of the authority and all parties, 2) with the participation of the authority and some parties, or 3) between all or some parties – without participation of the authority. A body giving an opinion or consent, or expressing its views in another form may also participate in mediation if that body has not yet expressed its views and the subject matter of the dispute relates to matters relevant for those views¹⁹. In the absence of developed practice in this respect, at this stage, such an indication of participants in mediation is considered to be rather imprecise. Nonetheless, it is rightly noted that when outlining both options, the legislator had in mind, in the former case, situations in which the purpose of mediation is to make arrangements as to how a case should be settled in the form of an administrative decision, and in the second case, the prospect of concluding a settlement²⁰. There is also no doubt that a new category of subjects of administrative proceedings, i.e. mediation participants, has been introduced into the classification of subjects of proceedings²¹.

Considering the subjective scope of mediation, attention is rightly drawn to the dual role of the public administration body as its participant. On the one hand, the administrative body can act as a participant of mediation, while being the “host” of administrative proceedings. It is therefore possible to agree that the similarity between and the competing nature of the mediator’s duties and the duties of the authority as a participant in the mediation makes administrative mediation unique (compared with its judicial models) and determines its shape. Indeed, while the role of the mediator comes down to fostering dialogue between the participants in the mediation, participation of the authority is by definition a guarantee for protection of the rule of law. The public administration body thus shares responsibility for the proper course of the mediation proceedings and the fact that it has entered mediation does not limit its procedural obligations. A further consequence of this is the limited scope of implementation of the basic principles of mediation in relation to the authority as a participant in mediation proceedings²².

¹⁹ P. Przybysz, *Komentarz do art. 96(a) Kodeksu postępowania administracyjnego* [A commentary to Article 96(a) of the Code of Administrative Procedure], L0065 44/2017.

²⁰ J.G. Firlus, K. Klonowski, *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym* [Mediation in general administrative proceedings], “Casus” 2017, No. 86, p. 17.

²¹ R. Hauser, M. Wierzbowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* [Code of administrative procedure. A commentary], Warszawa 2017, p. 663.

²² J.G. Firlus, K. Klonowski, op. cit., p. 17.

The admissibility of mediation depends on the fulfillment of certain prerequisites, one of which is the consent of the mediation participants. It appears that since conduct of mediation is based on a consensus of the parties to proceedings, lack of unequivocal consent by either party should render it impossible. In this regard, the authority cannot presume a party's willingness to participate in mediation, and any ambiguous statements by a party should be subject to clarification²³.

According to the legislator's assumption, mediation may be conducted in the course of proceedings, in principle at each of its stages. Therefore, it can be assumed that it can be conducted after initiation of proceedings but before their conclusion at the given instance. It may also be carried out in appeal proceedings and in extraordinary proceedings. The criterion for using the institution of mediation in administrative proceedings is the nature of the case. The explanatory memorandum for the amending bill provides examples of such situations referred to as conflict situations, which include, for example, a situation where a first-instance authority has issued a decision that has been appealed against. In such a case, mediation should be carried out at the appeal stage²⁴. On the other hand, the literature assumes that mediation is certainly permissible whenever settlement is permissible. Nevertheless, taking into account the fact that arrangements adopted as a result of mediation can be the basis for settling a case also by way of a decision, it should be assumed that admissibility of mediation also exists when a particular case cannot be resolved by way of a settlement.

A special role in mediation proceedings is played by the mediator. This can be a natural person who has full legal capacity and enjoys full public rights, in particular a mediator entered in a list of permanent mediators or a list of institutions and persons authorized to conduct mediation proceedings kept by the president of a circuit court, or a list kept by a non-governmental organization or a university, the information about which has been provided to the president of a circuit court (Article 96(f)(1) of the CAP). Moreover, the intent of the legislator was for the mediator to be an external person and not an employee of the public administration body before which the proceedings are conducted (Article 96(f)(3) of the CAP). Thus, a mediator does not need to have legal knowledge; however, knowledge (including knowledge of negotiation and mediation techniques) and experience of the mediator are certainly important for effective conduct of mediation. The personality of the mediator, who is expected to use his or her neutral position to help the participants achieve the goal of the mediation²⁵, is also important. On the other hand, lack of legal

²³ R. Hauser, M. Wierzbowski (eds.), *op. cit.*, p. 665.

²⁴ Explanatory memorandum, p. 36.

²⁵ T. Ereciński, [in:] T. Ereciński (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego* [Code of civil procedure], vol. 2, Warszawa 2016, pp. 36–37.

education cannot be considered a benefit, as it may result in a limited effectiveness of mediation. This risk may arise in particular with regard to the possibility of drafting a settlement agreement before a mediator. There is no doubt that inadequate knowledge of the basic institutions of administrative law inevitably leads to a refusal by the authority to approve a settlement agreement and, consequently, to a failure to achieve the goal of mediation²⁶. In essence, it can be concluded that involvement of a mediator as an independent expert in matters that are the subject matter of administrative proceedings is limited by the legislator to those mediation proceedings in which the parties are participants and the goal of mediation is to conclude an administrative settlement²⁷. Such an assumption results in a limited role of a mediator in proceedings where a settlement agreement cannot be concluded and the case can only be resolved by way of a decision. It seems that the basic condition for a reliable mediation between mediation participants is impartiality of the mediator. Impartiality is defined as lack of engagement for the benefit of any of the parties to a mediation (in particular, lack of favoritism)²⁸. In this context, there is no doubt as to why the legislator provided for premises to exclude an employee from being a mediator in Article 24(1 and 2) of the CAP. A mediator's impartiality, therefore, means that the mediator is not associated with one of the participants in the mediation and does not otherwise have an interest in the case being settled through mediation in a particular way. Consequently, a mediator's impartiality is also guaranteed by the prohibition on an employee of the public administration body before which the proceedings are being conducted serving as a mediator. Thus, it can be concluded that the role of a mediator is to conduct mediation in such a way as to bring about an amicable settlement of a case. Thus, a mediator must not anticipate the potential outcome of the case, but must create conditions for finding a solution before the mediation participants and must support them in formulating settlement proposals.

The propositions of Z. Kmiecik concerning the shape of the institution of mediation included the assumption of the so-called "clean sheet"²⁹. He pointed out that it presupposes the exclusion of the possibility of effective reliance in other proceedings conducted in a given case on information and materials

²⁶ Z. Zgud, *Mediacja sądowa – z dużej chmury mały deszcz* [Court mediation – a mountain gave birth to a mouse], "Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa" 2011, No. 3, p. 11.

²⁷ J. Wegner-Kowalska, *Koncepcja włączenia instytucji mediacji do kodeksu postępowania administracyjnego* [The concept of inclusion of the institution of mediation in the code of administrative procedure], "Przegląd Prawa Publicznego" 2016, No. 11, p. 61.

²⁸ K. Antolak-Szymanski, [in:] K. Antolak-Szymanski, O.M. Piaskowska, *Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz* [Mediation in civil proceedings. A commentary], Warszawa 2017, p. 121.

²⁹ Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym* [Mediation and conciliation in administrative law], Kraków 2004.

obtained during mediation. It seems that the indicated principle has been preserved by the introduction of the principle of confidentiality of mediation in the amending act. Pursuant to Article 96(n)(2) of the CAP, documents and other materials that are not included in the proceedings file and that were disclosed in the course of mediation by its participants, may not be included in the proceedings file if such documents and materials do not provide the basis for settling the case in accordance with the findings contained in the mediation report.

It is clear that the introduction of conciliatory methods of resolving administrative cases to the CAP deserves a positive assessment. As W. Dawidowicz rightly pointed out, this is a public subjective right of an individual, which he or she may but does not have to exercise. The important thing is that the right may be exercised. It seems, however, that there are grounds for the concern expressed in the doctrine³⁰ that the lack of simultaneous changes in other provisions of the CAP on the principles and subject matter of proceedings, as well as the final failure to implement administrative settlement as a new form of operation of administration, may result in administrative settlement and mediation in the LPAC and mediation in the CAP not being accepted on a wider scale. Institutions of amicable settlement can be used in cases where there is a difference between the interests of the parties (e.g. between an investor and the residents on the location of an investment project), but also in cases where there is a conflict between the public interest and the interest of an individual (e.g. an obligation is to be imposed on a party, or a party's rights are to be limited)³¹. Therefore, one should agree with the view that it would be sufficient and safer to consider mediation as a special solution provided for particular types of administrative cases.

Conclusions

There is no doubt that the introduction of mediation into the administrative procedure constitutes an implementation of the trend of implementation of ADR methods³², which certainly deserves to be approved of. It appears that the institution of mediation in administrative proceedings has the chance to work out to a greater extent than the administrative settlement. Mediation can be used by the authority and the parties to proceedings in cases where

³⁰ J.G. Firlus, K. Klonowski, op. cit., p. 24.

³¹ D. Calkiewicz, *Mediacja w postępowaniu administracyjnym ogólnym* [Mediation in general administrative proceedings], "Studia Prawnoustrojowe" 2018, No. 42, p. 445.

³² See: Justification for the Sejm print no. 1183, pp. 34–35, which indicates that in the period prior to the adoption of the April amendment, the Alternative Dispute Resolution (ADR) concept was implemented to a limited extent.

there are differences in the interests of the parties (e.g. between construction project owners and local residents concerning the location of a project). Consequently, mediation should be used in proceedings concerning the issuance of a zoning decision or a decision on the location of a public-purpose project³³, in proceedings concerning the issuance of a building permit³⁴, and in proceedings concerning the issuance of an environmental constraints decision³⁵. Moreover, mediation can lead to a reduction of the duration of proceedings, which is of significant importance to project owners. This is also the case where there is a conflict between the public interest and the interest of an individual (e.g. an obligation is to be imposed on a party or a party's rights are to be limited)³⁶. Consequently, one should agree with the opinion that in practice, mediation can be used more frequently than administrative settlement.

References

- Antolak-Szymanski K., [in:] K. Antolak-Szymanski, O.M. Piaskowska, *Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz* [Mediation in civil proceedings. A commentary], Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Białecki M., *Postępowanie mediacyjne* [Mediation proceedings], Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Borkowski J., [in:] J. Borkowski, *Komentarz* [A commentary], Warszawa 1989.
- Brzuzy A., *Zasada ugodowego załatwiania spraw* [The principle of conciliatory case settling], [in:] J. Niczyporuk (ed.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie k.p.a.* [Codification of the administrative procedure for the 50th anniversary of the CAP], WSPA, Lublin 2010.
- Całkiewicz D., *Mediacja w postępowaniu administracyjnym ogólnym* [Mediation in general administrative proceedings], "Studia Prawnoustrojowe" 2018, No. 42.
- Dawidowicz W., *Uгода* [Settlement], [in:] W. Dawidowicz (ed.), *Kodeks postępowania administracyjnego po nowelizacji* [Code of administrative procedure after the amendment], PWN, Warszawa 1980.
- Doroszewski W. (ed.), *Słownik języka polskiego* [Dictionary of the Polish language], vol. 1, PWN, Warszawa 2018.
- Erciński T., [in:] T. Erciński (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego* [Code of civil procedure], vol. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Federczyk W., *Mediacja w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym* [Mediation in administrative and administrative-court proceedings], Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

³³ Based on the Act of 27 March 2003 on spatial planning and management (Journal of Laws of 2021, item 741, as amended).

³⁴ Act of 7 July 1994 – Building Law (Journal of Laws of 2020, item 1333, as amended).

³⁵ Act of 3 October 2008 on providing information about the environment and its protection, participation of the public in environmental protection, and environmental impact assessments (Journal of Laws of 2021, item 247).

³⁶ D. Całkiewicz, op. cit., p. 445.

- Firlus J.G., Klonowski K., *Mediacja w ogólnym postępowaniu administracyjnym* [Mediation in general administrative proceedings], "Casus" 2017, no. 86.
- Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce* [Mediation in civil cases in the American legal system – application in Europe and Poland], C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Hauser R., Wierzbowski M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* [Code of administrative procedure. A commentary], C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kmieciak Z., *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym* [Mediation and conciliation in administrative law], Zakamycze, Kraków 2004.
- Knysiak-Molczyk H., *Uгода administracyjna* [Administrative settlement], [in:] T. Woś (ed.), *Postępowanie administracyjne* [Administrative proceedings], Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Mól A., *Pojęcie i znaczenie alternatywnych metod rozstrzygania sporów* [The concept and significance of alternative dispute resolution methods], "Przegląd Prawa Handlowego" 2001, No. 12.
- Niczyporuk J. (ed.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie k.p.a.* [Codification of the administrative procedure for the 50th anniversary of the CAP], WSPA, Lublin 2010.
- Przybysz P., *Komentarz do Kodeksu postępowania administracyjnego* [A commentary to the code of administrative procedure], LOO65 44/2017.
- Wegner-Kowalska J., *Koncepcja włączenia instytucji mediacji do kodeksu postępowania administracyjnego* [The concept of inclusion of the institution of mediation into the code of administrative procedure], "Przegląd Prawa Publicznego" 2016, No. 11.
- Zgud Z., *Mediacja sądowa – z dużej chmury mały deszcz* [Court mediation – a mountain gave birth to a mouse], "Kwartalnik Krajowej Rady Sądownictwa" 2011, No. 3.

Summary

Conciliatory methods of settling cases in administrative proceedings

Keywords: administrative law, amicable case settlement principle, administrative settlement, administrative mediation, mediator in administrative proceedings.

The article presents conciliatory case settling methods in administrative proceedings. These methods are administrative settlement and mediation. The institution of administrative settlement has existed in the CAP since 1980. The institution of mediation, on the other hand, was introduced into the CAP because of the 2017 amendment. The purpose of the article is to present these institutions and to verify them in practice. There is no doubt that the introduction of mediation into the administrative procedure constitutes an implementation of the trend of implementation of ADR methods³⁷, which certainly

³⁷ See: Justification for the Sejm print no. 1183, pp. 34–35, which indicates that in the period prior to the adoption of the April amendment, the Alternative Dispute Resolution (ADR) concept was implemented to a limited extent.

deserves to be approved of. It appears that the institution of mediation in administrative proceedings has the chance to work out to a greater extent than the administrative settlement.

Streszczenie

Koncyliacyjne metody załatwiania spraw w postępowaniu administracyjnym

Słowa kluczowe: prawo administracyjne, zasada polubownego załatwiania spraw, ugoda administracyjna, mediator w postępowaniu administracyjnym, mediacja administracyjna.

W artykule przedstawione zostały koncyliacyjne metody załatwiania spraw w postępowaniu administracyjnym – ugoda administracyjna i mediacja. Instytucja ugody administracyjnej funkcjonuje w Kodeksie postępowania administracyjnego od 1980 r. Natomiast instytucja mediacji została wprowadzona do k.p.a. w wyniku nowelizacji z 2017 r. Celem artykułu było przedstawienie tych instytucji i ich weryfikacja w praktyce. Niewątpliwie wprowadzenie mediacji do procedury administracyjnej stanowi realizację trendu wdrażania metod ADR³⁸, co zasługuje na wysoce pozytywną ocenę. Wydaje się też, że instytucja mediacji w postępowaniu administracyjnym ma szansę sprawdzić się w większym stopniu niż ugoda administracyjna.

³⁸ Zob. uzasadnienie druku sejmowego nr 1183, s. 34–35, z którego wynika, że w okresie poprzedzającym uchwalenie noweli kwietniowej idea ADR (Alternative Dispute Resolution) była realizowana w ograniczonym zakresie.

Michał Grudecki

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0002-5185-3770

michal.grudecki@us.edu.pl

Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym

Wprowadzenie

Spośród trzech okoliczności modalnych z art. 197 § 1 Kodeksu karnego¹, które wskazują zabroniony przez ustawodawcę sposób doprowadzenia do obcowania płciowego, to znamię podstępu najtrudniej prawidłowo zinterpretować, choć w praktyce dość rzadko dochodzi za jego pomocą do zgwałcenia². Zdaniem Patryka J. Jastrzębskiego znamię to jest wadliwe, a jego ujęcie kłóci się w pewnych okolicznościach z elementarnym poczuciem sprawiedliwości i zdrowego rozsądku, głównie ze względu na bardzo szeroki wachlarz interpretacyjny³. Szczególnie interesującym zagadnieniem, zarówno z punktu widzenia teoretycznego, jak i praktycznego, jest wzajemna relacja omawianego znamienia a motywów podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym. Należy zastanowić się, czy występuje możliwość przełamania postrzegania prawnokarnej irrelewantności błędu do klasyfikowanych powszechnie w literaturze przedmiotu jako uboczne motywy podjętej decyzji o obcowaniu płciowym z perspektywy wypełnienia znamienia podstępu. Czy rzeczywiście można traktować je jako motywy uboczne, czy jednak są one zasadniczymi?

Celem niniejszego opracowania jest zatem próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy kwalifikacja takiego zachowania z art. 197 § 1 k.k. jest w ogóle możliwa, biorąc pod uwagę konieczność dochowania wierności wykładni prawa,

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 z późn. zm., dalej jako k.k.

² Zob. A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2015, s. 114; A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, t. XXI, s. 129; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 261.

³ P.J. Jastrzębski, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Gazeta Sądowa” 2006, nr 1, s. 27.

prowadzącej do prawidłowego odczytania normy sankcjonowanej z przepisu prawa karnego. Trzeba bowiem pamiętać o konieczności wykorzystania narzędzi wykładni systemowej i celowościowej, a także mieć wzgląd na funkcję gwarancyjną prawa karnego i płynący z niej zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Warto też zwrócić uwagę na występujący w tym przypadku konflikt funkcji gwarancyjnej z ochronną. Odmowa objęcia zakresem znamienia podstępnej sytuacji wywołania błędu do klasyfikowanych jako uboczne motywów podjętej decyzji o obcowaniu płciowym pozbawia niektóre jednostki ochrony prawnokarnej.

Podstęp przy zgwałceniu w świetle poglądów nauki i praktyki prawa karnego

W piśmiennictwie powszechnie wyróżnia się dwa ujęcia rozumienia podstępu: szerokie i wąskie. Ujęcie wąskie obejmuje sytuacje, w których ofiara wyraża zgodę na obcowanie płciowe, czyniąc to w oparciu o fałszywe przesłanki motywacyjne, powstałe w wyniku działania sprawcy bądź przez niego wykorzystane⁴. Zachowuje ona jednak sprawność umysłową i fizyczną⁵. Ujęcie szerokie obejmuje zarówno rozumienie wąskie, jak i sytuacje, w których sprawca w zamiarze osiągnięcia celu przestępnego wyłączył u ofiary możliwość podejmowania decyzji – są to najczęstsze przypadki zgwałcenia za pomocą podstępu (m.in. użycie tzw. tabletki gwałtu)⁶. Będąca pod wpływem podstępu osoba wyraża zgodę na obcowanie płciowe w anormalnej sytuacji motywacyjnej; jeśli by bowiem nie została wprowadzona w błąd co do tego zachowania czy jego szczegółów, sprzeciwiłaby się⁷. W przypadku podstępu osoba pokrzywdzona jest przekonana co do uczciwych zamiarów sprawcy⁸. Za szerszym ujęciem opowiadał się Marian Filar⁹, a zdaniem Anety Michalskiej-Warias czy Anny Chodorowskiej pogląd ten jest reprezentatywny w literaturze polskiej¹⁰. Szerokie rozumienie podstępu występuje również w orzecznictwie¹¹.

⁴ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 105; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 80; A. Chodorowska, op. cit., s. 114.

⁵ M. Filar, op. cit., s. 105.

⁶ Ibidem; J. Warylewski, op. cit., s. 80; A. Chodorowska, op. cit., s. 114–115; A. Nowak, *Wykorzystanie „tabletki gwałtu” w przestępstwie zgwałcenia*, [w:] T. Gardocka i in. (red.), *Przestępczy seks*, Warszawa 2016, s. 178–179.

⁷ R. Krajewski, op. cit., s. 263; H. Myśliwiec, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 68.

⁸ H. Myśliwiec, op. cit., s. 68.

⁹ M. Filar, op. cit., s. 108; ibidem.

¹⁰ A. Michalska-Warias, op. cit., s. 129; A. Chodorowska, op. cit., s. 115.

¹¹ Zob. np. wyrok SN z 27 maja 1985 r., sygn. akt II KR 86/85, Lex nr 17642; wyrok SA w Katowicach z 28 marca 2018 r., sygn. akt II AKa 91/18, Lex nr 2490246; postanowienie SN z 9 kwietnia 2021 r., sygn. akt V KK 87/21, Lex nr 3160008.

Mimo przyjęcia szerokiego ujęcia rozumienia podstępu, M. Filar i za nim wielu przedstawicieli nauki prawa karnego opowiadali się przeciwko przyjęciu działania pod wpływem podstępu z art. 197 § 1 k.k., w sytuacjach w których ofiara świadomie godzi się na stosunek seksualny, będąc w błędzie co do ubocznych motywów tej decyzji¹². Wypowiedzi w tym tonie można też znaleźć w orzecznictwie¹³. Przykładowe sytuacje, które przedstawiciele doktryny klasyfikują jako uboczne motywy, podane zostaną w dalszej części artykułu. Teza ta jest argumentowana koniecznością powiązania omawianego znamienia z przedmiotem ochrony przestępstwa zgwałcenia, czyli wolnością seksualną¹⁴. Zdaniem jej zwolenników ma miejsce w tym przypadku świadome zadysponowanie przez ofiarę swoim życiem seksualnym, a jej wola nie jest wyłączona¹⁵. Jest to więc współzycie konsensualne¹⁶. Mniejszościowy pogląd przeciwny był wyrażany w doktrynie i judykaturze dawnego Związku Radzieckiego¹⁷, jak również przez Pawła Horoszowskiego¹⁸.

Zgoda na stosunek seksualny pod wpływem błędu co do klasyfikowanych jako uboczne motywów tej decyzji – przykłady

Aby ułatwić zrozumienie istoty problemu, warto przedstawić przykłady kilku stanów faktycznych, w których zachodzi omawiana sytuacja. W pierwszym z nich jedna ze stron stosunku seksualnego (na razie potencjalnego) obiecuje drugiej korzyść majątkową w zamian za obcowanie płciowe z zamiarem niewywiązania się z obietnicy, którego to zamiaru po dokonanych obcowaniu dotrzymuje. Postać tej korzyści może być różna – od pieniędzy, przez rzeczy materialne, po obietnicę awansu czy podwyżki. Ten stan faktyczny wiąże się z płatną miłością we wszelkiej postaci.

Drugim przykładem jest uwiedzenie – jedna ze stron stosunku seksualnego (również potencjalnego) przyrzeka drugiej, że wejdzie z nią w związek małżeński (bądź oświadczy się jej) w zamian za obcowanie płciowe. Tak jak w pierwszym przykładzie czyni to bez zamiaru dotrzymania przyrzeczenia.

¹² M. Filar, op. cit., s. 109; M. Bieniek, *Podstęp jako ustawowe znamię sposobu popełnienia przestępstwa zgwałcenia*, „Zeszyty Naukowe AWS” 1974, nr 5, s. 93; A. Michalska-Warias, op. cit., s. 131–132; H. Myśliwiec, op. cit., s. 68–69; R. Krajewski, op. cit., s. 267–269; A. Chodorowska, op. cit., s. 116; A. Nowak, op. cit., s. 179.

¹³ Zob. wyrok SN z 26 września 1974 r., sygn. akt III KR 105/74, Lex nr 18894; wyrok SN z 4 grudnia 2018 r., sygn. akt II KK 114/18, Lex nr 2603598.

¹⁴ M. Filar, op. cit., s. 109

¹⁵ Ibidem; M. Bieniek, op. cit., s. 93; A. Michalska-Warias, op. cit., s. 131–132.

¹⁶ R. Krajewski, *Zgwałcenie osoby trudniącej się prostytutką*, „Ius Novum” 2012, nr 2, s. 66.

¹⁷ M. Filar, op. cit., s. 109; J. Warylewski, op. cit., s. 85.

¹⁸ P. Horoszowski, *Nierząd*, [w:] W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 3, Warszawa 1936–1937, s. 1103.

Trzecim, bardzo podobnym do drugiego stanem faktycznym, jest sytuacja, w której jedna ze stron potencjalnego stosunku seksualnego wyznaje drugiej miłość – w rzeczywistości uczucia tego do niej nie żywiąc – tylko po to, by skłonić ją do podjęcia obcowania płciowego.

Czwarty przykład stanowi *stealthing*, czyli umyślne ściąganie prezerwatywy przez mężczyznę w czasie stosunku seksualnego, na który kobieta wyraziła zgodę wyłącznie pod warunkiem zabezpieczenia się przez mężczyznę¹⁹. Analogiczną sytuację stanowi wprowadzenie mężczyzny w błąd przez kobietę, która niezgodnie z rzeczywistością zapewnia, że stosuje antykoncepcję hormonalną, a ten tylko pod tym warunkiem godzi się na obcowanie płciowe.

Argumenty za przełamaniem powszechnie przyjętego rozumienia postępu przy zgwałceniu

Warto zauważyć, że podstęp – w przeciwieństwie do dwóch pozostałych okoliczności modalnych z art. 197 § 1 k.k. – nie stanowi klasycznego środka zmuszania²⁰. Kryminalizowane jest doprowadzenie do obcowania płciowego przy istnieniu zgody opartej na fałszywych przesłankach²¹. Jak zauważa Radosław Krajewski, w wyniku podstępnego działania sprawcy „(...) ofiara nie ma pełnej świadomości co do zaistniałych okoliczności, nawet gdy częściowo aprobuje przedstawiony przez sprawcę stan rzeczywistości”²². Ustawodawca nie wskazuje, jaki rodzaj błędu ma zostać wywołany przez podstępne działanie²³. Zarówno przedmiot ochrony omawianego typu – wolność seksualna, jak również istota pozostałych okoliczności modalnych pozwalają *prima facie* przyjąć jak najszersze pole kryminalizacji kreowane znamieniem podstępu. Czy podział motywów decyzji o podjęciu obcowania płciowego na główne i uboczne, dokonywany przez przedstawicieli doktryny prawa karnego w przedstawiony wyżej sposób, posiada jakiegokolwiek uzasadnienie z punktu widzenia dobra prawnokarnie chronionego? Wydaje się, że nie. Bez zaistnienia motywu klasyfikowanego jako uboczny, ofiara najczęściej nie zdecydowałaby się na podjęcie obcowania płciowego²⁴. Sprawca wyzyskuje także i w tym przypadku fałszywą przesłankę wpływającą na proces decyzyjny ofiary²⁵. Nie dysponuje ona świadome własnym życiem erotycznym – jej wolność seksualna zostaje niewątpliwie naruszona.

¹⁹ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 269.

²⁰ M. Filar, op. cit., s. 86; A. Chodorowska, op. cit., s. 115.

²¹ M. Filar, op. cit., s. 86; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 262.

²² R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 262.

²³ Por. postanowienie SN z 2 grudnia 2020 r., sygn. akt II KK 248/20, Lex nr 3093412.

²⁴ Zdaniem R. Krajewskiego (*Podstęp przy przestępstwie...*, s. 267) takie sytuacje stanowią rzadkość, jeśli w ogóle występują jako podstęp przy zgwałceniu.

²⁵ Por. J. Warylewski, op. cit., s. 81.

Wolność seksualną można rozumieć jako możliwość sprzeciwu wobec niechcianych stosunków seksualnych²⁶. Niechciany stosunek seksualny to także stosunek, który nie prowadzi do realizacji danej przed nim obietnicy (wręczenia korzyści majątkowej, zawarcia związku małżeńskiego czy bycia w konkubinacie). Sytuacja jest przecież identyczna z perspektywy przedmiotu ochrony, jak w przypadku błędu co do tożsamości sprawcy (absurdalny przykład podszycia się pod męża), co według przedstawicieli doktryny objęte jest znamieniem podstępu z art. 197 § 1 k.k.²⁷ Ofiara może nie chcieć obcować płciowo z osobą, która nie jest jej mężem/zoną, tak samo jak może nie chcieć obcować płciowo za darmo czy z osobą, która jej nie kocha lub ostatecznie nie zostanie jej małżonkiem bądź uprawiać seks bez zabezpieczenia. Trauma ofiary aktualizuje się wówczas po stosunku, który do momentu odkrycia błędu może wydawać się dla niej przyjemny/korzystny²⁸.

Zdaniem R. Krajewskiego takie sytuacje, jak uwiedzenie czy podszycie się pod partnera ofiary stanowią rzadkość, jeśli w ogóle występują jako podstęp przy zgwałceniu²⁹. Nie można ich jednak wykluczyć, mając zwłaszcza w pamięci słowa Władysława Woltera: „(...) Życie w swoich odmianach potrafi być bardziej fantastyczne niż najbujniejsza wyobraźnia w postaci akademickiego przykładu”³⁰. Kryterium istotnego bądź nieistotnego błędu (głównego albo ubocznego motywu decyzji o obcowaniu płciowym) jest zatem w wielu przypadkach zawodne³¹.

Zgoda na obcowanie płciowe musi być całkowicie dobrowolna³². Człowiek postępuje zgodnie z własną wolą w zakresie życia intymnego wówczas, gdy obcuje płciowo, realizując swój zamiar, który mu przyświecał przed podjęciem decyzji o aktywności seksualnej. Motywacja może być różna – seks można przecież uprawiać z miłości, dla prokreacji, dla przyjemności, z zemsty na byłym partnerze, z powodu hiperseksualności (nimfomania i satyryzm) itp. Może nią również być dopuszczenie się stosunku seksualnego w zamian za obiecane korzyści finansowe, małżeństwo czy obietnicę miłości. Ewentualna naganność klasyfikowanych jako uboczne motywów podjętej decyzji (np. prostytutki godzącej się na seks tylko za pieniądze) nie może wpływać na brak prawnokarnej ochrony w zakresie podjęcia niechcianej aktywności seksualnej.

²⁶ M. Jarocka, *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXVIII, s. 49; postanowienie SN z 2 grudnia 2020 r., sygn. akt II KK 248/20, Lex nr 3093412.

²⁷ Zob. np. A. Michalska-Warias, op. cit., s. 132–133; eadem, *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2016, s. 183–184; A. Chodorowska, op. cit., s. 117.

²⁸ A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie...*, s. 180.

²⁹ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 267.

³⁰ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 137.

³¹ Tak też: H. Myśliwiec, op. cit., s. 72.

³² J. Warylewski, op. cit., s. 79; A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu...*, s. 134; ibidem, s. 82.

Szanując autonomię seksualną każdej osoby, nie powinno wyróżniać się głównych oraz ubocznych determinant podjęcia decyzji w zakresie obcowania płciowego, jak czyni to przykładowo R. Krajewski³³. Ważne jest, żeby subiektywnie – z perspektywy jednostki decydującej się obcować płciowo – determinanta ta była istotna.

Argumenty przeciwko przełamaniu powszechnie przyjętego rozumienia podstępu przy zgwałceniu

Zbiornym argumentem, który – nie zawsze bezpośrednio – przewija się w opracowaniach dotyczących omawianej problematyki, jest nieracjonalność postrzegania zachowań wprowadzających w błąd co do klasyfikowanych jako uboczne motywów decyzji o obcowaniu płciowym, jako realizujących znamiona zgwałcenia³⁴. Podobny argument podaje A. Michalska-Warias, pisząc o nadmiernej ingerencji prawa karnego w relacje międzyludzkie³⁵. Pogląd ten wyraża również R. Krajewski, którego zdaniem niedotrzymywanie obietnic w związku z relacjami seksualnymi nie jest w dobrym stylu, lecz mimo tego nie powinno skutkować reakcją prawnokarną³⁶. Według R. Krajewskiego ryzyko ponosi wówczas ten, kto liczy na dotrzymanie obietnic³⁷.

Hubert Myśliwiec zaś stoi na stanowisku, że czerpanie korzyści z prostytucji (najczęstsza możliwa do wyobrażenia sytuacja błędu co do klasyfikowanych jako uboczne motywów decyzji o obcowaniu płciowym to chęć płatnego seksu z góry powziętym zamiarem braku zapłaty) nie zasługuje na ochronę prawną, gdyż nie jest ona działalnością ujętą w ramy prawne³⁸. Zarówno R. Krajewski, jak i A. Chodorowska sprzeciwiają się traktowaniu jako wypełniającego znamię podstępu czynu sprawcy, który – niezgodnie z rzeczywistością – zapewnia swojego partnera/partnerkę seksualną o swojej miłości po to, by skłonić ją do obcowania płciowego³⁹. Trudność z zakwalifikowaniem jako zgwałcenie *stealthingu* ma R. Krajewski, uważając, że nie jest to zachowanie tak społecznie szkodliwe, jak inne postacie zgwałcenia (sic!)⁴⁰. Tak samo ocenia on czyn kobiety, która okłamuje partnera, że stosuje antykoncepcję hor-

³³ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 267.

³⁴ Zob. zamiast wielu: H. Myśliwiec, op. cit., s. 68.

³⁵ A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu...*, s. 143. Tak też poniekąd: H. Myśliwiec, op. cit., s. 71.

³⁶ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 268. Tak też, pisząc o wyłącznie moralnej naganności tego typu zachowań, twierdzi A. Chodorowska, op. cit., s. 117.

³⁷ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 268–269; H. Myśliwiec, op. cit., s. 71.

³⁸ H. Myśliwiec, op. cit., s. 70–71.

³⁹ A. Chodorowska, op. cit., s. 117; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 268.

⁴⁰ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 269.

monalną, a w rzeczywistości się nie zabezpiecza – jego zdaniem nie przystaje to do przestępstwa zgwałcenia⁴¹.

Główną słabością argumentów przeciwko omawianej interpretacji jest w zasadzie jakikolwiek brak ich uzasadnienia poza ogólnikowym stwierdzeniem o jej nieracjonalności, niedopuszczalności, wywoływaniu nadmiernej ingerencji prawa karnego w stosunki intymne czy braku godzenia w wolność seksualną. Uzasadnienia takiego można jednak szukać w charakterze pozostałych poza podstępem okoliczności modalnych typu z art. 197 § 1 k.k., biorąc pod uwagę ich wpływ na stanowiącą przedmiot ochrony wolność seksualną (wykładnia systemowa i celowościowa). Przemoc i groźba bezprawna są środkami przymusu, które w znaczny sposób ograniczają, a nawet przełamują wolę ofiary w zakresie autonomii seksualnej. Podstęp musi więc również stanowić zachowanie, które w tak intensywny sposób oddziałuje na proces decyzyjny pokrzywdzonego, że w znacznym stopniu osłabia swobodę decydowania o własnej seksualności. Przyjęcie innej tezy stawiałoby w wątpliwość⁴² zrównanie pod względem stopnia społecznego niebezpieczeństwa (co przekłada się na ustawowe zagrożenie karą) podstępu z pozostałymi zabronionymi sposobami realizacji znamienia czasownikowego przy przestępstwie zgwałcenia. W przypadku wprowadzenia w błąd co do klasyfikowanego jako uboczny motyw decyzji o podjęciu obcowania płciowego autonomia seksualna jednostki nie jest wyłączona, jak w przypadku podstępnego odurzenia (np. podaniem pigułki gwałtu) czy nawet nie jest znacznie ograniczona, jak w sytuacji obcowania płciowego pod pozorem badania lekarskiego.

Należy też zwrócić uwagę na to, że ustawodawca odróżnia okoliczność modalną podstępu od okoliczności modalnej wprowadzenia w błąd⁴³. Podstęp powinien być rozumiany wężiej⁴⁴, oznaczając szczególnie przebiegłe i ograniczające swobodę decydowania zabiegi. Z drugiej strony można argumentować, że podstęp obejmuje zarówno wprowadzenie w błąd, jak i wyzyskanie błędu⁴⁵. Argumentem przeciwko omawianej interpretacji może być także zarzut dokonywania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, co niewątpliwie godzi w funkcję gwarancyjną prawa karnego.

Podsumowanie

Skuteczne użycie podstępu celem wprowadzenia ofiary w błąd odnośnie do klasyfikowanych jako uboczne motywów decyzji o podjęciu obcowania płcio-

⁴¹ Ibidem.

⁴² O tej wątpliwości pisze P.J. Jastrzębski, op. cit., s. 28.

⁴³ Pisze też o tym H. Myśliwiec, op. cit., s. 74.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ M. Bieniek, op. cit., s. 88; wyrok SN z 4 marca 2009 r., sygn. akt IV KK 339/08, Lex nr 491341.

wego jest wykorzystaniem seksualnym. Traktowanie tego typu zachowań wyłącznie jako „moralnie nagannych”⁴⁶, bazujących na lekkomyślności ofiary (przypadek uwiedzenia) lub niezasługujących na kryminalizację ze względu na niepożądaną motywację osoby wprowadzonej w błąd (przypadek niezapłaconia prostytutce), jest czynem podobnym do usprawiedliwiania gwałticieli tezą o wyzywającym ubraniu pokrzywdzonej kobiety bądź wyśmiewania naiwnych ofiar oszustwa na wnuczka. Skoro nikt nie chce być oszukanym w sferze majątkowej, to tym bardziej nie życzy sobie tego w sferze intymnej. Takie oszustwo to nic innego jak wykorzystanie seksualnie, zaś zadaniem norm prawa karnego jest chronić przed tym każdego człowieka, niezależnie od oceny jego aktywności seksualnej na jakiegokolwiek płaszczyźnie⁴⁷. Ewentualne problemy dowodowe, które wiążą się z trudnością wykazania istniejącego przed czynem zamiaru, np. chęci braku zapłaty za stosunek czy niezawarcia związku małżeńskiego, nie mogą stać na przeszkodzie kwalifikacji prawnej. W innym wypadku można by było podważyć słuszność kryminalizacji oszustwa, w którym występują analogiczne problemy.

Warto zwrócić uwagę, że omawiane w artykule motywy po prostu nie zasługują na uznanie za „uboczne”⁴⁸. Stąd też w artykule używana jest fraza: „klasyfikowane jako uboczne”. Klasyfikują tak je bowiem powszechnie przedstawiciele nauki prawa karnego. W rzeczywistości zdaje się być zupełnie inaczej. Opisywane okoliczności stanowią wszak w wielu przypadkach jedną z istotnych determinant decyzji o podjęciu obcowania płciowego. Ocena zależy od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. W niektórych przypadkach np. obietnica zapłaty czy przyrzeczenie małżeństwa będą rzeczywiście motywami ubocznymi. Stanie się tak wówczas, gdy partner zdecyduje się na stosunek w wyniku innej – dominującej – motywacji (np. przeważy pociąg seksualny). Tylko w tym znaczeniu można rzeczywiście mówić o ubocznym motywie.

Oczywiście nie sposób pominąć wątpliwości, które nasuwają się przy interpretacji znamienia podstępu tak, aby obejmowało ono omawiane w artykule stany faktyczne. Być może istnieje zatem luka w systemie prawa karnego, która powinna zostać przez ustawodawcę uzupełniona, aby uczynić zadość funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Słusznie bowiem zauważa H. Myśliwiec, że *de lege lata* „(...) oceny, czy błąd ofiary był istotny, a co za tym idzie – czy doszło do podstępного zgwałcenia, nie da się całkowicie oderwać od intuicyjności, a więc subiektywizmu”⁴⁹. Subiektywizm ten nie sprzyja poszanowaniu zasady określoności. Uzasadnieniem kryminalizacji zachowania polegającego

⁴⁶ Tak: A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu...*, s. 132.

⁴⁷ R. Krajewski, *Zgwałcenie osoby...*, s. 64–65.

⁴⁸ Niniejszy akapit powstał dzięki inspirującym uwagom anonimowego recenzenta niniejszego artykułu, za które autor serdecznie dziękuje.

⁴⁹ H. Myśliwiec, *op. cit.*, s. 72.

na wyzyskaniu błędu związanego z klasyfikowanym jako uboczny motywem decyzji o podjęciu obcowania płciowego mogłoby być odwołanie się do wspomnianego kilkakrotnie przestępstwa oszustwa. Skoro na gruncie tego typu czynu zabronionego ustawodawca chroni interes majątkowy jednostki w sytuacji, w której np. klient zamawia daną usługę z powziętym przed czynem zamiarem braku zapłaty, to dlaczego nie chroni w analogicznym stanie faktycznym dużo cenniejszego dobra, którym jest wolność seksualna? Brak ochrony wolności seksualnej osób trudniących się wszelkimi współczesnymi przejawami prostytucji (m.in. sponsoringiem) przed nieuczciwymi klientami jest podobny do słabszego ścigania sprawców zgwałcenia prostytutek w starożytności, w średniowieczu, a nawet w wiekach późniejszych, gdy uważano je za pozbawione czci niewieściej⁵⁰. Warto w tym miejscu przytoczyć *in extenso* odważne słowa R. Krajewskiego: „(...) Prostytucja jest zjawiskiem społecznym koniecznym, a nawet potrzebnym, choć mogącym podlegać różnym ocenom, ale skoro jako taka jest ona akceptowana przez społeczeństwo, to w konsekwencji ma ono obowiązek, przy użyciu przepisów prawnych oraz instytucji ochrony prawa i wymiaru sprawiedliwości, zapewniać ochronę osobom dzięki którym prostytucja jako taka funkcjonuje, a więc osobom trudniącym się tym procederem. Nie chodzi absolutnie o to, aby osoby takie miały lepszą ochronę prawa, ale nie ma żadnego powodu, aby była ona też gorsza”⁵¹.

Mogą zdarzyć się sytuacje, w których sprawca czynu polegającego na wyzyskaniu błędu związanego z klasyfikowanym jako uboczny motywem decyzji o podjęciu obcowania płciowego nie zasługuje na ukaranie. Przykładem jest podawany powyżej stan faktyczny, w którym ofiara decyduje się obcować płciowo pod wpływem niezgodnych z rzeczywistością zapewnień partnera o miłości. Prawo karne posiada jednak narzędzie, które nie pozwoli pociągnąć do odpowiedzialności za tak błahy czyn. Jest nim klauzula znikomego stopnia społecznej szkodliwości (art. 1 § 2 k.k.). Identycznie konkluduje A. Michalska-Warias odnośnie do przypadku, w którym małżonek podszywa się pod kochanka/kochankę drugiego małżonka w celu odbycia z nim stosunku płciowego⁵². Inne stany faktyczne, zwłaszcza *stealthing*, są już czynami o znacznym stopniu społecznego niebezpieczeństwa, które godzą nie tylko w wolność seksualną jednostek, ale też w ich prawo do decydowania o posiadaniu bądź nie potomstwa. Prawo karne musi posiadać narzędzia do zwalczania tak istotnych patologii.

⁵⁰ R. Krajewski, *Zgwałcenie osoby...*, s. 67.

⁵¹ *Ibidem*, s. 71.

⁵² A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie...*, s. 184–185.

Wykaz literatury

- Bieniek M., *Podstęp jako ustawowe znamię sposobu popełnienia przestępstwa zgwałcenia*, „Zeszyty Naukowe AWS” 1974, nr 5.
- Chodorowska A., *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Wyd. UWM, Olsztyn 2015.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa–Poznań 1974.
- Horoszowski P., *Nierząd*, [w:] W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 3, Biblioteka Polska, Warszawa 1936–1937.
- Jarocka M., *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXVIII.
- Jastrzębski P.J., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Gazeta Sądowa” 2006, nr 1.
- Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Krajewski R., *Zgwałcenie osoby trudniącej się prostytutką*, „Ius Novum” 2012, nr 2.
- Michalska-Warias A., *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, t. XXI.
- Michalska-Warias A., *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Mysłiwiec H., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11.
- Nowak A., *Wykorzystanie „tabletki gwałtu” w przestępstwie zgwałcenia*, [w:] T. Gardocka i in. (red.), *Przestępczy seks*, Difin, Warszawa 2016.
- Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Wyd. UG, Gdańsk 2001.
- Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965.

Summary

Deception as an element of rape and second side motives of the decision to engage in sexual intercourse

Keywords: criminal law, deception, rape, sexual intercourse.

The article deals with the issue of secondary motives for making decisions about sexual intercourse from the perspective of deception as one of the hallmarks of the crime of rape. At the outset, the author gives examples of situations in which a person decides to have sexual intercourse under the influence of a mistake about the secondary motives of this decision to facilitate further considerations. The article aims to break the accepted line of interpretation, according to which only misleading about the significant – not secondary – motives of the decision to engage in sexual intercourse can be treated as rape by deception. Using various methods of interpretation and making use of the findings of the literature and jurisprudence, the author presents arguments

for and against the differentiation of side and important motives for the decision to undertake sexual intercourse. From the point of view of the subject of protection of the crime of rape – sexual freedom – this division does not seem to be justified, depriving a group of people, especially those engaged in prostitution, from criminal law protection. At the same time, the strength of the arguments against the change in interpretation leads to the claim that there is a legal loophole in this respect and the need to start an in-depth discussion on the rational interpretation of the sign of deception.

Dariusz Jagiello

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-9609-5635

djagiello@swps.edu.pl

Teresa Gardocka

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-2923-9379

tgardocka@swps.edu.pl

Pojęcie broni palnej w art. 263 Kodeksu karnego i w ustawie o broni i amunicji

Wstęp

Kwestia prawnego ograniczenia posiadania broni palnej pojawiła się w polskim ustawodawstwie już w 1919 r.¹, czyli u progu niepodległości państwa. Było to oczywiste dziedzictwo ustawodawstw państw zaborczych, z których wszystkie ograniczały dostęp obywateli do broni palnej pod groźbą kary². Od tego czasu posiadanie broni palnej jest możliwe w Polsce tylko za odpowiednim zezwoleniem, a posiadanie jej bez zezwolenia podlega karze kryminalnej. Aby ustalić zakres legalnego posiadania, a zarazem zakres odpowiedzialności, niezbędne jest precyzyjne określenie pojęcia broni, przede wszystkim broni palnej. Często nie jest to łatwe, a wysiłki ustawodawcy, by objąć zakresem pojęcia „broń palna” wszystko co możliwe, bywają niekiedy godne pożałowania. Ustawa o broni i amunicji należy do prawa administracyjnego i bezwzględnie jej przepisy powinny być czytelne dla każdego, a bywa że nie są nawet dla sądów. Kolejne akty prawne dotyczące broni są coraz obszerniejsze, ale trudno powiedzieć, czy jaśniejsze od poprzednich. Doskonale to widać po obowiązującej dziś ustawie o broni i amunicji, która jest omówiona w części trzeciej opracowania.

¹ Dekret Naczelnika Państwa z dnia 25 stycznia 1919 r. o nabywaniu i posiadaniu broni i amunicji (Dz. Praw Państwa Polskiego z 1919 r., poz. 123; dalej jako Dz. Pr. P.P.).

² Por. m.in. J. Kasprzak, *Karalność nielegalnego wytwarzania i posiadania broni na przestrzeni dziejów*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Granice kryminalizacji i penalizacji*, Olsztyn 2013, s. 214–229.

Autorzy opracowania stawiają sobie zadanie nie tylko przedstawienia historycznego rozwoju pojęcia broni palnej w prawie, ale również ustalenia rzeczywistej treści tego pojęcia w obowiązującym polskim prawie, przede wszystkim na potrzeby odpowiedzialności karnej za posiadanie broni bez zezwolenia – art. 263 Kodeksu karnego (dalej jako k.k.). Analiza została prowadzona z wykorzystaniem metody historycznoprawnej (przegląd ustawodawstwa obowiązującego od czasu uzyskania niepodległości przez Polskę w 1919 r.) i dogmatycznej analizy przepisów oraz analizy stosowania prawa przez polskie sądy (w oparciu o najważniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz sądów powszechnych i administracyjnych niższego rzędu).

Podstawowe pytanie badawcze brzmi zatem, czy na potrzeby odpowiedzialności karnej z art. 263 k.k. znamię „broń palna albo amunicja”, określające przedmioty, które można posiadać na terytorium RP tylko po uzyskaniu odpowiedniego zezwolenia, odpowiada ściśle definicjom sformułowanym z ustawy o broni i amunicji³. Wobec zakazu analogii w prawie karnym⁴ i postulatu jasnego formułowania przepisów karnych⁵ jest to pytanie niezwykle istotne. Odpowiedź na nie określa bowiem zakres odpowiedzialności karnej za nielegalne posiadanie broni i/lub amunicji szczególnie wobec tego, że w samym k.k. nie ma definicji broni palnej i amunicji.

Historyczne kształtowanie się pojęcia broni w polskim prawie

Dekret Naczelnika Państwa Józefa Piłsudskiego o nabywaniu i posiadaniu broni i amunicji ukazał się już w dwa miesiące po ogłoszeniu niepodległości państwa, co oznaczało, że tę kwestię uznano za istotną i pilnie wymagającą uregulowania – było to zrozumiałe w okresie bezpośrednio powojennym. Dekret ustanawiał nowe otwarcie, co wynikało z jego art. 4, który stanowił, że „wszelkie pozwolenia na prawo posiadania przedmiotów i materiałów, wyszczególnionych w art. 1, udzielone w trybie niezgodnym z powyższymi przepisami, niniejszym dekretem zostają unieważnione”. Było to zupełnie zrozumiałe, bo wszystkie pozwolenia wydane do czasu dekretu zostały wydane przez państwa zaborcze. Dekret (liczący 7 artykułów) uzyskał moc obowiązującą z chwilą ogłoszenia w Dzienniku Praw Państwa Polskiego⁶, a jego wykonanie powie-

³ Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 955 ze zm.).

⁴ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. dwudzieste drugie, Warszawa 2021, s. 17, który podaje przykład dotyczący przestępstwa posiadania bez zezwolenia innej broni niż palna.

⁵ Zob. ibidem, s. 16, gdzie omówiono pojęcie *nullum crimen sine lege certa*: „Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic”.

⁶ Dz.U. z 1919 r., Nr 9, poz. 123 z dnia 29 stycznia 1919 r.

rzoło Ministrowi Spraw Wewnętrznych. Dotyczył nabywania i posiadania broni palnej i amunicji zarówno przez służby państwowe, jak i osoby cywilne oraz organizacje cywilne.

Pojęcie „broń” zostało określone przez wyliczenie jego desygnatów w art. 1. Według dekretu broń to wszelkiego rodzaju broń palna, karabiny maszynowe, armaty, zarówno ich części składowe i przybory, wszelkiego rodzaju amunicja, naboje, pociski do tego rodzaju broni używane, bomby i granaty ręczne i materiały wybuchowe do ich wyrobu przeznaczone. Przepis dekretu definiuje broń językiem potocznym, zrozumiałym dla obywatela. Określa dalej, że prawo nabywania, przechowywania i używania wszelkiego rodzaju broni palnej przysługuje „władzom wojskowym, Milicji Ludowej, Policji Komunalnej oraz tym organizacjom i osobom cywilnym, które posiadają pozwolenie odpowiedniej władzy państwowej”. Do dekretu wydane zostały na podstawie upoważnienia dla Ministra Spraw Wewnętrznych dwa rozporządzenia wykonawcze. Pierwsze z dnia 29 stycznia 1919 r.⁷ zobowiązywało osoby posiadające broń do jej złożenia do dnia 9 lutego 1919 r. w powiatowym zarządzie Policji Komunalnej i ustanawiała organy upoważnione do wydawania pozwoleń i nakładania kar za posiadanie broni. Kary nakładali w drodze administracyjnej komisarze ludowi, a prawo odwołania się przysługiwało ukaranym tylko co do wymiaru kary do Ministra Spraw Wewnętrznych w ciągu 7 dni od doręczenia orzeczenia karnego. Dekret zawierał przepis karny (art. 5), dotyczący posiadania broni bez odpowiednich zezwoleń.

Dekret został uchylony rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. Prawo o broni, amunicji i materiałach wybuchowych⁸. Rozporządzenie definiowało pojęcie broni w art. 1. W rozumieniu tego prawa bronią było każde narzędzie przeznaczone do zadawania bezpośrednio lub pośrednio urazów cielesnych⁹. Zgodnie z rozporządzeniem za amunicję uznawano gotowe naboje i pociski do broni palnej oraz pociski wybuchowe wszelkiego rodzaju (art. 1 ust. 2)¹⁰. Gotowe lub obrobione istotne części

⁷ Dz. Pr. P.P. z 1919 r., Nr 12, poz. 133.

⁸ Dz.U. z 1932 r., Nr 94, poz. 807.

⁹ Art. 3 rozporządzenia stanowił, że jego przepisy nie mają zastosowania do broni białej. Upoważniał natomiast Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Spraw Wojskowych oraz Przemysłu i Handlu do rozciągnięcia drogą rozporządzenia tych przepisów na poszczególne rodzaje broni białej.

¹⁰ Rozporządzenie wykonawcze Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Spraw Wojskowych oraz Przemysłu i Handlu z dnia 27 stycznia 1936 r. o broni białej i o ograniczeniach handlu bronią (Dz.U. z 1932 r., Nr 96) rozciągnął w § 1 przepisy prawa o broni na następujące rodzaje broni białej: a) broń białą wszelkiego rodzaju, ukrytą w przedmiotach, niemających wyglądu broni (w laskach, parasolach, kijach itp.); b) pałki giętkie (gumowe, sprężynowe, skórzane itp.), zaopatrzone w zakończenie z ciężkiego i twardego materiału lub zawierające wkładki z takiego materiału (kastety); c) boksery metalowe wszelkiego rodzaju i pierścienie palcowe kolczaste lub zaopatrzone w guzy, zeberka itp. Natomiast przepisy rozdziału V prawa o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (rozdział ten traktuje o nabywaniu i noszeniu broni dla celów osobistych) rozciągnięte zostało na następujące rodzaje broni białej, o ile chodzi o jej noszenie: a) szable, szpady,

broni lub amunicji uważano za broń lub amunicję (art. 1 ust. 3). Za istotne części należało uważać to, co określało rozporządzenie wykonawcze¹¹. Materiałami wybuchowymi były ciała w stanie stałym, ciekłym lub lotnym, które pod działaniem podnieć fizycznych (mechanicznych) lub chemicznych rozwijają siłę niszczyielską (art. 1 ust. 4). Co do materiałów wybuchowych również ustawa zawierała delegację dla Ministrów: Spraw Wewnętrznych, Spraw Wojskowych oraz Przemysłu i Handlu do rozciągnięcia drogą rozporządzenia wykonawczego przepisów na przedmioty i narzędzia oraz na istotne części składowe materiałów wybuchowych, których używanie może zagrażać bezpieczeństwu publicznemu. Takiego rozporządzenia wykonawczego nie wydano. Rozporządzenie prezydenta zawierało przepisy karne (art. 47–49), dotyczące posiadania, przechowywania i sprzedaży broni palnej, amunicji lub materiałów wybuchowych.

Powojenny dekret z dnia 15 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa¹², zwany małym kodeksem karnym, w art. 4 penalizował wyrób, gromadzenie lub przechowywanie broni palnej, amunicji, materiałów lub przyrządów wybuchowych albo innych przedmiotów mogących spowodować niebezpieczeństwo powszechne. Przestępstwo to stanowiło zbrodnię, zagrożoną karą więzienia na czas nie krótszy od lat 5 lub dożywotniego więzienia albo karą śmierci¹³. Mały kodeks karny zawieszal obowiązywanie art. 222 Kodeksu karnego z 1932 r., który za posiadanie lub wyrób broni bez zezwolenia przewidywał w art. karę więzienia lub aresztu do 3 lat.

Na potrzeby dekretu pozostawały w mocy definicje zawarte w rozporządzeniu z 1932 r. i wydanych na jego podstawie rozporządzeń wykonawczych, które zostały uchylone dopiero ustawą z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych¹⁴.

Definicja w art. 1 ustawy z 1961 r. określała ogólnie broń jako broń palną krótką oraz broń myśliwską i sportową, zaś amunicję jako amunicję do broni

bagnety, lance i piki; b) sztylety wszelkiego rodzaju oraz noże o długości ostrza ponad 10 cm, sztywno osadzone na trzonku i ostro zakończone; c) noże składane o długości ostrza ponad 10 cm zaopatrzone w urządzenia, utrzymujące je po otwarciu sztywno na trzonku i ostro zakończone.

¹¹ Rozporządzenie wykonawcze Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 26 kwietnia 1939 r. wydane w porozumieniu z Ministrami: Spraw Wojskowych oraz Przemysłu i Handlu o istotnych częściach broni palnej i amunicji w § 1 stanowiło, że istotnymi częściami broni palnej są: lufa oraz części broni, które zamykają tył lufy podczas strzału lub stanowią jej przedłużenie (np. trzon zamkowy, bęben w rewolwerze), zaś w § 2, że istotnymi częściami amunicji są: pocisk i łuska.

¹² Dz.U. z 1946 r., Nr 30, poz. 192

¹³ Komentatorzy małego kodeksu karnego: J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 15 i nast., przywołując rozmaite orzeczenia sądowe, stwierdzają m.in., że przechowywanie dubeltówki, pistoletu sygnałowego, rewolweru wyczerpuje znamiona przestępstwa przewidzianego w art. 4 m.k.k., zaś przerabianie broni niezdatnej do użycia na broń o działaniu skutecznym jest wyrabianiem broni, które może być karane na podstawie art. 4 m.k.k.

¹⁴ Dz.U. z 1961 r., Nr 6, poz. 43.

palnej krótkiej oraz myśliwskiej i sportowej¹⁵. Utrzymała również regulację (art. 1 ust. 3), że gotowe lub obrobione istotne części broni lub amunicji uważa się za broń lub amunicję¹⁶. Definicja materiałów wybuchowych (art. 3) nie różniła się istotnie od definicji z rozporządzenia z 1932 r. Ustawa zawierała przepisy karne (art. 27 i 28), jednak nie uchylała bardzo surowych przepisów małego kodeksu karnego dotyczących posiadania broni, a tylko je uzupełniała. Z tych, dziś już historycznych przepisów, wynika, że pojęcie „broń” poza gotowymi egzemplarzami broni palnej i gotową amunicją obejmowało także istotne części broni, które wymagają odrębnej definicji, istotne części amunicji, materiały wybuchowe oraz broń inną niż broń palna, określona w przepisach regulujących kwestie broni.

Pojęcie broni w obowiązującym prawie polskim

Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji¹⁷ ustanawia zakaz nabywania, posiadania oraz zbywania broni i amunicji (art. 2), który istnieje w polskim ustawodawstwie od 1919 r.¹⁸ i stanowi kontynuację zakazu istniejącego na terenie wszystkich trzech zaborów. W dzisiejszych czasach obowiązywanie tego zakazu w tak surowej postaci budzi dyskusje społeczne. Padają różne argumenty z zakresu wolności obywatelskiej, prawa człowieka do obrony itd.¹⁹ Ustawodawca nie wydaje się jednak zmierzać do złagodzenia reglamentacji. Definicja broni zawarta w art. 4 ustawy obejmuje cztery podstawowe kategorie:

- 1) broń palną,
- 2) broń pneumatyczną,

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 października 1990 r. w sprawie rozciągnięcia niektórych przepisów ustawy o broni, amunicji i materiałach wybuchowych na poszczególne rodzaje broni białej oraz przedmioty, których używanie może zagrażać bezpieczeństwu publicznemu (Dz.U. z 1990 r., Nr 76, poz. 451) rozciąga w § 1 stosowanie części ustawy na: 1) pistolety, rewolwery i inne przedmioty do miotania chemicznych środków obezwładniających oraz odstrzeliwiana amunicji alarmowej i sygnałowej, 2) przedmioty przeznaczone do obezwładniania osób za pomocą ładunków elektrycznych, 3) kusze, 4) następujące rodzaje broni białej: ostrza ukryte w przedmiotach nie mających wyglądu broni, pałki giętkie zaopatrzone w zakończenia z ciężkiego i twardego materiału lub zawierające wkładki z takiego materiału, nunczaki i kastety.

¹⁶ Co należy uważać za istotne, części broni lub amunicji zostało określone w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 19 października 1961 r. w sprawie określenia organów Milicji Obywatelskiej właściwych do wydawania pozwoleń na broń, ustalenia wzorów pozwoleń na broń oraz określenia istotnych części broni i amunicji, którego § 2 stanowił: 1. Istotnymi częściami broni są jej części będące podstawą montażową oraz następujące części i zespoły umożliwiające oddanie strzału: lufa, zamek i komora zamkowa. 2. Istotnymi częściami amunicji są: proch, sponka, łuska oraz pociski napelnione materiałem pirotechnicznym.

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 955 ze zm.

¹⁸ Dekret Naczelnika Państwa z dnia 25 stycznia 1919 r. o nabywaniu i posiadaniu broni i amunicji (Dz. Pr. P.P. z 1919 r., Nr 9, poz. 123).

¹⁹ Por. np. P. Chlebowicz, *Nielegalny handel bronią. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2015.

- 3) miotacze gazu obezwładniającego,
- 4) narzędzia i urządzenia, których używanie może zagrażać życiu lub zdrowiu.

Ustawa reguluje również kwestię amunicji do broni palnej, która jest zdefiniowana w art. 4 ust. 3 jako „naboje przeznaczone do strzelania z broni palnej”²⁰. Wszelkie ograniczenia wynikające z ustawy nie dotyczą funkcjonariuszy państwa. Dostęp do broni i zasady jej użycia są w odniesieniu do funkcjonariuszy regulowane odrębnymi przepisami²¹. Każda z tych kategorii jest traktowana przez ustawę nieco odmiennie²². Tak więc obowiązująca ustawa o broni i amunicji dotyczy tylko dostępu zwykłych ludzi do broni palnej na terytorium RP.

Pojęcie „broni palna” obejmuje broń bojową, myśliwską, sportową, gazową, alarmową²³ i sygnałową²⁴. Niektóre z tych pojęć uszczegóławiających mają definicje w ustawie. Ogólna definicja broni palnej zawarta jest w art. 7 ustęp 1 ustawy: „W rozumieniu ustawy bronią palną jest każda broń lufowa, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego”. Ta ogólna definicja dotyczy każdego z rodzajów broni palnej. Poprzednia (obowiązująca do czasu nowelizacji ustawy w 2011 r.)²⁵

²⁰ Definicję broni palnej zawiera również dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/853 z dnia 17 maja 2017 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/477/EWG w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni (Dz. Urz. U.E. L. 137/22 z dnia 24 maja 2017). Przepisy tej dyrektywy nie zostały jeszcze implementowane do polskiego prawa.

²¹ Ustawa z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2418) określa m.in. używanie broni palnej bojowej przez funkcjonariuszy państwowych wymienionych w art. 2 ust. 1. Jest to katalog odmienny niż określony w art. 3 ust. 1 ustawy o broni i amunicji.

²² W 2016 r. został złożony do Sejmu poselski projekt ustawy o broni i amunicji (druk sejmowy nr 1692 z dnia 4 listopada 2016 r.). Projekt ten różne kategorie broni mieszczące się w definicji broni wymienia w 25 punktach.

²³ W rozumieniu ustawy bronią palną alarmową jest urządzenie wielokrotnego użycia, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, wywołuje efekt akustyczny, a wystrzelona z lufy lub elementu ją zastępującej substancja razi cel na odległość nie większą niż 1 m (art. 7 ust. 3 ustawy). Szczegółowo o pojęciu broni palnej alarmowej pisał Z. Wardak, *Broń palna alarmowa – problematyka prawna i kryminalistyczna*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, t. 46. Tam też autor przywołuje obszerną literaturę dotyczącą pojęcia broni, pochodzącą zarówno sprzed 2011 r., jak i powstałą już po nowelizacji.

²⁴ W rozumieniu ustawy bronią palną sygnałową jest urządzenie wielokrotnego użycia, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego jest zdolne do wystrzelenia z lufy o kalibrze nie mniejszym niż 25 mm substancji w postaci ładunku pirotechnicznego celem wywołania efektu wizualnego lub akustycznego (art. 7 ust. 2 ustawy).

²⁵ Zmiana nastąpiła ustawą z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. z 2011 r., Nr 38, poz. 195). Sytuację po nowelizacji omawia A. Herzog, *Ustawa o broni i amunicji po nowelizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 64 i nast.

definicja zawarta w art. 7 ustawy uznawała za broń palną urządzenie niebezpieczne dla życia lub zdrowia, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, jest zdolne do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo z elementu zastępującego lufę, a przez to do rażenia celów na odległość. Definicja uległa zmianie nie dlatego, że uległa zmianie konstrukcja broni palnej, a dlatego, że poprzednią definicję uznano za niewłaściwą, za mało precyzyjną. Dalej ustawa określa znaczenie sformułowania „może być przeznaczona do miotania” w następujący sposób (ust. 1a): „W rozumieniu ustawy za dający się przystosować do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego uznaje się przedmiot, który ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może być łatwo przerobiony w celu miotania”.

Z zestawienia tych dwóch definicji ustawowych wynika, że bronią nie jest tylko to, co zwykliśmy nazywać potocznie bronią, czyli firmowe, wytworzone fabrycznie pistolety, karabiny itp., ale również coś (przedmiot), co jest przystosowane lub może być przystosowane do używania podobnie do broni, czyli np. tzw. samopały. To, czy określony przedmiot może być przystosowany do miotania, specjaliści muszą określić w konkretnym przypadku. Stanisław Hoc w komentarzu do ustawy zwraca uwagę, że już w treści art. 7 istnieje istotny dysonans²⁶. Podstawowa definicja zawarta w § 1 art. 7 określa broń palną jako broń lufową o określonych cechach, zaś § 1 określa, że do miotania może być przystosowany „przedmiot”, co jest oczywiście określeniem znacznie szerszym niż „broń lufowa”. Wątpliwość budzi też to, czy taki przedmiot, który może ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może być łatwo przerobiony w celu miotania (art. 7 § 1a ustawy). Stanisław Hoc zarzuca słusznie ustawodawcy, że na podstawie tak sformułowanego przepisu nie potrafimy odpowiedzieć na pytanie, czy przedmiot spełniający warunek łatwej możliwości przerobienia w celu miotania jest od razu bronią palną, czy dopiero po rzeczywistym przerobieniu. Broń bojowa, myśliwska lub sportowa jest zdefiniowana ze względu na cel, któremu ma służyć. Rodzaje broni są wyróżnione w ustawie w przepisach określających odpowiedni rodzaj pozwolenia.

Tak oto pojęcie broni myśliwskiej obejmuje broń dopuszczoną do wykonywania polowań na podstawie odrębnych przepisów (art. 10 ust. 4 pkt 3 ustawy)²⁷.

²⁶ Zob. S. Hoc, [w:] S. Hoc, J. Paśnik, P. Szustakiewicz, *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 36. Zob. też C. Kałol, *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, Warszawa 2021.

²⁷ Ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 67) – wydane na podstawie art. 43 ust. 3 tej ustawy rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 23 marca 2005 r. w sprawie szczegółowych warunków wykonywania polowania i znakowania tusz (Dz.U. z 2005 r., Nr 61, poz. 548) określa ogólne pojęcie broni myśliwskiej używanej do polowań w § 3 ust. 1 w następujący sposób: Do wykonywania polowania oraz odstrzału zwierząt stanowiących nadzwyczajne zagrożenie dla życia, zdrowia lub gospodarki człowieka dopuszczona jest wyłącznie myśliwska broń palna, z której po maksymalnym załadunku można oddać najwyżej sześć

Broń palna sportowa została określona przez wyliczenie w art. 10 ust. 4 pkt 4) w następujący sposób:

- broń palna bocznego zapłonu z lufami gwintowanymi o kalibrze do 6 mm,
- broń palna centralnego zapłonu z lufami gwintowanymi, o kalibrze do 12 mm,
- broń gładkolufowa²⁸,
- broń przystosowana do strzelania wyłącznie przy pomocy prochu czarnego (dymnego)²⁹.

Posiadanie broni palnej bez zezwolenia stanowi przestępstwo z art. 263 k.k. Ten sam przepis penalizuje wyrób broni palnej bez zezwolenia, handel bronią bez zezwolenia, udostępnienie jej lub przekazanie przez uprawnionego posiadacza osobie nieuprawnionej oraz nieumyślne spowodowanie utraty broni przez osobę posiadającą ją zgodnie z prawem. Przestępstwa te obejmują również amunicję. Co wynika z ustawowych definicji? Z pewnością jedno – żaden sędzia nie ustali bez pomocy biegłego, czy przedmiot (poza bronią wytworzoną fabrycznie), który był w czymś posiadaniu, był bronią, czy nie był³⁰. Taki jest wynik maksymalnego komplikowania definicji broni, która stała się definicją dla wysoko kwalifikowanych specjalistów, zupełnie nieczytelną nawet dla sędziów lub prokuratorów.

Wśród rodzajów broni palnej ustawa wymienia również broń gazową, nie formułuje jednak jej definicji. Należy przyjąć, że bronią palną gazową są urządzenia odpowiadające definicji broni palnej (patrz art. 7 ust. 1) miotające pociski gazowe. Wśród broni palnej wymienione są również miotacze gazu obezwładniającego, dlatego istotne wydaje się ustalenie różnicy między tymi pojęciami. Podstawową różnicą wydaje się być to, że broń gazowa musi wypełniać podstawową definicję broni palnej, zaś miotacze gazu obezwładniającego – nie.

Ustalenie, co jest bronią gazową, a co miotaczem gazu obezwładniającego, ma istotne znaczenie dla ustalenia, jakiego rodzaju pozwolenie jest wymaga-

pojedynczych strzałów; magazynek broni samopowtarzalnej może zawierać najwyżej dwa naboje. Dalsze ustępy tego paragrafu określają broń dopuszczalną do polowania na określone gatunki zwierzyzny łownej i dopuszczalne naboje.

²⁸ Gładkolufowa broń to m.in. broń śrutowa używana do polowań.

²⁹ Orzeczenie SN z 24 lutego 2010 r., sygn. akt I KZP 29/09 stanowi: Nie jest wymagane pozwolenie na posiadanie czarnego prochu, mogącego być także częścią amunicji do broni palnej, wytworzonej przed 1850 r., w odniesieniu do której, stosownie do art. 11 pkt 1 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U. z 2004 r., Nr 52, poz. 525 ze zm.), nie jest wymagane pozwolenie na posiadanie w rozumieniu tejże ustawy (OSNKW 2010, z. 4 poz. 30).

³⁰ Zob. np. wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt II KK 178/09, Lex nr 607797. Jest to wyrok kasacyjny dotyczący wyroku nakazowego Sądu Rejonowego z 16 stycznia 2009 r., sygn. akt VII W 2737/08, w którym skazano oskarżonego na 600 zł grzywny za wykroczenie z art. 51 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 pkt 4a ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji za to, że posiadał w samochodzie bronią białą, tj. narzędzia i urządzenia, których używanie może zagrażać życiu lub zdrowiu, takie jak: siekiery, pojemniki z gazem, pałkę giętą, kastet metalowy oraz pałkę teleskopową.

ne do posiadania określonego rodzaju broni³¹. Broń gazową można posiadać na podstawie pozwolenia na broń wydanego przez komendanta wojewódzkiego Policji (art. 9 ust. 1 ustawy), zaś miotacze gazu obezwładniającego oraz narzędzia i urządzenia, o których mowa w art. 4 ustęp 1 pkt 3 i 4 ustawy, na podstawie pozwolenia na broń wydanego przez komendanta powiatowego Policji (art. 9 ust. 3 ustawy). Kryterium wyznaczenia właściwego do wydania pozwolenia organy jest, jak się wydaje, poziom zagrożenia bezpieczeństwa publicznego związany z posiadaniem określonego rodzaju broni.

Odpowiedzialność za posiadanie bez właściwego zezwolenia³² na podstawie art. 263 k.k. dotyczy tylko posiadania broni palnej, zatem nie ponosi na tej podstawie odpowiedzialności osoba posiadająca bez właściwego pozwolenia miotacz gazu obezwładniającego. Posiadanie bez pozwolenia takiego urządzenia nie jest również objęte dyspozycją art. 51 ustawy, ustanawiającego wykroczenia. Wykroczeniem jest posiadanie bez odpowiedniej rejestracji broni pneumatycznej³³ albo zbycie osobie nieuprawnionej broni pneumatycznej albo miotacza gazu obezwładniającego lub narzędzia albo urządzenia, którego używanie może zagrażać życiu lub zdrowiu (art. 51 ust. 1). Nie stanowi wobec tego wykroczenia samo posiadanie bez pozwolenia miotacza gazu obezwładniającego ani też narzędzia lub urządzenia, których używanie może zagrażać życiu lub zdrowiu, czyli desygnatów pojęcia „broń” określonych w art. 4 ustęp 1 pkt 3 i 4 ustawy³⁴. Jest to oczywista niekonsekwencja ustawy.

Pojęcie broni w orzecznictwie sądowym

Orzecznictwo sądowe, odnoszące się do szeroko pojmowanego zagadnienia broni, jest bardzo obszerne. Odwołuje się ono zarówno do samego pojęcia broni, jak też prawnych problemów związanych z interpretacją przepisów, np. czy broń gazowa jest bronią palną³⁵, użycia broni palnej przez funkcjonariusza

³¹ Zob. M. Tomaszewski, *Pojęcie broni palnej w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 10.

³² Organ upoważniony i tryb wydawania pozwoleń na posiadanie broni wskazuje art. 9 ustawy.

³³ Bronią pneumatyczną w rozumieniu ustawy jest niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, które w wyniku działania sprężonego gazu jest zdolne do wystrzelenia pocisku z lufy lub elementu ją zastępującego i przez to zdolne do rażenia celu na odległość, a energia kinetyczna pocisku opuszczającego lufę lub element ją zastępujący przekracza 17 J (art. 8 ustawy).

³⁴ Tak też: S. Hoc, [w:] S. Hoc J. Paśnik, P. Szustakiewicz, op. cit., s. 201.

³⁵ W świetle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2004 r., sygn. akt I KZP 39/2003, Lex nr 82446 poglądem dominującym jest dopuszczenie uznania definicji legalnej zawartej w ustawie o broni i amunicji z dnia 21 maja 1999 r. za w pełni adekwatną do badania realizacji przesłanki polegającej na posłużeniu się „bronią palną” z art. 280 § 2 k.k. czy też penalizacji jej posiadania (art. 263 § 2 k.k.). Z kolei w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 4 listopada 2002 r., sygn. akt V KKN 376/01, Lex nr 74829 czytamy: „Podkreślić należy

Policji lub innego uprawnionego organu (w tym ujęciu dostrzec można linię restrykcyjnego traktowania prawa do użycia broni palnej³⁶, jak i podejścia liberalnego³⁷) czy też odnoszącego się do pozwolenia na posiadanie broni palnej. W tym trzecim przypadku na pierwszy plan wysuwają się wątpliwości

suwerenność obu aktów normatywnych, to jest kodeksu karnego z 1997 r. i ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, wypływająca z dość oczywistego względu: każda z ustaw ma do spełnienia zgoła różne cele społeczne i prawne. Warto zwrócić uwagę, że w art. 4 ustawy z 1999 r. podkreślono, iż zawarty w niej katalog dotyczy tylko tej ustawy, a w art. 7 zamieszczono znamieny zwrot »w rozumieniu tej ustawy«. O ile bowiem celem art. 280 § 1 k.k. jest określenie typu kwalifikowanego rozboju, podczas którego popełniania broń palna stanowi jedynie przedmiot, którym sprawca się posługuje, i który ze względu na swe szczególne właściwości przydaje działaniu wyjątkowo niebezpieczny charakter, o tyle celem ustawy z dnia 21 maja 1999 r. jest określenie warunków posiadania broni palnej i regul obrót nią. Broń palna w rozumieniu art. 280 § 2 k.k. musi być zatem w chwili czynu zdadna do wystrzału ostrą amunicją”.

³⁶ Np. w wyroku Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2013 r., sygn. akt V KK 99/12, Lex nr 1316082, czytamy: „Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 3 ustawy o Policji warunkiem wyłączenia odpowiedzialności karnej za użycie przez policjanta broni palnej, prowadzące do naruszenia lub bezpośredniego zagrożenia dóbr prawnie chronionych, jest wykazanie, że sposób tego użycia był racjonalnym środkiem odparcia zamachu, użycie broni nie powodowało bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia osób trzecich, spełniony został wymóg minimalizacji szkód oraz nie zachodzą przesłanki bezwzględnej subsydiarności użycia broni, co obejmuje w szczególności sytuacje, gdy zamach został wywołany przez wcześniejsze nieprawidłowe i zawnione działanie policjanta”. A w postanowieniu Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2011 r., sygn. akt III KK 160/11, Lex nr 1119506: „Zatrzymanie przy użyciu broni musi być konieczne, więc nie może nastąpić, gdy istniały inne środki zshwywania uciekającego. Wymaganie konieczności kryje w sobie element proporcjonalności dóbr. Reguła »bezwzględnej konieczności« użycia broni nakazuje, aby użycie broni pozostawało w proporcji do intensywności zagrożenia. Niedopuszczalne jest posłużenie się bronią wobec osoby, która nie jest podejrzana o przestępstwo z użyciem przemocy i która bezpośrednio nie zagraża niczyjemu zdrowiu lub życiu. Wymaganie »legalności« użycia broni odnosi się w pierwszym rzędzie do oceny działań funkcjonariuszy z punktu widzenia prawa krajowego”.

³⁷ Dobrym przykładem będzie wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 kwietnia 2014 r., 26330/12, Lex nr 1451455: „(...) W okolicznościach niniejszej sprawy użycie siły było uzasadnione wobec zagrożenia dla życia i zdrowia zarówno osób znajdujących się na drodze, jak i funkcjonariuszy policji próbujących zatrzymać kierowcę. Przyjęcie wniosku przeciwnego oznaczałoby nałożenie nierealistycznego obciążenia na Państwo i funkcjonariuszy organów ścigania wykonujących swe obowiązki, być może z niekorzyścią dla ich życia i życia innych ludzi. Ustalono, iż P.B. stanowił zagrożenie dla zatrzymujących go funkcjonariuszy, a tym samym użycie potencjalnie śmiertelnej siły może zostać uznane za »bezwzględnie konieczne«. Należy także wskazać, iż policja została zaangażowana w niezaplanowaną operację, w wyniku której sytuacja rozwinęła się w sposób wymagający interwencji bez wcześniejszych przygotowań” czy też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 10 marca 2011 r., sygn. akt II AK a 213/10, Lex nr 787381: „(...) W realiach tego bardzo dynamicznego, liczonego w sekundy zdarzenia, skoro nawet odtworzenie po czasie jego poszczególnych elementów stanowi dla Sądu istotny problem, to wymaganie tego rodzaju perfekcji od interweniującego w warunkach zagrożenia policjanta, stanowi wymóg ocierający się o nierealność. Trudno bowiem wymagać, by w sytuacji bezpośredniego zagrożenia życia własnego i będącej z nim funkcjonariuszki w ułamku sekund »przeanalizował« etapy zachowania kierowcy Forda, pod kątem oceny, czy szarżujący samochodem jeszcze »atakuję«, czy też już »ucieka« i w związku z tym, czy strzelając w koła samochodu, choć nie w kierunku osoby winien był jeszcze – bądź już nie – używać komend, o których mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia z 19 lipca 2005 r.”.

interpretacyjne pojęcia „posiadanie” oraz sprzeczności orzecznicze odnośnie niejednolitej praktyki w ujęciu oceny poszczególnych znamion przestępstwa czy też czynności sprawczych z art. 263 § 2 k.k.

Samo słowo „posiadanie” stanowiło przedmiot wielu judykatów. Chociażby w wyroku z 21 stycznia 2009 r., sygn. akt II KK 197/08 Sąd Najwyższy stwierdził, że „odrzuć należy tożsamość rozumienia (...) zwrotu (posiadanie) na gruncie szeroko rozumianego prawa karnego i cywilnego. Nie do przyjęcia bowiem w prawie karnym byłaby choćby definicja »dzierżenia« wynikająca z art. 338 k.c. – niebędącego przecież posiadaniem (osoba faktycznie władająca rzeczą, czy to w swoim imieniu, czy za kogoś innego, bez wątplenia prawie zawsze będzie w prawie karnym postrzegana jako posiadacz). Przyjąć należy, że analizowany zwrot nie tylko nie posiada na gruncie norm prawa karnego definicji legalnej (tak jak ma to miejsce w art. 336 k.c.), ale również nie jest to zwrot, którego znaczenie w języku prawniczym byłoby jednoznaczne – wystarczy tu przypomnieć wskazane różnice pomiędzy znaczeniem cywilistycznym i karnoprawnym tego terminu”³⁸. Z kolei Sąd Apelacyjny w Lublinie, analizując czynności stanowiące przestępstwo posiadania broni bez zezwolenia, stwierdził, że przez posiadanie w rozumieniu art. 263 § 2 k.k. należy rozumieć każde faktyczne, nawet krótkotrwałe władanie rzeczą, zarówno jak właściciel, ale i bez chęci zatrzymania dla siebie, np. tylko aby używać chwilowo czy za kogoś innego, z zamiarem przywłaszczenia lub bez, czy przechowanie z upoważnienia innej osoby. Posiadanie charakteryzują takie czynności, jak mieć, trzymać, utrzymać czy dysponować. Występek ten może zostać popełniony nie tylko przez działanie ale i zaniechanie, a sprawca tego przestępstwa może być posiadaczem broni lub amunicji, nawet jeśli ich nie widział i nie dotykał³⁹.

W orzecznictwie sądów administracyjnych dostrzegana jest niejednolita praktyka oceny spraw dotyczących rozstrzygnięć organów Policji⁴⁰ w przedmiocie cofnięcia pozwolenia na posiadanie broni palnej do celów sportowych. Organy administracji, opierając się na art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, wydają decyzje o cofnięciu pozwolenia na broń palną sportową, które zostało udzielone na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów. Posiadacze tych pozwoleń w oparciu o aktualnie normy ustawowe nie spełniają obecnie wymogów uzyskania takiego pozwolenia. Chodzi w szczególności o spełnienie wynikającego z art. 10 ust. 3 pkt 3 ustawy o broni i amunicji wymogu posiadania kwalifikacji sportowych, o których mowa w art. 10b oraz licencji właściwego polskiego związku sportowego.

³⁸ OSNKW 2009, Nr 4, poz. 30.

³⁹ Tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 28 czerwca 2017 r., sygn. akt II AKa 288/16, Lex nr 2354171.

⁴⁰ Szerzej: K. Frąckowiak, *Standardy użycia broni palnej przez policjantów a ochrona życia ludzkiego*, Szczytno 2013.

Dodatkowo powstaje problem z interpretacją i oceną zachowania osób, które uzyskały pozwolenie na broń sportową na podstawie „starych” przepisów, czy także muszą spełniać wymogi wynikające z obecnie obowiązującej regulacji. Z kolei brak spełnienia zawartych tam warunków (np. z art. 10 ust. 3 pkt 3 ustawy o broni i amunicji) skutkuje cofnięciem pozwolenia na posiadanie broni palnej sportowej, czy też nie? Tu istnieją dwie linie interpretacyjne, z których jedna stanowi że należy cofnąć pozwolenie⁴¹, a druga wskazuje przesłanki o braku podstaw w tym zakresie⁴².

⁴¹ Pozwolenia na broń do celów sportowych uzyskane pod rządami wcześniejszych regulacji prawnych należy badać przez pryzmat aktualnie obowiązujących przepisów i wymogów w nich zawartych również tych, które wynikają z art. 10 ust. 3 pkt 3 ustawy o broni i amunicji. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 21 lipca 2016 r., sygn. akt II SA/Wa 520/16, Lex nr 2113530 stwierdził: „Na gruncie obowiązującej ustawy o broni i amunicji (...) dla zachowania przez skarżącego nabytego prawa – pozwolenia na posiadanie broni palnej sportowej – niezbędne jest wykazanie uprawiania czynnego sportu strzeleckiego w oparciu o aktualną (ważną) licencję związku sportowego, wymaganą przepisem art. 10 ust. 3 pkt 3 u.b.a. Skarżący takiej licencji nie posiada (...). Tym samym skarżący (...) nie legitymując się aktualną licencją uprawniającą do uczestnictwa we współzawodnictwie sportowym, przestał spełniać wymogi niezbędne do zachowania pozwolenia na posiadanie broni palnej sportowej, o których mowa w art. 10 ust. 3 pkt 3 u.b.a. Sama przynależność do Stowarzyszenia, jak też uprawianie w ramach tego Stowarzyszenia strzelectwa, nie stanowi o spełnieniu wymogu określonego przez ustawodawcę w przepisie art. 10b u.b.a. (...). Skoro skarżący nie ma – wobec braku licencji – uprawnień do używania broni w celu, dla którego uzyskał pozwolenie w 1997 r., to zasadnie organ – biorąc pod uwagę reglamentacyjny charakter przepisów regulujących dostęp do broni – uznał, że niecelowe byłoby pozostawienie stronie prawa do broni (...). Przepis art. 52 u.b.a., zgodnie z którym zachowują ważność pozwolenia na broń i legitymacje noszące nazwę »pozwolenie na broń«, wydane na podstawie dotychczasowych przepisów, nie oznacza, że osoby, które uzyskały zezwolenie na posiadanie broni sportowej na podstawie ustawy z 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych, nie są związane regulacjami wynikającymi z przepisów obecnie obowiązującej ustawy”. Analogicznie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 20 maja 2016 r., sygn. akt II OSK 2265/14, Lex nr 2083467: „Z (...) przepisów [art. 10 ust. 1 oraz do art. 10 ust. 3 pkt 3 u.b.a. – przyp. aut.] wynika, że jednym z warunków koniecznych do uzyskania pozwolenia na broń do celów sportowych jest legitymowanie się licencją właściwego polskiego związku sportowego. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że skarżący licencją taką nie dysponuje, co oznacza, że nie spełnia warunków niezbędnych do posiadania pozwolenia na broń palną sportową, o których mowa w art. 10 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 3 pkt 3 u.b.a. Okoliczność, że skarżący na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów spełniał wymogi do posiadania broni palnej sportowej, nie oznacza, że nie jest on związany regulacjami wynikającymi z przepisów obecnie obowiązującej ustawy (...)”.

⁴² Brak jest podstaw do cofnięcia pozwolenia na posiadanie broni palnej sportowej z tego powodu, że osoba, która uzyskała takie pozwolenie pod rządami wcześniej obowiązujących przepisów, nie spełnia warunków wynikających z obecnie obowiązującego art. 10 ust. 3 pkt 3 ustawy o broni i amunicji. Tak m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 6 października 2016 r., sygn. akt II OSK 2555/14, Lex nr 2163222: „Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że w sytuacji, gdy skarżący kasacyjnie nie posiada dokumentu wydanego przez polski związek sportowy, o którym mowa w art. 10b ust. 2 u.b.a. i tym samym nie może uprawiać sportu o charakterze strzeleckim, to w konsekwencji ustała okoliczność faktyczna, dla której wydano mu pozwolenie na posiadanie broni palnej sportowej. Stwierdzić należy, że skarżący kasacyjnie uzyskał pozwolenie na broń palną sportową w czasie, gdy uzyskanie pozwolenia na posiadanie tego typu broni nie wiązało się z koniecznością uprawiania sportu o charakterze strzeleckim i pozwolenie to nadal zachowuje swoją moc. Nie ma

Początkowo, w orzecznictwie sądownoadministracyjnym dominował nurt przedstawiony jako pierwszy, który zakładał, że skoro osoba uzyskała pozwolenie na broń w oparciu o poprzednio obowiązujące przepisy i nie posiada obecnie licencji Polskiego Związku Strzelectwa Sportowego oraz patentu strzeleckiego, to uzasadnione jest cofnięcie udzielonego pozwolenia. Argumentem na rzecz takiego stanowiska było to, że ustale okoliczności faktyczne stanowiące podstawę wydania pozwolenia (art. 18 ust. 4 ustawy o broni i amunicji). Obecnie dostrzec można zmianę tendencji orzeczniczych. W najnowszych dykatakach, Naczelny Sąd Administracyjny kwestionuje wskazany wyżej pogląd. Sąd, analizując m.in. przepisy intertemporalne ustawy o broni i amunicji oraz ustawy zmieniającej tę ustawę (z dnia 5 stycznia 2011 r.), zwraca uwagę na to, że nie ma przepisu, który pozbawiałby mocy prawnej tzw. stare pozwolenia na broń lub takiego, który nakazywałby osobom posiadającym takie pozwolenie spełniać dodatkowe wymogi dostosowujące do nowych przepisów. Ponadto akcentuje się że otwarty katalog „ważnych przyczyn” udzielenia pozwolenia na posiadanie broni palnej sportowej (art. 10 ust. 3 ustawy o broni i amunicji) daje możliwość uwzględnienia przez orzekające organy Policji także innych niż wymienione w tym przepisie okoliczności uprawniających do uzyskania przez zainteresowanego pozwolenia na broń. Nie można uznać, w oderwaniu od realiów sprawy, że sam brak licencji Polskiego Związku Strzelectwa Sportowego i patentu strzeleckiego, automatycznie oznacza konieczność cofnięcia udzielonego już pozwolenia na broń palną sportową.

Co do samego definiowania broni w postanowieniu Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2003 r., sygn. akt I KZP 40/02 podkreślono, że w rozumieniu ustawy bronią palną są wszystkie urządzenia zaliczone do tej kategorii

żadnego przepisu, który pozbawiałby to pozwolenie mocy prawnej. (...) Nie ma też żadnego przepisu, który nakazywałby osobom posiadającym pozwolenie na broń palną sportową uzyskane na podstawie przepisów ustawy z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych, jak i na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji przed dniem 10 marca 2011 r. dostosowania się do wymogów zawartych w art. 10b u.b.a. Brak jest też podstaw do uznania istnienia tego rodzaju obowiązku w drodze wykładni”. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 20 września 2016 r., sygn. akt II OSK 3126/14, niepubl.: „NSA nie podziela argumentacji organów administracji oraz Sądu pierwszej instancji, że fakt, iż osoba, która otrzymała pozwolenie na broń sportową przed wejściem w życie art. 10 ust. 3 pkt 3 u.b.a. w obecnym brzmieniu – co miało miejsce, jak wynika z ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji (...) w dniu 10 marca 2011 r. – nie spełnia warunków określonych w tym przepisie, a więc m.in. nie posiada patentu strzeleckiego i licencji zawodniczej wydanej przez PZSS, jest samo w sobie podstawą do uznania, że ustale okoliczności faktyczne, które stanowiły podstawę do wydania tego pozwolenia. Zgodnie z art. 18 ust. 4 u.b.a. właściwy organ Policji może cofnąć pozwolenie na broń, jeżeli ustale okoliczności faktyczne, które stanowiły podstawę do jego wydania. Konieczne jest więc zbadanie, jakie okoliczności były podstawą wydania pozwolenia na broń sportową i jeżeli było to, tak jak w rozpoznawanej sprawie, uprawianie sportu strzeleckiego – niezbędne jest zbadanie, czy te okoliczności ustały, a więc, czy posiadacz pozwolenia na broń sportową zaprzestał uprawiania sportu o charakterze strzeleckim. Fakt, że obecnie nie posiada on licencji zawodniczej może być okolicznością faktyczną potwierdzającą to, że nie uprawia tego rodzaju sportów. Nie może to jednak być okoliczność przesądzająca (...)”.

w art. 4 ust. 1 pkt 1 oraz wszystkie inne urządzenia nienazwane w tej niepełnej definicji zakresowej, które spełniają kryteria definicji treściowej wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy o broni i amunicji. Mogą to być np. nietypowe urządzenia, które pojawiają się wraz z coraz szybszym rozwojem technicznym typów i rodzajów broni, a które, nie będąc bronią bojową, myśliwską, sportową, gazową, alarmową i sygnałową, będą wypełniały kryteria ustalone w definicji treściowej zawartej w art. 7 ustawy o broni i amunicji⁴³. W uchwale Sądu Najwyższego z 24 lutego 2010 r., sygn. akt I KZP 29/09⁴⁴ podkreślono, że nie jest wymagane pozwolenie na posiadanie czarnego prochu, mogącego być także częścią amunicji do broni palnej wytworzonej przed 1850 r. W innym judykacie stwierdzono, że wystawiony jako eksponat w muzeum egzemplarz pistoletu wojskowego, będącego aktualnie na wyposażeniu wojska, stanowi broń palną oraz broń wojskową w rozumieniu ustawy, choćby był technicznie niesprawny, jeżeli niesprawność ta może być usunięta⁴⁵.

Brak nieistotnej części broni, niepowodujący możliwości odstrzelenia naboju, nie dyskwalifikuje danego egzemplarza jako broni palnej⁴⁶. A w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 czerwca 2006 r., sygn. akt II AKa 128/06⁴⁷ uznano, że gotowa lub obrobiona istotna część broni palnej (np. bęben naboju), uważana za broń w rozumieniu ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, na posiadanie której sprawca nie ma wymaganego zezwolenia, stanowi broń palną w rozumieniu przepisu art. 263 § 2 k.k., a co za tym idzie, tak opisane zachowanie podlega kryminalizacji wynikającej z tego przepisu. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 7 października 2004 r., II AKa 238/04⁴⁸ stwierdzono, że posiadane przez oskarżonego rewolwery alarmowe Kimar i Start4, na skutek dokonanych przeróbek polegających na usunięciu przegrody zabezpieczającej z lufy, stanowią broń palną. O przyjęciu, że stanowią one broń palną, decyduje bowiem to, że na skutek niedozwolonych przeróbek możliwe jest miotanie pocisków wprowadzanych bezpośrednio do przewodu lufy, a nie jej celność czy też zakres rażenia. Zatem nawet defekty broni nadające się do usunięcia nie pozbawiają danego urządzenia cech broni palnej⁴⁹. Cechy wymaganej dla broni palnej w postaci zdatności do rażenia pociskiem lub substancją z odpowiedniej odległości nie mają „straszaki” i zbli-

⁴³ OSNKW 2003, Nr 1–2, poz. 11.

⁴⁴ Lex nr 558098. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z 21 lipca 2011 r., sygn. akt III KK 184/11, Lex nr 860614, z aprobowaną glosą B. Kurzepy, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5, s. 164 i nast.

⁴⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 kwietnia 1975 r., sygn. akt Rw 627/74, OSNKW 1975, Nr 7.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt II AKa 431/06, Lex nr 312513.

⁴⁷ „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 4, poz. 20.

⁴⁸ „Prokuratura i Prawo” 2005, Nr 10, poz. 19.

⁴⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 stycznia 2014 r., sygn. akt II AKa 228/13, Lex nr 1441569.

żone do nich przedmioty, służące jedynie do zabawy⁵⁰. Bronią palną nie jest także pistolet wodny, nawet łudząco podobny do prawdziwego⁵¹. Według Sądu Najwyższego nie jest bronią palną sportowy pistolet startowy. Za broń palną może być uznany pistolet sygnałowy (rakieta), który może być wykorzystany do zabijania ludzi i zwierząt na odległość do 10 m, dodatkowo możliwe jest strzelanie z niego amunicją myśliwską⁵². Za broń palną nie uznaje się pistoletu prawdziwego, ale niezdatnego do użytku⁵³. Sąd Apelacyjny w Lublinie stwierdził, że „niesprawny i nienabity pistolet pneumatyczny nie jest bronią palną”⁵⁴.

Wnioski końcowe

Obowiązująca obecnie w Polsce ustawa o broni i amunicji ma podstawową wadę, polegającą na całkowitej niejasności odnośnie desygnatu pojęcia „broń”, a szczególnie „broń palna”. Definicja odwołuje się do pojęć zupełnie niejasnych dla laika, a i specjaliści mają z nią kłopoty, o czym świadczy liczba publikacji naukowych poświęconych tylko definicji. Historyczne spojrzenie na polskie regulacje odnoszące się do posiadania broni przez osoby cywilne (nie funkcjonariuszy służb) pokazuje postępujące komplikowanie się tych regulacji, zupełnie nieodpowiadające komplikowaniu się rzeczywistości. Pierwszy dekret dotyczący tego przedmiotu z 1919 r. miał 7 artykułów i dwa rozporządzenia wykonawcze odnoszące się do ustalenia pojęcia „broń”. Obowiązująca ustawa ma 56 bardzo rozbudowanych przepisów i w zakresie definicji żaden obywatel bez specjalistycznego przygotowania jej nie zrozumie, zaś specjaliści z zakresu kryminalistyki prezentują różne poglądy na to, co jest, a co nie jest bronią, szczególnie gdy chodzi o broń palną⁵⁵. Przeczy to podstawowym zasadom pra-

⁵⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 8 października 1976 r., sygn. akt IV KR 196/76, OSNKW 1976, Nr 12, poz. 147

⁵¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 grudnia 1959 r., sygn. akt IV K 952/59, OSNPG 1960, Nr 1, poz. 20.

⁵² Por. wyrok Sądu Najwyższego z 3 lipca 1979 r., sygn. akt III KR 167/79, KZS 1997, z. 8, poz. 187. Por. także wyrok SA w Katowicach z 10 listopada 2009 r., sygn. akt II AKa 317/09, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2010, Nr 6, poz. 16, w którym sąd uznał, że pistolet alarmowy Start3 kaliber 6 mm stanowi broń palną.

⁵³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 lutego 1962 r., sygn. akt IV K 986/61, OSNKW 1963, Nr 3, poz. 55 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 1981 r., sygn. akt I KR 288/81, OSNPG 1982, Nr 8, poz. 115.

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 5 kwietnia 2004 r., sygn. akt II AKa 47/04, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2005, Nr 1, poz. 12.

⁵⁵ Ostatnie pozycje literatury dotyczące pojęcia „broń” to m.in.: Z. Bogusz, P. Grzegorzczak, W. Thiel, Z. Wardak, *Kryminalistyczna problematyka broni akustyczno-pneumatycznej*, [w:] M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2011; W. Brywczyński, *Kolekcjoner czy przestępca – w trosce o prawidłową interpretację pojęcia „broń palna”*, „Problemy Współczesnej

widłowej legislacji i praktycznie uniemożliwia obywatelom zrozumienie obowiązującego prawa, co jest istotne szczególnie w kontekście odpowiedzialności karnej za samo posiadanie broni palnej.

Na postawione we wstępie pytanie należy po szczegółowej analizie historycznej i dogmatycznej przepisów odpowiedzieć następująco: że przepis Kodeksu karnego penalizujący posiadanie broni i/lub amunicji bez odpowiedniego zezwolenia należy łączyć z ustawą o broni i amunicji w zakresie definicji pojęć „broń” i „amunicja”. Nie świadczy to o nieprawidłowym określeniu znamion tego przestępstwa. W zasadzie dla potrzeb określenia znamion przestępstwa należy przyjąć definicję istniejącą w ustawie odnoszącej się do specyficznego zagadnienia.

W przypadku broni i amunicji wadą regulacji jest natomiast to, że ani przepisy ustawy, ani nawet orzecznictwo sądowe nie są w stanie wystarczająco precyzyjnie odpowiedzieć na pytanie, co jest bronią palną i amunicją, za których posiadanie grozi odpowiedzialność karną. Tylko biegli próbują określać to na potrzeby procesu karnego, odwołując się często do „kryminalistycznej definicji broni palnej” – kryminalistycznej, a więc niezrozumiałej dla ludzi bez specjalistycznego przygotowania.

Wykaz literatury

- Bafia J., Hochberg L., Siewierski M., *Ustawy karne PRL. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1965.
- Bogusz Z., Grzegorzczak P., Thiel W., Wardak Z., *Kryminalistyczna problematyka broni akustyczno-pneumatycznej*, [w:] M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Stowarzyszenie Absolwentów WPiA UW, Warszawa 2011.
- Brywczyński W., *Kolekcjoner czy przestępca – w trosce o prawidłową interpretację pojęcia „bron palna”*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2008, t. 12.
- Chlebowicz P., *Nielegalny handel bronią*, *Studium kryminologiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Fraćkowiak K., *Standardy użycia broni palnej przez policjantów a ochrona życia ludzkiego*, WSPoL, Szczytno 2013.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. dwudzieste drugie, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Herzog A., *Ustawa o broni i amunicji po nowelizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10.
- Hoc S., *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, [w:] S. Hoc J. Paśnik, P. Szustakiewicz, *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Hoc S., Paśnik J., Szustakiewicz P., *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.

Kryminalistyki” 2008, t. 12; A. Herzog, op. cit.; J. Kasprzak, „Istotne części broni” – czyli istotne problemy z interpretacją prawa, [w:] M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), op. cit.; M. Tomaszewski, *Pojęcie broni palnej w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 10.

- Kasprzak J., „Istotne części broni” – czyli istotne problemy z interpretacją prawa, [w:] M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Stowarzyszenie Absolwentów WPiA UW, Warszawa 2011.
- Kasprzak J., *Karalność nielegalnego wytwarzania i posiadania broni na przestrzeni dziejów*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Granice kryminalizacji i penalizacji*, ElSet, Olsztyn 2013.
- Kąkol C., *Ustawa o broni i amunicji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Kurzępa B., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. III KK 184/11*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5.
- Tomaszewski M., *Pojęcie broni palnej w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 10.
- Wardak Z., *Broń palna alarmowa – problematyka prawna i kryminalistyczna*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, t. 46.

Summary

Concept of firearms under Article 263 of the Penal Code and the Law on weapons and ammunition

Keywords: law, forensic science, weapons, firearms, ammunition, explosives, gun possession.

The purpose of the paper is to show the formation of the statutory concept of “firearm” in Polish law, as well as the evolution of responsibility for its illegal possession. Designees of the term “firearms” are not only weapons manufactured in the factory but also other objects that can be used as weapons (forensic concept of weapons). This issue is important because of the work on a new law on weapons that have been going on for several years. The adoption of a correct, understandable definition is crucial for criminal liability. It is also important to correctly define the notion of ‘possession’ of a weapon, which still raises doubts in judicial decisions.

In Poland the Law on Weapons and Ammunition in interpreting the notion of arms and firearms is unclear. It refers to concepts that are difficult to define. A historical look at Polish regulations relating to the possession of weapons by civilians, not servicemen, shows the progressive complication of these regulations, which does not correspond with the complication of reality.

The current law has 56 very extensive regulations, and in terms of definitions, no citizen without specialized training will understand it. In turn, specialists in forensic science present different views on what is and what is not a weapon, especially when it comes to firearms. This contradicts basic principles of proper legislation and makes it virtually impossible for citizens to understand the applicable law, which is important, especially in the context of criminal liability for firearms possession.

The authors presented a dogmatic analysis of the current law, referring to the concepts of forensic definitions of weapons. They also used the historical analysis of the regulations concerning the possession of firearms by citizens, starting from the interwar period.

Finally, they analyzed the jurisprudence of Polish courts, both administrative (gun permits) and criminal (the crime of illegal possession of weapons).

Kazimiera Juszka

Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie

ORCID: 0000-0002-8466-1716

kazimiera.juszka@up.krakow.pl

Karolina Dominika Dziedzic

Kancelaria adwokacka KABG

ORCID: 0000-0002-7422-992X

k.dziedzic@kabg-adwokaci.pl

Kontrowersyjne nowe technologie w kryminalistyce

Uwagi wstępne

Wykorzystywanie nowych rozwiązań bazujących na osiągnięciach techniki i nauki na potrzeby procesu karnego jest uważane za konieczne i zasadne dla osiągnięcia jego podstawowych celów. Zastosowanie naziemnej techniki skanowania 3D w pracy zespołów dochodzeniowo-śledczych jest rekomendowane jako efektywny sposób prowadzenia czynności kryminalistycznych, w szczególności o charakterze niepowtarzalnym, np. podczas przeprowadzania oględzin¹. Bezzałogowe statki powietrzne (drony) pomagają służbom w prowadzeniu poszukiwań osób zaginionych i monitorowaniu terenów niebezpiecznych lub trudnodostępnych². W praktyce wykorzystywane są również georadary,

¹ Zob. K. Juszka, *Skanowanie 3D w realizacji zasad efektywnego przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta KołECKIEGO*, Warszawa 2013, s. 117; eadem, *Jakość czynności kryminalistycznych*, Lublin 2007; eadem, *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policynny” 2009, nr 4, s. 47; eadem, *Perspektywa doskonalenia systemu wykrywalności sprawców przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8, s. 221; eadem, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 60–62; R. Tredinnick, S. Smith, K. Ponto, *A cost-benefit analysis of 3D scanning technology for crime scene investigation*, „Forensic Science International: Reports” 2019, t. 1, <https://doi.org/10.1016/j.fsir.2019.100025> (data dostępu: 29.12.2021).

² Zob. R. Włodarczyk, *Unmanned Aerial Vehicles ‘in service’ of Internal Security of the State*, „International Security” 2020, t. 12, s. 196; J. Merkisz, A. Nykaza, *Zastosowanie bezzałogowych statków powietrznych w kryminalistyce rozpoznawczej i wykrywczej*, <http://yadda.icm.edu.pl/baztech/element/bwmeta1.element.baztech-ffa851b3-bc1d-4275-bca0-bc9f8421ea4b> (data dostępu: 29.12.2021);

sonary oraz bezzałogowe łodzie podwodne (najczęściej w celu poszukiwania zwłok ludzkich)³, a także metody wizualizacji linii papilarnych oraz systemy automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych⁴. Wykorzystywanie powyższych narzędzi i technik jest powszechnie akceptowane, jednak równolegle rozwijane są technologie budzące wątpliwości środowisk naukowych. Celem niniejszego opracowania jest przegląd orzecznictwa, ustawodawstwa oraz literatury przedmiotu w zakresie wybranych, kontrowersyjnych nowych technologii, które obecnie znajdują zastosowanie w kryminalistyce lub rozważana jest możliwość ich wykorzystania w przyszłości, a także identyfikacja zagrożeń, wyzwań i korzyści związanych z wprowadzaniem nowych metod jako narzędzi pracy organów ścigania. Uzasadnieniem podjęcia tematu są pojawiające się wśród teoretyków i praktyków spory oraz dyskusje⁵ dotyczące aksjologicznie niejednowymiarowych metod opartych na nowych technologiach, w tym m.in. na sztucznej inteligencji.

Kryminalistyczne fenotypowanie DNA (KFD)

Przykładem takiej metody jest kryminalistyczne fenotypowanie DNA, które na podstawie analizy materiału biologicznego zabezpieczonego na miejscu zdarzenia pozwala ustalić zewnętrzne cechy fizyczne, m.in. wiek, płeć, kolor włosów, oczu i skóry, budowę ciała, wzrost, występowanie piegów, wysokość i szerokość twarzy, kształt włosów, skłonność do łysienia, a także pochodzenie biogeograficzne⁶.

Kryminalistyczne fenotypowanie DNA może przynieść wiele korzyści, szczególnie z uwagi na brak materiału porównawczego w sprawie, jak również wówczas, gdy stosowane w praktyce metody identyfikacji kryminalistycznej

B.K. Sharma, G. Chandra, V.P. Mishra, *Comparitive Analysis and Implication of UAV and AI in Forensic Investigations*, „Amity International Conference on Artificial Intelligence” 2019, s. 824.

³ M. Zubańska, P. Knut, *Niewykryte przestępstwa sprzed lat, nowoczesne narzędzia techniki kryminalistycznej i policyjne Zespoły do spraw Przestępstw Niewykrytych, czyli crimen grave non potest esse impunibile – cz. II*, „Problemy Kryminalistyki” 2018, nr 299, s. 15.

⁴ A. Taracha, *The Use of Algorithms in Criminal Procedure (Selected Issues)*, „Studia Iuridica Lublinsia” 2020, t. 29, nr 5, s. 304.

⁵ Zob. R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA Phenotyping and Its Politics of Legitimation and Contestation: Views of Forensic Geneticists in Europe*, „Social Studies of Science” 2020, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32729409/> (data dostępu: 29.12.2021); M.K. Land, J.D. Aronson, *Human Rights and Technology: New Challenges for Justice and Accountability*, „Annual Reviews of Law and Social Science” 2020, t. 16, s. 224; *Sztuczna inteligencja w prawie karnym i jej stosowanie przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych – debata* 4.10.2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-10-04-ITM-013_PL.html (data dostępu: 29.12.2021); S. Lighthart, T. Douglas, C. Bublitz, T. Kooijmans, G. Meynen, *Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges*, „Neuroethics” 2021, t. 14, s. 192.

⁶ L.A. Marano, C. Fridman *DNA phenotyping: current application in forensic science*, „Research and Reports in Forensic Medical Science” 2019, nr 9, s. 1.

nie przyniosły oczekiwanych rezultatów. Podkreśla się, że wyniki analizy istotnie pomagają organom ścigania w szybszym i efektywniejszym prowadzeniu postępowań przygotowawczych⁷. Opisano przypadki⁸, w których metoda przyniosła pozytywne rezultaty pozwalające na wykrycie i skazanie sprawców przestępstw oraz identyfikację zwłok ludzkich.

Należy jednak pamiętać, że każda cecha dziedziczona jest w bardzo złożony sposób, co oznacza, że wykorzystanie danych do przewidywania wyglądu nie jest łatwe i musi polegać na zastosowaniu zaawansowanych modeli matematycznych, a sama predykcja obarczona będzie ryzykiem błędu⁹. Poza tym wśród społeczno-etycznych wyzwań związanych ze stosowaniem metody wskazuje się w szczególności wykorzystywanie kodujących rejonów genomu do przeprowadzenia analizy¹⁰, ingerencję w prywatność¹¹ oraz prawo jednostki do niewiedzy¹².

Ochrona sfery życia prywatnego zaliczana jest do praw człowieka pierwszej generacji i jako prawo fundamentalne podlega ochronie międzynarodowej, europejskiej i krajowej¹³. Należy uznać za słuszne twierdzenie, zgodnie z którym

⁷ Por. B. Sygit, E. Sadowska, *Rysopis genetyczny - perspektywy predykcji wyglądu nieznanego sprawcy przestępstwa ze śladu DNA*, „Prawo i Prokuratura” 2010, nr 9, s. 7; M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes*, „Forensic Science International: Genetics” 2015, t. 18, s. 34; T. Tomaszewski, B. Foremniak-Szadura, K. Figaszewska, *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA – wybrane problemy prawne*, „Problemy Kryminalistyki” 2019, nr 303, s. 6; M. Zubańska, *Nowoczesne narzędzia techniki kryminalistycznej a niewykryte przestępstwa sprzed lat — czy sprawcy powinni się bać?*, „Przegląd Policyjny” 2016, t. 3, s. 169.

⁸ Brown County Sheriff Office, *Murder of Rhonda “Chantay” Blankinship*, <https://snapshot.parabon-nanolabs.com/snapshot-case-summary--lake-brownwood-tx--chantay-blankinship-murder.html> (data dostępu: 29.12.2021); *Kryminalistyczny test DNA do określenia wieku człowieka*, „Katalog innowacyjnych rozwiązań dla bezpieczeństwa i obronności” 2017, wyd. piąte, s. 10; R. Pawłowski, D. Abramowicz, *Dzięki DNA znamy kolor oczu i włosów zabójcy Izzy*, <https://dziennikbaltycki.pl/dzieki-dna-znamykolor-oczu-i-wlosow-zabojcy-izy/ar/507603> (data dostępu: 29.12.2021).

⁹ W. Branicki, T. Kupiec, *Określenie wyglądu fizycznego przez analizę DNA*, [w:] M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiwiecz (red.), *Ekspertyza sądowa zagadnienia wybrane*, Warszawa 2016, s. 253.

¹⁰ Por. I. Surożyńska-Godzina, *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA – możliwości, ograniczenia oraz stan prawny*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2017, t. 21, s. 217; G. Samuel, B. Prainsack, *Forensic DNA phenotyping in Europe: views “on the ground” from those who have a professional stake in the technology*, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14636778.2018.1549984> (data dostępu: 29.12.2021); G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*, London 2019, s. 51–53.

¹¹ Por. G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical...*, s. 5–6; N. Scudder, D. McNevin, S.F. Kelty, S.J. Walsh, J. Robertson, *Forensic DNA phenotyping: Developing a model privacy impact assessment*, „Forensic Science International: Genetics” 2018, t. 34, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1872497318301418> (data dostępu: 29.12.2021); D. Gusella, *No Cilia Left Behind: Analyzing the Privacy Rights in Routinely Shed DNA Found at Crime Scenes*, „Boston College Law Review” 2013, t. 54, s. 789.

¹² Por. B.J. Koops, M. Schellekens, *Forensic DNA phenotyping: Regulatory issues*, „Science and Technology Law Review” 2008, t. 9, s. 158–202.

¹³ Por. art. 17 Międzynarodowego paktu ochrony praw obywatelskich i politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167), art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284), art. 47 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.)

środki stosowane przez państwo w celu wykrywania i osądzania sprawców przestępstw muszą stanowić proporcjonalną ingerencję w prawo do życia prywatnego i być postrzegane jako konieczne w demokratycznym państwie prawa, natomiast metody śledcze powinny stanowić sprawiedliwą równowagę między konkurującymi interesami – publicznym oraz prywatnym¹⁴. Z kolei prawo do niewiedzy (ang. *right to not know*) zostało wielokrotnie zdefiniowane przez lekarzy, bioetyków, genetyków i prawników na gruncie praw pacjenta. W tym kontekście rozpatrywano etyczne dylematy związane z uprawnieniem do świadomej rezygnacji z uzyskania informacji o wynikach badań, stanie zdrowia, obciążeniach genetycznych¹⁵. Sceptycy podkreślają ponadto konieczność wykorzystania kodujących regionów genomu do analizy cech fenotypowych, co niesie obawy dotyczące przechowywania, przetwarzania, usuwania i ochrony danych wrażliwych. „Genetyczna prywatność” powinna być szczególnie chroniona z uwagi na to, że składają się na nią najbardziej osobiste i poufne informacje o osobie. W każdym przypadku należy rozważyć przydatność danych medycznych pod względem interesu prowadzonego postępowania.

Odpowiedzią na wszystkie powyższe zagrożenia jest ujęcie stosowania metody w ramy prawne, co pozwoliłoby na standaryzację i wyznaczenie granic wykorzystywania kryminalistycznego fenotypowania DNA w praktyce. Wśród europejskich państw, które ustawowo dopuściły korzystanie z KFD są Niemcy¹⁶ i Królestwo Niderlandów¹⁷. W tym kontekście warto przytoczyć również wyrok francuskiego Sądu Kasacyjnego (fr. *Cour de Cassation*)¹⁸, który zbadał legalność stosowania metody w zakresie koloru oczu, włosów i skóry wobec sprawcy przestępstw uznając ją za zgodną z przepisami prawa. We Francji do 2014 r. kryminalistyczne fenotypowanie DNA mogło być wykorzystywane wyłącznie w celu prowadzenia badań naukowych oraz jedynie za zgodą osoby badanej, co do zasady było uznawane za zakazane w postępowaniach przygotowawczych, mimo że żaden przepis nie wskazywał tego *expressis verbis*. Powyższe orzeczenie uważane jest za podstawę prawną do wykorzystywania kryminalistycz-

¹⁴ A. Podemska, *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA w Polsce*, „Ius et Administratio” 2017, nr 1, s. 37.

¹⁵ J. Haberko, *Prawo do niewiedzy w kontekście istoty testu genetycznego jako sprawy dotyczącej całej rodziny. Rozważania na tle projektu ustawy o testach genetycznych wykonywanych dla celów zdrowotnych*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2, s. 56–57.

¹⁶ Art 81e Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist. <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html> (data dostępu: 29.12.2021).

¹⁷ Art 195f Wet van 8 mei 2003 tot wijziging van deregeling van het DNA-onderzoek in strafzaken in verband met het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken uit celmateriaal, (Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2003, 201).

¹⁸ Arrêt n° 3280 du 25 juin 2014 (13-87.493) – Cour de cassation – Chambre criminelle – ECLI:FR:CCASS:2014:CR03280, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029152345/> (data dostępu: 29.12.2021).

nego fenotypowania DNA w zakresie cech morfologicznych w postępowaniach karnych. Mimo trwającego wśród ekspertów sporu dotyczącego legalności wykonywania badań predykcyjnych na podstawie śladu pozostawionego na miejscu zdarzenia, w praktyce analizy są wykorzystywane¹⁹. Stany Zjednoczone Ameryki nie posiadają federalnego ustawodawstwa, bazując na przepisach stanowych, które zezwalają na wykorzystywanie metody (Teksas) albo wprost jej zabraniają (Indiana, Wyoming, Rhode Island)²⁰. Z uwagi na dynamiczny rozwój kryminalistycznego fenotypowania DNA²¹ – mimo że jego zastosowanie pozostaje obecnie w zakresie czynności wykrywczych, nie zaś dowodowych – w polskiej literaturze przedmiotu postuluje się uregulowanie metody w akcie prawnym rangi ustawowej.

System automatycznego rozpoznawania twarzy

Systemy rozpoznawania twarzy polegają na automatycznym przetwarzaniu obrazów cyfrowych z wykorzystaniem algorytmów w celu:

1) identyfikacji (*ang. identification*), na podstawie której stwierdza się, czy określona osoba posiada takie same cechy jak osoba znajdująca się w określonej bazie danych²². Stosowana jest coraz częściej w systemach dozoru portów lotniczych, dworców kolejowych i autobusowych w tzw. ramach inteligentnych granic²³;

2) weryfikacji (*ang. authentication/verification*), wykorzystywanej w sytuacjach, gdy liczba osób jest ograniczona, a baza personalna zawiera zarówno informacje osobowe, jak i informacje systemu weryfikacji (dostępu). Ograniczona baza personalna pozwala na przechowywanie bardzo bogatych baz danych osób podlegających weryfikacji, co pozwala na bardzo szybkie ich po-

¹⁹ Por. G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, Londyn 2018, s. 30.

²⁰ B.J. Koops, M. Schellekens, op.cit. s. 171; ibidem, s. 3.

²¹ Kryminalistyczne fenotypowanie DNA było przedmiotem krajowych i zagranicznych przedsięwzięć badawczych, których efektem jest poszerzenie możliwości wykrywczych. W wyniku prowadzonych prac rozwojowych powstał panel kryminalistyczny w formie programu komputerowego, który pozwala na określenie cech wyglądu i pochodzenia biogeograficznego człowieka. Por. projekt nr DOB-BIO7/17/01/2015 pt. „Genetyczny portret sprawcy oraz ofiary przestępstwa – opracowanie systemu do określania wyglądu człowieka i pochodzenia biogeograficznego poprzez analizę DNA z wykorzystaniem sekwencjonowania następnej generacji (NGS)” – akronim NEXT, finansowany przez NCBiR w ramach konkursu nr 7/2015 na wykonanie projektów w zakresie badań naukowych lub prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa; projekt nr 740580 finansowany przez Komisję Europejską (CORDIS) w ramach Programu Rozwoju i Innowacji Horyzont 2020 (filar „Wyzwania Społeczne”, temat „Metody kryminalistyczne pozwalające na rozszerzone zastosowanie analizy DNA, numer SEC-08-FCT-2016).

²² T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1996, s. 30–31.

²³ A. Taracha, op. cit., s. 305.

równanie (np. weryfikacja uniemożliwia posługiwanie się przez osoby nieuprawnione skradzionymi kartami identyfikacyjnymi²⁴;

3) wykrywania (*ang detection*), definiowanego jako nadzór w czasie rzeczywistym, polegający na rejestracji wizerunku twarzy z wykorzystaniem monitoringu wizyjnego oraz dopasowaniu go do materiałów dostępnych w bazach danych²⁵.

W literaturze dostrzeżono liczne korzyści wynikające ze stosowania systemu rozpoznawania twarzy opartego na sztucznej inteligencji w prewencji, egzekwowaniu prawa i skutecznym zwalczaniu przestępczości. Analizowane systemy zapewniają bezpieczeństwo, wzmacniają kontrolę granic, zwiększają skuteczność identyfikacji podejrzanych i prowadzenia poszukiwań osób zaginionych, w tym dzieci²⁶. Powyższy pogląd podziela częściowo Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych (LIBE), stwierdzając w uzasadnieniu projektu rezolucji, że sztuczna inteligencja oferuje doskonale możliwości w obszarze ścigania przestępstw oraz sądownictwa karnego, w szczególności pod względem usprawnienia metod pracy organów ścigania i władz sądowych oraz w skuteczniejszej walce z pewnymi rodzajami przestępstw, szczególnie w obszarze przestępstw finansowych, prania pieniędzy i finansowania terroryzmu oraz cyberprzestępstw. W tym sektorze zastosowanie sztucznej inteligencji obejmuje m.in. technologie rozpoznawania twarzy²⁷. Jednocześnie podnoszone są krytyczne uwagi dotyczące naruszenia prawa do prywatności, prawa do zrzeszania się i wolności zgromadzeń, brak należytej ochrony danych, wskazuje się także na błędy w identyfikacji i klasyfikacji osób należących do określonych społeczności etnicznych i rasowych, dzieci i kobiet, co powiela istniejące formy dyskryminacji²⁸. Należy zaznaczyć,

²⁴ Ibidem.

²⁵ B. Gordon, *Automated Facial Recognition in Law Enforcement: The Queen (On Application of Edward Bridges) v The Chief Constable of South Wales Police*, <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2021/v24i0a8923> (data dostępu: 29.12.2021).

²⁶ Por. B. Hołyst, J. Pomykała, *Biometria w systemach uwierzytelniania*, „Biuletyn Wojskowej Akademii Technicznej” 2011, t. 60, nr 4, s. 427–428; D. Leslie, *Understanding bias in facial recognition technologies: an explainer*, „The Alan Turing Institute”, s. 4. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4050457> (data dostępu: 29.12.2021); G. Matuszek, *Kryminalistyczne wykorzystywanie zapisów monitoringu wizyjnego na przykładzie Laboratorium Kryminalistycznego KWP w Katowicach*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2019, nr 33(4), s. 88.

²⁷ Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, *Sprawozdanie w sprawie sztucznej inteligencji w prawie karnym i jej stosowania przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, 13.07.2021 r., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_PL.html#title4 (data dostępu: 29.12.2021).

²⁸ Szerzej: P. Fussey, D. Murray, *Independent Report on the London Metropolitan Police Service's Trial of Live Facial Recognition Technology*, <http://repository.essex.ac.uk/24946/> (data dostępu: 29.12.2021); M. Zalnieriute, *Protests and Public Space Surveillance: From Metadata Tracking to Facial Recognition Technologies*, 8.07.2021, Submission to the Thematic Report to the 50th Session of the UN Human Rights Council, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3882317> (data dostępu: 29.12.2021); J.G. Cavazos, P.J. Phillips, C.D. Castillo, A.J. O'Toole, *Accuracy Comparison*

że organy ścigania, respektując zasadę proporcjonalności i konieczności, powinny korzystać z systemów rozpoznawania twarzy jedynie w konkretnym, ściśle określonym celu.

Rekomendacje i wytyczne powstałe na poziomie europejskim tworzą katalog zasad, które technologia rozpoznawania twarzy powinna spełniać, aby mogła zostać dopuszczona do użytkowania. Podkreśla się, że działania algorytmów muszą być przejrzyste i wytłumaczalne, a systemy rozpoznawania twarzy powinny spełniać wymogi: minimalizacji i dokładności danych, bezpieczeństwa i odpowiedzialności za ich przetwarzanie i wykorzystywanie, a także być sprawiedliwe, zgodne z prawem i uzasadnionym celem. Ponadto wszelkie narzędzia wykorzystujące sztuczną inteligencję opracowane dla organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości muszą być bezpieczne i rzetelne²⁹. Zaufanie społeczeństwa do ich stosowania w praktyce jest uzależnione od spełnienia wyżej wymienionych warunków. Parlament Europejski postuluje tymczasowe zawieszenie stosowania technologii automatycznego rozpoznawania twarzy przez organy ścigania do czasu opracowania regulacji zapewniającej kontrolę demokratyczną oraz wykorzystywanie systemu zgodnie z prawem.

Przegląd ustawodawstwa i orzecznictwa prowadzi do wniosku, że na uregulowanie tej kwestii w akcie prawnym o randze ustawowej zdecydowały się władze stanu Waszyngton³⁰, określając zasady nadzoru i zarządzania danymi oraz wymagania dotyczące raportowania o wpływie systemu na prawa i wolności obywatelskie, a także warunki w zakresie minimalizacji zagrożeń i prowadzenia szkoleń. Rozważane jest wdrożenie przepisów, które ograniczyłyby stosowanie systemu przez instytucje rządowe również w stanie Arizona, Illinois, Massachusetts, New Hampshire i Vermont³¹. Natomiast francuski organ nadzorczy, z uwagi na to, że temat automatycznego rozpoznawania twarzy stał

Across Face Recognition Algorithms: Where Are We on Measuring Race Bias?, „IEEE Transactions on Biometrics, Behavior and Identity Science” 2021, t. 3, s. 101; A. Taracha, op. cit., s. 306; M. Akhtar, *Police use of facial recognition technology and the right to privacy and data protection in Europe*, „Nordic Journal of Law and Social Research” 2019, t. 9, s. 332; D. Leslie, op. cit., s. 12–14; D. White, J.D. Dunn, A.C. Schmid, R.I. Kemp, *Error Rates in Users of Automatic Face Recognition Software*, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0139827> (data dostępu: 29.12.2021).

²⁹ Por. rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 6 października 2021 r. w sprawie sztucznej inteligencji w prawie karnym i jej stosowania przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych; Komitet Konsultacyjny ds. Konwencji o Ochronie Osób w związku z Automatycznym Przetwarzaniem TP-D, Wytyczne dotyczące rozpoznawania twarzy z dnia 28 stycznia 2021 r., <https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3> (data dostępu: 29.12.2021).

³⁰ Senate Environment, Energy & Technology, Engrossed Substitute Senate Bill 6280, <https://lawfilesexet.leg.wa.gov/biennium/2019-20/Pdf/Bills/Senate%20Passed%20Legislature/6280-S.PL.pdf?q=20211207131757> (data dostępu: 29.12.2021).

³¹ A. Berengaut, J. Pierce, *Washington State Passes Bill Limiting Government Use of Facial Recognition*, <https://www.insideprivacy.com/united-states/state-legislatures/washington-state-passes-bill-limiting-government-use-of-facial-recognition/> (data dostępu: 29.12.2021).

się coraz częściej obecny w debacie publicznej, opublikował wytyczne³², obejmujące dozwolone obszary wykorzystywania systemu (uzyskanie dostępu do usług publicznych online, weryfikacja tożsamości na granicach) oraz wymagania w zakresie poszanowania praw jednostek. Przedmiotowa tematyka została poddana pod rozstrzygnięcie brytyjskiemu Sądowi Apelacyjnemu³³, który uznał, że stosowanie systemu automatycznego rozpoznawania twarzy w czasie rzeczywistym jest niezgodne z art. 8 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁴. W uzasadnieniu orzeczenia wyraźnie podkreślono, że technologia zautomatyzowanego rozpoznawania twarzy obejmuje rejestrację i przetwarzanie dużej liczby wizerunków członków społeczeństwa, a prawo w sposób niewystarczający określa zasady ich przetwarzania i usuwania. Obecnie w polskim parlamencie nie toczą się żadne prace legislacyjne dotyczące możliwości korzystania przez służby z technik rozpoznawania twarzy³⁵.

Funkcjonalny rezonans magnetyczny (fMRI) jako następca poligrafu

Badanie funkcjonalnym rezonansem magnetycznym nie jest obecnie stosowane w procesie karnym, zasadne jednak wydaje się poruszenie tego zagadnienia na gruncie niniejszego opracowania ze względu na prowadzone badania rozwojowe, propozycje wdrożenia metody do praktyki oraz zgłaszane zastrzeżenia co do dokładności wyników.

Badanie rezonansem polega na rejestracji zmian w zorientowaniu magnetycznym atomów w poszczególnych częściach mózgu³⁶. Możliwość jego wykorzystania do celów kryminalistycznych opiera się na założeniu, że kłamstwo wymaga większego zaangażowania zasobów poznawczych niż mówienie prawdy, a tym samym intensywniejszej pracy mózgu. Procesy te pochłaniają znacznie więcej zasobów pamięci operacyjnej niż wydobycie z pamięci długotrwałej prawdziwych śladów pamięciowych. To tłumaczy fakt, że aktywacja mózgu jest większa w trakcie kłamania niż mówienia prawdy, a szczególnie aktywa-

³² Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *Reconnaissance faciale. Pour un debat à la hauteur des enjeux*, 15.11.2019 r., https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance_faciale.pdf (data dostępu: 29.12.2021).

³³ *Edward Bridges v. The Chief Constable of South Wales Police*, Case Ref: C1/2019/2670.

³⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.).

³⁵ M. Miłosz, M. Cedro, *Wielki brat rośnie w siłę*, <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/58189,2-listopada-2021/73610,Dziennik-Gazeta-Prawna/770075,Wielki-brat-rosnie-w-sile.html> (data dostępu: 29.12.2021).

³⁶ Szerzej: M. Gut, A. Marchewka, *Funkcjonalny rezonans magnetyczny – nieinwazyjna metoda obrazowania aktywności ludzkiego mózgu*, http://www.ptbun.org.pl/archiv/nmwn04_gut.pdf (data dostępu: 29.12.2021).

cja kory przedczołowej³⁷. Dokładność różnicowania odpowiedzi prawdziwych i fałszywych oceniana jest na 71–90%³⁸. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że stosowanie fMRI w ocenie prawdomówności badanego rodzi problem standaryzacji wykonania badania, postuluje się wstrzymanie stosowania technologii poza środowiskiem badawczym do czasu przewyciężenia ograniczeń technologicznych. Podkreśla się ponadto, że wyniki, podobnie jak w przypadku innych badań identyfikacyjnych, w tym badań poligraficznych, są podatne na zafałszowania celowe lub wynikające z psychopatycznej osobowości badanego³⁹. Jeżeli metoda miałaby zostać wprowadzona do użytku na potrzeby procesu karnego, konieczne byłoby przeprowadzenie uprzedniej debaty m.in. w środowisku prawników i etyków, dotyczącej odpowiedzialnego korzystania z technologii i zapobiegania nadużyciom⁴⁰.

Do powyższych wątpliwości odniósł się Sąd Apelacyjny w stanie Ohio w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Stany Zjednoczone Ameryki przeciwko L.A. Semrau*⁴¹. W stanie faktycznym oskarżony złożył apelację od wyroku skazującego za przestępstwa finansowe wraz z wnioskiem dowodowym o poddanie go badaniu funkcjonalnym rezonansem magnetycznym w celu udowodnienia niewinności. Sąd wskazał, że bazując na obecnym stanie wiedzy, badanie rezonansem magnetycznym nie może być wykorzystywane w postępowaniu karnym.

Przechodząc do uregulowań krajowych, należy zauważyć, że Kodeks postępowania karnego (art. 192a, art. 199a) posługuje się ogólnym określeniem środków technicznych kontrolujących nieświadome reakcje organizmu. Pod tym pojęciem rozumieć należy nie tylko poligraf, ale również inną aparaturę⁴² kontrolującą i rejestrującą reakcje badanego. Ustawodawca – nie wymieniając z nazwy konkretnych urządzeń i technik⁴³, którymi biegli powinni się posłu-

³⁷ P. Lass, J. Slawek, E. Sitek, E. Szurowska, A. Zimmermann, *Obrazowanie diagnostyczne kłamstwa*, „Psychiatria Polska” 2013, t. 47, nr 1, s. 67.

³⁸ Ibidem.

³⁹ P.R. Wolpe, K.R. Foster, D.D. Langleben, *Emerging neurotechnologies for lie-detection: promises and perils*, „The American Journal of Bioethics” 2005, t. 5, nr 2, s. 39.

⁴⁰ Por. J. R. Simpson, *Functional MRI Lie Detection: Too Good to be True?*, „Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law” 2008, t. 36, nr 4, s. 491; C. Poulou, *Lie detection in the brain – Moral, social, legal and religious challenges*, „Bioethica” 2021, t. 7, s. 72, <https://doi.org/10.12681/bioeth.26539> (data dostępu: 29.12.2021); E. Rusconi, T. Mitchen-Nissen, *Prospects of functional magnetic resonance imaging as lie detector*, „Frontiers in Human Neuroscience” 2013, t. 7, s. 4; S. Lighthart, T. Douglas, C. Bublitz, T. Kooijmans, G. Meynen, op. cit., s. 192.

⁴¹ *United States of America v. Lorne Allan Semrau*, No. 11-5396 (6th Cir. 2012), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca6/11-5396/11-5396-2012-09-07.html> (data dostępu: 29.12.2021).

⁴² T. Grzegorzczak, *Procesowe aspekty badań poligraficznych w świetle znowelizowanych przepisów procedury karnej*, „Palestra” 2003, nr 48, s. 147. Tak też W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 2, Poznań 2001, s. 93.

⁴³ Należy jednak zaznaczyć, że pojęcie „środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu” było i nadal jest utożsamiane z badaniami poligraficznymi. Por. J. Widacki,

giwać – pozostawił w tym zakresie możliwość wprowadzenia nowych technologii do praktyki. Zatem literalne brzmienie powołanych przepisów nie wyklucza możliwości zastosowania funkcjonalnego rezonansu magnetycznego w postępowaniu przygotowawczym, natomiast wątpliwości budzi poruszona powyżej kwestia niedokładności wyników, a także aspekty etyczne stosowania rezonansu magnetycznego dla celów kryminalistycznych. Potrzeba opracowania niezawodnego narzędzia wykrywającego kłamstwo na potrzeby procesu karnego wciąż pozostaje aktualna. Należy się spodziewać, że w przyszłości wraz z rozwojem neuroprawa (ang. *neurolaw*)⁴⁴ zostanie opracowana metoda, która z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wskaże czy badany kłamie, czy mówi prawdę. Jednak w interesie procesu karnego nie leży multiplikowanie niekonwencjonalnych, częściowo zawodnych metod i narzędzi wykrywczych. W świetle powyższego oraz poprzez wzgląd na fakt, że badania poligraficzne są od kilkudziesięciu lat z powodzeniem wykorzystywane w procesie karnym, a ich skuteczność została potwierdzona zarówno w teorii, jak i w praktyce, należy przewidywać, iż funkcjonalny rezonans magnetyczny nie będzie wykorzystywany obok poligrafu, natomiast w przyszłości może go zastąpić, pod warunkiem że wyniki obrazowania mózgu będzie można uznać za dowód naukowy.

Podsumowanie

Na podstawie analizy wybranych nowych technologii, które obecnie znajdują zastosowanie w kryminalistyce lub możliwość ich wykorzystania w przyszłości jest rozważana, stwierdzono, że zagrożeniami, które pojawiają się w ich kontekście najczęściej, są naruszenie prawa do prywatności i prawa do niewiedzy, niedokładność i zawodność wyników, dyskryminacja (system automatycznego rozpoznawania twarzy), brak reguł określających przetwarzanie i przechowywanie danych. Natomiast zwolennicy wdrażania kontrowersyjnych metod do praktyki zwracają uwagę na konieczność dostarczania organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości nowych, efektywnych sposobów walki z przestępczością w celu przyśpieszenia i ułatwienia postępowania. Intensywny rozwój technologiczny wywiera coraz większy wpływ na proces karny. Najtrudniejsza do pogodzenia jest sprzeczność pomiędzy interesem publicznym zakładającym dążenie do udoskonalania możliwości wykrywczych w zakresie

Badania poligraficzne w Polsce, Kraków 2014, s. 81–84; posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 8) z dnia 24 września 2002 r. pod przewodnictwem Janusza Wojciechowskiego, Biuletyn 995/IV; R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego*, t. 2: *Komentarz do art. 199a*, Warszawa 2019.

⁴⁴ N. Vincent, *Neurolaw and Direct Brain Interventions*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, t. 8, s. 44.

zbierania i oceny dowodów, gromadzenia i przetwarzania danych, a interesem prywatnym, tj. ochroną praw i wolności człowieka i obywatela. Chociaż obecnie zastosowanie kontrowersyjnych, nowoczesnych technik i metod ma charakter incydentalny, należy przypuszczać, że sztuczna inteligencja stanie się w przyszłości stałym elementem sądownictwa karnego. Z uwagi na konieczność dostosowania narzędzi pracy organów ścigania do dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości przestępczej wydaje się, że implementacja nowych rozwiązań powinna nastąpić stosunkowo szybko, jednak za ważniejsze należy uznać stopniowe wdrażanie nowych technologii, które pozwoli uniknąć gwałtownych zmian i chaosu legislacyjnego. Dlatego postulowane jest przyjęcie moratorium na powszechne wykorzystywanie nowoczesnych technik i metod (m.in. systemu automatycznego rozpoznawania twarzy) w praktyce do czasu uregulowania podstaw i granic ich stosowania po przeprowadzeniu konsultacji wśród etyków, praktyków i teoretyków prawa, a także przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, europejskiego dorobku naukowego w zakresie ochrony danych osobowych oraz praw człowieka, w tym prawa do prywatności.

Wykaz literatury

- Akhtar M., *Police use of facial recognition technology and the right to privacy and data protection in Europe*, „Nordic Journal of Law and Social Research” 2019, t. 9.
- Berengaut A., Pierce J., *Washington State Passes Bill Limiting Government Use of Facial Recognition*, <https://www.insideprivacy.com/united-states/state-legislatures/washington-state-passes-bill-limiting-government-use-of-facial-recognition/>.
- Branicki W., Kupiec T., *Określenie wyglądu fizycznego przez analizę DNA*, [w:] M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiwiecz (red.), *Ekspertyza sądowa zagadnienia wybrane*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Cavazos J.G., Phillips P.J., Castillo C.D., O’Toole A.J., *Accuracy Comparison Across Face Recognition Algorithms: Where Are We on Measuring Race Bias?*, „IEEE Transactions on Biometrics, Behavior and Identity Science” 2021, t. 3.
- Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés, *Reconnaissance faciale. Pour un debat à la hauteur des enjeux*, 15.11.2019 r., https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/reconnaissance_faciale.pdf.
- Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 2, Branta, Poznań 2001.
- Fussey P., Murray D., *Independent Report on the London Metropolitan Police Service’s Trial of Live Facial Recognition Technology*, <http://repository.essex.ac.uk/24946/>.
- Gordon B., *Automated Facial Recognition in Law Enforcement: The Queen (On Application of Edward Bridges) v The Chief Constable of South Wales Police*, <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2021/v24i0a8923>.
- Granja R., Machado H., *Forensic DNA Phenotyping and Its Politics of Legitimation and Contestation: Views of Forensic Geneticists in Europe*, „Social Studies of Science” 2020, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32729409/>.
- Grzegorzczak T., *Procesowe aspekty badań poligraficznych w świetle znowelizowanych przepisów procedury karnej*, „Palestra” 2003, nr 48.

- Gusella D., *No Cilia Left Behind: Analyzing the Privacy Rights in Routinely Shed DNA Found at Crime Scenes*, „Boston College Law Review” 2013, t. 54, nr 2.
- Gut M., Marchewka A., *Funkcjonalny rezonans magnetyczny – nieinwazyjna metoda obrazowania aktywności ludzkiego mózgu*, http://www.ptbun.org.pl/archiw/nmwn04_gut.pdf.
- Haberko J., *Prawo do niewiedzy w kontekście istoty testu genetycznego jako sprawy dotyczącej całej rodziny. Rozważania na tle projektu ustawy o testach genetycznych wykonywanych dla celów zdrowotnych*, „Zeszyty Prawnicze” 2014, nr 2.
- Hanausek T., *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Zakamycze, Kraków 1996.
- Holyst B., Pomykała J., *Biometria w systemach uwierzytelniania*, „Biuletyn Wojskowej Akademii Technicznej” 2011, t. 60, nr 4.
- Juszka K., *Jakość czynności kryminalistycznych*, Verba, Lublin 2007.
- Juszka K., *Perspektywa doskonalenia systemu wykrywalności sprawców przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8.
- Juszka K., *Skanowanie 3D w realizacji zasad efektywnego przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] E. Gruza (red.) *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta Koteckiego*, Stowarzyszenie Absolwentów WPIA UW, Warszawa 2013.
- Juszka K., *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 4.
- Juszka K., [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, TNOiK, Toruń 2013.
- Kayser M., *Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes*, „Forensic Science International: Genetics” 2015, t. 18.
- Komisja Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, *Sprawozdanie w sprawie sztucznej inteligencji w prawie karnym i jej stosowania przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, 13 lipca 2021 r., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_PL.html#title4
- Komitet Konsultacyjny ds. Konwencji o Ochronie Osób w związku z Automatycznym Przetwarzaniem TP-D *Wytyczne dotyczące rozpoznawania twarzy z dnia 28 stycznia 2021 r.*, <https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3>.
- Koops B.J., Schellekens M., *Forensic DNA phenotyping: Regulatory issues*, „Science and Technology Law Review” 2008, t. 9.
- Land M.K., Aronson J.D., *Human Rights and Technology: New Challenges for Justice and Accountability*, „Annual Reviews of Law and Social Science” 2020, t. 14.
- Lass P., Sławek J., Sitek E., Szurowska E., Zimmermann A., *Obrazowanie diagnostyczne kłamstwa*, „Psychiatria Polska” 2013, t. 47.
- Leslie D., *Understanding bias in facial recognition technologies: an explainer*, „The Alan Turing Institute”, <https://doi.org/10.5281/zenodo.4050457>.
- Lighthart S., Douglas T., Bublitz C., Kooijmans T., Meynen G., *Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges*, „Neuroethics” 2021, t. 14.
- Marano L.A., Fridman C., *DNA phenotyping: current application in forensic science*, „Research and Reports in Forensic Medical Science” 2019, nr 9.
- Matuszek G., *Kryminalistyczne wykorzystywanie zapisów monitoringu wizyjnego na przykładzie Laboratorium Kryminalistycznego KWP w Katowicach*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2019, nr 33(4).
- Merkisz J., Nykaza A., *Zastosowanie bezzałogowych statków powietrznych w kryminalistyce rozpoznawczej i wykrywczej*, <http://yadda.icm.edu.pl/baztech/element/bwmeta1.element.baztech-ffa851b3-bc1d-4275-bca0-bc9f8421ea4b>.

- Podemska A., *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA w Polsce*, „Ius et Administratio” 2017, nr 1.
- Poulou C., *Lie detection in the brain - Moral, social, legal and religious challenges*, „Bioethica” 2021, t. 7.
- Rusconi E., Mitchen-Nissen T., *Prospects of functional magnetic resonance imaging as lie detector*, „Frontiers in Human Neuroscience” 2013, t. 7.
- Samuel G., Prainsack B., *Forensic DNA phenotyping in Europe: views “on the ground” from those who have a professional stake in the technology*, „New Genetics and Society” 2019, t. 33.
- Samuel G., Prainsack B., *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*, London 2019.
- Samuel G., Prainsack B., *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, London 2018.
- Scudder N., McNevin D., Kelty S.F., Walsh S.J., Robertson J., *Forensic DNA phenotyping: Developing a model privacy impact assessment*, „Forensic Science International: Genetics” 2018, t. 34.
- Sharma B.K., Chandra G., Mishra V.P., *Comparitive Analysis and Implication of UAV and AI in Forensic Investigations*, „Amity International Conference on Artificial Intelligence” 2019.
- Simpson J.R., *Functional MRI Lie Detection: Too Good to be True?*, „Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law” 2008, t. 34, nr 4.
- Stefański R., Zablocki Z., *Kodeks postępowania karnego, t. 2: Komentarz do art. 199a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Surożyńska-Godzina I., *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA – możliwości, ograniczenia oraz stan prawny*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2017, t. 21.
- Sygit B., Sadowska E., *Rysopis genetyczny - perspektywy predykcji wyglądu nieznanego sprawcy przestępstwa ze śladu DNA*, „Prawo i Prokuratura” 2010, nr 9.
- Taracha A., *The Use of Algorithms in Criminal Procedure (Selected Issues)*, „Studia Iuridica Lublinska” 2020, nr 5, t. 29.
- Tomaszewski T., Foremniak-Szadura B., Figaszevska K., *Kryminalistyczne fenotypowanie DNA – wybrane problemy prawne*, „Problemy Kryminalistyki” 2019, nr 303.
- Tredinnick R., Smith S., Ponto K., *A cost-benefit analysis of 3D scanning technology for crime scene investigation*, „Forensic Science International: Reports” 2019, t. 1.
- Vincent N., *Neurolaw and Direct Brain Interventions*, „Criminal Law and Philosophy” 2014, t. 8.
- White D., Dunn J.D., Schmid A.C., Kemp R.I., *Error Rates in Users of Automatic Face Recognition Software*, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0139827>.
- Widacki J., *Badania poligraficzne w Polsce*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne, Kraków 2014.
- Włodarczyk R., *Unmanned Aerial Vehicles ‘in service’ of Internal Security of the State*, „International Security” 2020, t. 12.
- Wolpe P.R., Foster K.R., Langleben D.D., *Emerging neurotechnologies for lie-detection: promises and perils*, „The American Journal of Bioethics” 2005, t. 5, nr 2.
- Zubańska M., Knut P., *Niewykryte przestępstwa sprzed lat, nowoczesne narzędzia techniki kryminalistycznej i policyjne Zespoły do spraw Przestępstw Niewykrytych, czyli crimen grave non potest esse impunibile – cz. II*, „Problemy Kryminalistyki” 2018, nr 299.
- Zubańska M., *Nowoczesne narzędzia techniki kryminalistycznej a niewykryte przestępstwa sprzed lat — czy sprawcy powinni się bać?*, „Przegląd Policyjny” 2016, t. 3.

Summary

Controversies around new technologies in forensic sciences

Keywords: forensic DNA phenotyping, automatic face recognition, functional Magnetic Resonance Imaging (fMRI), polygraph, human rights.

The aim of this paper is to analyse the jurisprudence, legislation, and professional literature in the field of selected new technologies and to identify risks, challenges and benefits associated with the implementation of new methods into the practice. Proponents emphasize the need to provide new measures to fight crime to facilitate investigations, and hence increase the level of detection. The most common allegations are potentially abuse, violation of the right to privacy and the right not to know, inaccuracy and unreliability of results, discrimination, lack of rules determining processing and storage of personal data. In the future artificial intelligence may become a permanent element of the criminal justice system, there is a need to develop a legal and ethical framework for the use of new technologies in criminal trials.

Samanta Kowalska

Akademia Kaliska im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego w Kaliszu

ORCID: 0000-0002-8803-3901

s.kowalska@akademiakaliska.edu.pl

Koncepcja godności roślin w ochronie środowiska i bezpieczeństwie ekologicznym

Wprowadzenie

Od początku XXI w. następuje gwałtowny wzrost konsumpcji surowców naturalnych, degradacja ekosystemów oraz negatywne zmiany klimatyczne. Zwiększa się liczba gatunków fauny i flory zagrożonych ekstynkcją¹. Stopień dewastacji środowiska naturalnego już przekroczył dopuszczalne normy². W konsekwencji zachwianiu ulega stan bezpieczeństwa ekologicznego. Wśród narastających zagrożeń wymienia się rozległe wycinanie lasów, niszczenie naturalnych siedlisk roślin, nadmierne stosowanie nawozów sztucznych, składowanie przeterminowanych środków ochrony roślin w betonowych zbiornikach (mogilnikach)³. Wymienione zjawiska antropogeniczne skłaniają do poszukiwania nowej metodologii ochrony roślin. W działaniach na rzecz bezpieczeństwa ekologicznego dąży się do poprawy stanu środowiska, zapewniania zdrowia roślinom i ekosystemom na zasadzie harmonijnego współistnienia człowieka i natury⁴.

¹ H. Zedan, *Foreword*, [w:] *Global Strategy for Plant Conservation*, Secretariat of the Conservation on Biological Diversity, United Nations Environment Programme (UNEP), Montreal, s. 1. Zob. R. Almond, M. Grooten, T. Petersen (red.), *Living Planet Report 2020. Bending the Curve of Biodiversity Loss*, World Wide Fund for Nature (WWF), Institute of Zoology (Zoological Society of London), Gland 2020, s. 12.

² Report of the Secretary-General's High Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, United Nations 2004, § 53; Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2019, Seventy-third Session, Tackling Illicit Trafficking in Wildlife, A/RES/73/343, s. 2.

³ E. Zębek, *Zasady gospodarki odpadami w ujęciu prawnym i środowiskowym*, seria: Körtowski Przegląd Prawniczy Monografie, Olsztyn 2018, s. 5.

⁴ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 czerwca 2006 r., sygn. akt K 23/05, pkt III, 6; P. Korzeniowski, *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony środowiska*, Łódź 2012.

W zasadniczy sposób na postrzeganie ochrony środowiska może wpłynąć koncepcja godności roślin, która jest nowatorską regulacją wprowadzoną na gruncie prawa szwajcarskiego. W niniejszych rozważaniach będą dowodzone następujące tezy: a) koncepcja godności roślin stanowi źródło wartości, które wzmacniają fundament aksjologiczny ochrony; b) konstrukcja prawna godności roślin tworzy zaczątek nowego paradygmatu ochrony z przesunięciem punktu odniesienia na ekocentryczny. Rozważania w tym względzie należy poprzedzić udzieleniem odpowiedzi na pytanie o genezę i uwarunkowania koncepcji godności roślin. Wyjaśnienie powyższej kwestii warunkuje możliwość ustalenia rzeczywistego celu koncepcji godności roślin. Następnie na tej podstawie można przejść do omówienia kwestii szczegółowych, na których opierają się sformułowane założenia badawcze.

Prageneza normatywizacji

Za pierwotną w stosunku do koncepcji godności roślin można uznać koncepcję godności stworzenia (niem. *Würde der Kreatur*, ang. *dignity of creation*), która diametralnie zmieniła punkt odniesienia w prawie wewnętrznym, a w perspektywie czasu okazała się unikalną koncepcją na skalę światową⁵. 17 maja 1992 r. w wyniku referendum ogólnokrajowego zatwierdzono art. 120 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej⁶, który stanowi, że wykorzystanie materiału reprodukcyjnego i genetycznego roślin, zwierząt oraz innych organizmów powinno odbywać się z poszanowaniem *Würde der Kreatur*⁷.

Koncepcja godności stworzenia odwołuje się do wartości, na których opiera się naturalny porządek wszechświata. Na gruncie prawa szwajcarskiego można dostrzec wpływ argumentów o charakterze pozaprawnym. Twierdzenie to można uzasadnić, przywołując preambułę Konstytucji z 1874 r., w której zastosowano bezpośrednią inwokację do Boga (*Invocatio Dei*). W obecnie obowiązującej Konstytucji Federalnej z dnia 18 kwietnia 1999 r. występuje ciągłość prawno-kulturowa⁸. Wpływ argumentów teologicznych, nawiązanie do istoty Boskiej, która wymyka się ludzkim możliwościom rozumowania, sprawia, że

⁵ G. Bolliger, *Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives*, „Schriften zum Tier im Recht” 2016, Band 15, s. 313; J. Toomey, *Constitutionalizing Nature’s Law: Dignity and the Regulation of Biotechnology in Switzerland*, „Journal of Law and Biosciences”, 19 November 2020, s. 2, 10.

⁶ Federal Constitution of 18 April 1999 of the Swiss Confederation.

⁷ S. Odparlik, *Die Würde der Pflanze. Ein sinnvolles ethisches Prinzip im Kontext der Grünen Gentechnik?*, München 2010, s. 17.

⁸ Na powstanie koncepcji godności stworzenia miała również wpływ aksjologia ustawy zasadniczej Kantonu Aargau, w której zastosowano określenie „godność stworzenia” (*die Würde der Kreatur*) – Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (Stand am 16. September 2019).

analizowana koncepcja „łamie granice myśli prawniczej”⁹. Język ludzki może opisywać zjawiska i pojęcia abstrakcyjne, formy i środki ekspresji artystycznej. W prawie dąży się natomiast do operowania językiem zrozumiałym, przejrzystym, tak aby treść norm nie zawierała zwrotów wieloznacznych. Normy prawne powinny zawierać zwroty i określenia rozumiane w sposób obiektywny, które zamiast chaosu interpretacyjnego przyczynią się do uporządkowania terminologii, znaczeń i desygnatów.

Z tego też względu część tłumaczy opowiada się za definiowaniem terminu „godność stworzenia” za pomocą zwrotów neutralnych znaczeniowo. Podczas tłumaczenia na język angielski zastosowano określenie „godność istot żywych” (ang. *dignity of living beings*), gdyż nie generuje dysput filozoficznych oraz światopoglądowych, takich jak pojęcie *Kreatur* („stworzenie”). Z kolei w wersji francuskojęzycznej w art. 120 ust. 2 użyto sformułowania *intégrité des organismes vivants*. Termin „stworzenie” posiada silne zabarwienie aksjologiczne, co pozwala uwypuklić obowiązki człowieka wobec przyrody. Natomiast określenie „istota żywa” lub „organizm” przesuwają punkt ciężkości na uwarunkowania biologiczne. Należy wskazać, że termin *Würde* („godność”) a *intégrité* („integralność”) na gruncie prawa szwajcarskiego nie ma jednak tego samego zakresu znaczeniowego. Sformułowanie „integralność” stosowane jest w kontekście aspektów etycznych związanych z bioinżynierią¹⁰. Natomiast „godność” kieruje uwagę na wewnętrzną wartość. Omówione zagadnienia wskazują na proces formowania podstawy aksjologicznej, która przyczyniła się do normatywizacji statusu roślin na gruncie prawa wewnętrznego.

Biorąc pod uwagę, że art. 120 ust. 2 (Art. 120 Abs. 2 BV 1999) Konstytucji Federalnej ma zastosowanie do organizmów innych niż ludzie, powyższa regulacja pozwala wychwycić różnicę między godnością człowieka a godnością roślin. Godność człowieka jest przyrodzona i niezbywalna, określa podmiotową sytuację jednostki w społeczeństwie. Ze względu na ważkość problematyki, godności człowieka w prawie szwajcarskim poświęcono odrębne przepisy *ius cogens*. Natomiast koncepcji godności roślin przypisano funkcję regulatora. Przyjęta norma konstytucyjna ma celu zapobieganie arbitralnej ingerencji w komórki i tkanki roślinne.

Uwarunkowania antropogeniczne

W drugiej połowie XX w. zanieczyszczenia systemu wodnego Szwajcarii, w połączeniu z zjawiskami dewastacji środowiska o charakterze transgranicz-

⁹ D. Richter, *Die Würde der Kreatur. Rechtsvergleichende Betrachtungen*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2007, vol. 67, s. 337.

¹⁰ M. Hauskeller, *Biotechnology and the Integrity of Life. Taking Public Fears Seriously*, London–New York 2016, s. 19.

nym, skłoniły do poszukiwania nowych skuteczniejszych form ochrony. Opracowanie nowoczesnego systemu zarządzania zasobami wodnymi stało się podstawą do zreformowania dotychczasowej regulacji ochrony środowiska. Wspomniane działania przyczyniły się do konkretyzacji norm i rozszerzenia regulacji na kolejne elementy ekosystemu. W 1971 r. do Konstytucji wprowadzono normę o ochronie środowiska. W tym samym roku działalność rozpoczął Federalny Urząd ds. Środowiska, Lasów i Krajobrazu¹¹, w gestii którego złożono zagadnienia związane ze zrównoważonym korzystaniem z zasobów naturalnych oraz poszanowaniem bioróżnorodności.

Kolejnym czynnikiem, który wpłynął na prace legislacyjne, było zjawisko, które w latach 80. XX w. zaobserwowano w Szwajcarii oraz wielu innych krajach europejskich. Zjawisko określone mianem „umierających lasów” (niem. *Waldsterben*; ang. *dying forests*) spowodowało na masową skalę rozprzestrzenianie się chorób¹². Wśród przyczyn wymienia się stres, który dotknął ekosystemy z powodu nadmiernego zanieczyszczenia powietrza¹³. W konsekwencji zanikała różnorodność biologiczna roślin. W celu powstrzymania niszczenia szaty roślinnej szczególną ochroną zaczęto otaczać elementy przyrody, dzięki którym rozwija się biocenoza, np. murawy kserotermiczne, mokradła i torfowiska¹⁴. Dla zapewniania bezpieczeństwa ekologicznego niezbędna jest ochrona siedlisk. Pogłębiająca się degradacja sprawia, że ochrona *in-situ* w naturalnym środowisku może być jednak znacznie utrudniona lub nawet niemożliwa. W powyższych okolicznościach wdraża się ochronę *ex-situ*, która może być realizowana, np. za pomocą banków nasion czy „zamrożonych” ogrodów botanicznych. Bioinżynieria ekstensywnie wkracza w obszary na pograniczu nauki i etyki.

Przełomowe odkrycia rekombinacji DNA (kwas deoksyrybonukleinowy, *deoxyribonucleic acid*) stanowiły impuls do wzmożenia prac legislacyjnych¹⁵. Wyniki badań nad rekombinacją genetyczną komórek zaczęto stosować do flory i fauny. Przetrasowania genów i zagłębianie się w strukturę DNA wywoływało coraz więcej dysput o charakterze prawnym i moralno-etycznym. Wnikanie w strukturę DNA za pomocą zaawansowanej technologii zaczęło jawić się dla wielu osób jako ingerencja w boskie dzieło stworzenia. Z kolei dla innych

¹¹ N. Schmitt, *Environmental Governance in Switzerland*, [w:] M. Alberton, F. Palermo (red.), *Environmental Protection in Multi-Layered Systems. Comparative Lessons from the Water Sector*, Leiden–Boston 2012, s. 84.

¹² J.M. Skelly, J.L. Innes, *Waldsterben in the Forests of Central Europe and Eastern North America: Fantasy or Reality?*, „Plant Disease” 1994, vol. 78(11), s. 1021.

¹³ R. Schlaepfer, F. Haemmerli, *Das «Waldsterben» in der Schweiz aus heutiger Sicht*, „Schweizerische Zeitschrift für Forstwesen” 1990, nr 3, s. 163–188.

¹⁴ Zob. art. 18 pkt „1 bis”, Federal Act on the Protection of Nature and Cultural Heritage (NCHA) of 1 July 1966 (Status as of 1 April 2020).

¹⁵ E. Norrby, *Nobel Prize and Notable Discoveries*, New Jersey–London–Singapore–Beijing–Shanghai–Hong Kong–Taipei–Chennai–Tokyo 2016, s. 199.

było równoznaczne z przekroczeniem granicy świata dotąd znanego i dostępnego dla ludzkiego umysłu. Z powodu licznych dysonansów zaczęto poszukiwać regulacji prawnej, która umożliwiłyby racjonalne zakreślenie dopuszczalnej ingerencji bioinżynierii w profil genetyczny roślin.

Koncepcja godności roślin

Na podstawie art. 120 ust. 2 Konstytucji Federalnej „godność” opiera się na uznaniu wewnętrznej wartości istot żyjących innych niż człowiek. Należy wskazać, że godność etymologicznie związana jest z pojęciem „wartość”, która posiada pozytywne konotacje. Godność w odniesieniu do roślin jest określana mianem nieodłącznego dobra (*inherent good*)¹⁶. W związku z powyższym, godność będzie wskazywała na wewnętrzną wartość, która nie ulega stopniowaniu. Należy jednak dochować wszelkiej staranności, gdyż brak gradacji nie oznacza, że godność roślin nie może zostać zdeprecjonowana w wyniku działalności antropogenicznej.

Etyka w inżynierii genetycznej stanowi punkt odniesienia w zakresie ludzkich działań, decyzji (a więc potencjalnie również zaniechań) oraz motywacji leżącej u ich podstaw. W tym zakresie niezwykle istotne jest ustalenie nie tylko faktorów moralnych regulujących ludzkie postępowanie, co sprofilowanie ich w poszanowaniu pragmatyki, która zarazem jest przyczyną istnienia niezliczonych gatunków roślin. Koncepcja godności roślin zmierza do wyartykułowania norm, które wpływają na etyczny dobór procedur stosowanych w bioinżynierii. Należy zgodzić się z Oktawianem Nawrotem, że „etyka ma (...) ustalić cele ludzkiego działania, właściwe im wartości moralne, a w konsekwencji sformułować imperatywy, czy też prawa moralne”¹⁷. W świetle powyższych rozważań dobro powinno być nadrzędnym imperatywem moralnym podczas wdrażania czynności faktycznych, jak i norm proceduralnych w bioinżynierii.

Na podstawie dotychczasowych rozważań rośliny wylaniają się jako istoty żyjące mające prawo do rozwoju, regeneracji oraz ochrony integralności. W kontekście bioinżynierii ustawodawca szwajcarski poza pojęciem *Kreatur* pozostawił mające zdolność przekazywania materiału genetycznego bakterie i grzyby, ponieważ według obowiązującej typologii biologicznej nie są kwalifikowane jako flora i fauna¹⁸. Skoro jak wykazano źródła *Würde der Kreatur*

¹⁶ K. Friedli, H. Binder, *The Dignity of Kangal Fish in the Context of the Swiss Animal Protection Act*, „Animals” 2020, vol. 10(4), s. 2.

¹⁷ O. Nawrot, *Podstawowe działy etyki*, [w:] S. Sykuna (red.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2019, s. 9.

¹⁸ K. Więckowska, *Impresje o godności zwierząt na przykładzie rozwiązań prawnych Szwajcarii*, „Zoophilologia. Polish Journal of Animal Studies” 2019, nr 5, s. 357.

upatruje się w „moralnej wartości natury”¹⁹, konkretyzacja obejmująca rośliny zakreśla granice, których przekroczenie będzie działaniem lub zaniechaniem o znamionach arbitralnych. Bezzasadna ingerencja w strukturę biologiczną roślin może w konsekwencji skutkować naruszeniem godności, która wynika z niepowtarzalnej struktury biologicznej zapisanej w DNA.

W Szwajcarii organem eksperckim, który posiada mandat do monitorowania i doradzania władzom federalnym w zakresie zastosowania biotechnologii do roślin, zwierząt oraz innych organizmów niż ludzie, jest Federal Ethics Committee on Non-Human Biotechnology (dalej jako ECNH). Poprzez przygotowanie aktów prawnych oraz opiniowanie w zakresie bioinżynierii ECNH uczestniczy w doprecyzowaniu konstytucyjnego terminu *Würde der Kreatur*.

Według ECNH jeżeli przyjmuje się, że roślina posiada „dobro własne”, oznacza to, iż można działać w imię tego dobra²⁰. Natomiast jeżeli podejmuje się działania, które skutkują bezzasadną ingerencją (szkodą)²¹, wyłaniają się przesłanki wskazujące na arbitralność. W związku z powyższym należy wyjaśnić pojęcie „arbitralnej szkody” w świetle dotychczasowych standardów ECNH. Zagadnienie to wywołało wiele dyskusji. Przyjęto jednak, że oznacza działania lub eksploatację podjętą bez racjonalnego powodu (*without rational reason*)²². Wyrządzenie arbitralnej szkody roślinom jest moralnie niedopuszczalne (*arbitrary harm caused to plants to be morally impermissible*)²³.

Wkroczenie w strukturę biologiczną nie w każdym przypadku będzie jednak równoznaczne z naruszeniem godności. Korzystając z roślin, powinno uwzględniać się zasadę proporcjonalności. Jeżeli modyfikacja genetyczna nie pozbawi zdolności adaptacyjnych i reprodukcyjnych, działania te nie muszą naruszać godności istot żywych, która znajduje się u podstaw omawianej regulacji.

Na epistemologiczny wymiar koncepcji godności stworzenia wpłynęła etyka opierająca się na szacunku do wszelkiego życia (*the Reverence for Life*) Alberta Schweitzera²⁴. W związku z tym nie można wykluczyć, że koncepcja godności znajdzie zastosowanie do poszczególnych roślin w sposób zindywidualizowany (np. długowieczne drzewo), jak i w rozumieniu zespołu (gatunku), np. kompleks leśny z unikatową i endemiczną roślinnością. Koncepcja godności stanowi przejaw refleksji o zorganizowanym porządku naturalnym z roślini-

¹⁹ J. Toomey, *Constitutionalizing Nature's Law: Dignity and the Regulation of Biotechnology in Switzerland*, „Journal of Law and Biosciences”, 19 November 2020, s. 18.

²⁰ Report ECNH, *The Dignity of Living Beings with regard to Plant. Moral Consideration of Plants for their own Sake*, Berne 2008, s. 7.

²¹ S.H.E. Harmon, *Of Plants and People. Why do we Care about Dignity?*, „European Molecular Biology Organization Reports” 2009, vol. 10(9), s. 946.

²² Report ECNH, *The Dignity of Living...*, s. 9.

²³ Ibidem, s. 20.

²⁴ H. Baranzke, *Why Should we make a Difference? How Dignity can Work in Animal Ethics*, „Bioethica Forum” 2012, vol. 5(1), s. 7.

nami jako integralną częścią środowiska. Analizowana konstrukcja ma na celu racjonalne limitowanie przepisów prawa w obliczu prężnego rozwoju nauki w szczególności biologii molekularnej, genomiki i bioinżynierii.

Postęp naukowo-technologiczny a koncepcja godności roślin

Na początku XXI w. obserwujemy spektakularny rozwój nauki i techniki. Wiele wynalazków uprasza i ułatwia życie. Występują jednak obszary, w których osiągnięcia naukowe powodują coraz większą ingerencję w świat przyrody. Do dziedzin nauki, z którymi związane są dylematy prawne oraz moralno-etyczne, należy biologia syntetyczna, nazywana syntetyczną genomiką (*synthetic genomics*) lub ekstremalną inżynierią genetyczną (*extreme genetic engineering*)²⁵. Powyższe twierdzenia nie są pozbawione podstaw, ponieważ biologia syntetyczna polega na modyfikowaniu organizmów w celu nadania im nowych funkcji lub opracowania komponentów lub systemów biologicznych, które nie występują w przyrodzie²⁶. Biologia syntetyczna wywołuje liczne kontrowersje, gdyż przypomina podejmowanie przez człowieka karkołomnej próby „zabawy w Boga” (*play God*)²⁷. W tym zakresie uwidacznia się rola koncepcji godności roślin, która ma na celu racjonalne zakreślanie granic ingerencji technologii bioinżynieryjnych i reprodukcyjnych, zwłaszcza że nie wiadomo, jak daleko zmienione w warunkach laboratoryjnych gatunki roślin mogłyby odnaleźć się w naturalnym środowisku oraz jakie interakcje mogłyby powstać z innymi elementami ekosystemu.

Stąd można przyjąć, że koncepcja godności roślin stanowi zwierciadło, które służy do oceny dokonań technologicznych w zakresie inżynierii genetycznej. Zasadne jest wskazanie, że technologia stosowana w biologii syntetycznej może ułatwić, np. opracowywanie tańszych, ekologicznych biopaliw, redukcję zawartości CO₂ w atmosferze, opracowywanie nowych skuteczniejszych metod terapeutycznych w medycynie, tworzenie prekursorów chemicznych do produkcji tworzyw sztucznych²⁸. Występuje jednak realne ryzyko, że biologia syntetyczna może znaleźć „podwójne” zastosowanie do laboratoryjnego tworzenia nowych wirusów lub modyfikowania już znanych zjadliwych czynników biologicznych, hybryd toksyn białkowych czy wytwarzania patogenów do produkcji broni biologicznej²⁹. Należy zaznaczyć, że wydarzenia w tym zakresie

²⁵ *Extreme Genetic Engineering. An Introduction to Synthetic Biology*, ETC Group, January 2007, Val David 2007, s. 1.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Report ECNH, *Synthetic Biology. Ethical Considerations*, Berne 2010, s. 10.

²⁸ Szerzej: *ibidem*, s. 9.

²⁹ *Extreme Genetic Engineering...*, s. 1, 23, 25.

mogą wygenerować bezwzględne, amorficzne i hybrydalne formy bioterroryzmu. Terroryzm wraz ze emanacją w postaci bioterroryzmu dąży do zachwiania równowagi w przyrodzie, a co za tym idzie – pozbawienia społeczeństwa podstaw egzystencji w bezpiecznym i nieskażonym środowisku³⁰.

Osiągnięcia nauki i techniki mogą okazać się wsparciem w badaniach biosfery, poszukiwaniach nowych leczniczych gatunków roślin. Należy jednak zważyć, że bazowanie wyłącznie na technologii może w szybkim tempie przekształcić otaczającą rzeczywistość w „sztuczny świat”³¹. Technoutopizm odrzuca istnienie sił niezależnych od człowieka, które powodują, że przyroda funkcjonuje w sposób zorganizowany. W powyższych okolicznościach nabiera na znaczeniu rola koncepcji godności jako „moralnego” strażnika przed przekształcaniem roślin w „żyjące maszyny” lub automaty³².

Godność rozpatrywana w odniesieniu do roślin może stanowić środek profilowania metodologii działań w różnych obszarach nauki. Powyższe twierdzenie jest zasadne, zważywszy że intensyfikacja badań naukowych odsłania coraz więcej faktów o funkcjonowaniu przyrody. Rośliny są złożonymi organizmami, które mają zdolność postrzegania, podejmowania reakcji wewnątrzkomórkowych, zdolność przewidywania zagrożeń oraz reagowania na informacje napływające ze świata zewnętrznego. Część naukowców twierdzi, że między florą a fauną występuje więcej podobieństw niż dotychczas przypuszczano³³. W związku z tym należy rozważyć stopniowe rozszerzanie stosowania koncepcji godności roślin na kolejne obszary nauki i wiedzy.

Paradygmat ochrony

W dotychczasowym sposobie rozumienia przyrody dominuje ujęcie antropocentryczne, co wpływa jednocześnie na opracowywanie mechanizmów ochrony środowiska. W antropocentryzmie punktem odniesienia jest istota ludzka. Kryteria charakterystyczne dla stanowiska antropocentrycznego powodują

³⁰ S. Kowalska, *Ekoterroryzm – rozważania w kontekście bezpieczeństwa i zasady zrównoważonego rozwoju. Wybrane regulacje prawa międzynarodowego*, [w:] B. Gronowska, B. Rakoczy, J. Kapelańska-Pręgowska, K. Karpus, P. Sadowski (red.), *Prawa człowieka a ochrona środowiska. Wspólne wartości i wyzwania*, Toruń 2018, s. 223–245.

³¹ Zob. J. Białocerkiewicz, *Relacje człowieka ze środowiskiem naturalnym. Garść refleksji o konflikcie prawa i ekonomii*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, Katowice 2009, s. 64–65.

³² F. Koechlin, *Dignity of Plant*, „Plant Signaling & Behavior” 2009, vol. 4(1), s. 79.

³³ Zob. np. M. Marder, *Plant-Thinking. A Philosophy of Vegetal Life*, with Foreword by G. Vattimo and S. Zabala, New York 2013; P. Wohlleben, *Sekretne życie drzew*, Kraków 2016.

traktowanie przyrody w kategoriach własności. Na gruncie prawnym skutkuje to uprzedmiotowieniem środowiska naturalnego³⁴. Anita Ganowicz-Bączyk wskazała, że „przyroda stała się przedmiotem badań i dociekań, stopniowo stawianym w opozycji do podmiotu poznającego – człowieka”³⁵. Szerzej powyższą kwestię rozwinęły Katherine V. Kortenkamp i Colleen F. Moore stwierdzając, że w antropocentryzmie człowiek jest uważany za „najważniejszą formę życia”, „centrum wszechświata” (*the center of the universe*), a inne formy bytu występujące w przyrodzie są rozważane „w takim zakresie, w jakim wpływają na ludzi lub mogą być przydatne/użyteczne dla ludzi”³⁶. Dominanta aspektów utylitarnych sprawiła, że relacje ludzi z przyrodą uległy osłabieniu. Omawiana w niniejszych rozważaniach koncepcja godności stworzenia posiada przymiot innowacyjności, gdyż uświadamia w szerszym zakresie wewnętrzną wartość natury, która „w sposób bezpośredni podważa wartości antropocentryczne”³⁷. Według ekocentryzmu przyroda jest „żywym” organizmem, który składa się z integralnie połączonych oraz wzajemnie uzupełniających się komponentów. Gdy osłabieniu ulegnie jeden element, znajduje to odzwierciedlenie w innych komórkach i tkankach przyrody. Ekocentryzm nie jest zawężony do analizy negatywnego wpływu działalności człowieka na środowisko. Kierując się etycznym przesłaniem wynikającym z koncepcji godności, można wyciągnąć wniosek, że rośliny powinny być chronione bez względu na to, czy pełnią rolę użytkową dla człowieka.

Działania w celu zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego wymagają współpracy międzynarodowej na większą niż dotychczas skalę. Zachodzi potrzeba przebudowania porządku międzynarodowego poprzez „konsolidację systemu uniwersalnych wartości, przyjęcie nowych zasad oraz nowych koncepcji”³⁸. Koncepcja godności roślin może pomóc ukazać dotychczasowy mechanizm ochrony w horyzoncie moralnym. Działalność ekologiczna, aby osiągnęła projektowane cele, powinna być realizowana w sposób ciągły zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i na forum międzynarodowym. W kontekście omawianej regulacji pojawiają się aspekty związane z moralną oceną podejmowanych działań. Samantha Besson i John Tasioulas w odniesieniu do flory i fauny posłużyli się określeniem „moralna troska” i wskazali, że

³⁴ A. Jakubowska, *Ochrona środowiska – aspekty prawne zagadnienia*, „Mazowsze. Studia Regionalne” 2008, nr 1, s. 109; B. Wierzbowski, B. Rakoczy, *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2018, s. 2.

³⁵ A. Ganowicz-Bączyk, *Starożytne źródła antropocentryzmu*, „Studia Ecologiae et Bioethicae” 2009, t. 7(2), s. 37.

³⁶ K.V. Kortenkamp, C.F. Moore, *Ecocentrism and Anthropocentrism: Moral Reasoning about Ecological Commons Dilemmas*, „Journal of Environmental Psychology” 2001, vol. 21(3), s. 2.

³⁷ B. Taylor, G. Chapron, H. Kopnina, E. Orlikowska, J. Gray, J.J. Piccolo, *The Need for Ecocentrism in Biodiversity Conservation*, „Conservation Biology” 2020, vol. 34(5), s. 1092.

³⁸ S. Parzymies, J. Symonides, *Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1, s. 87.

aksjologia może nałożyć ograniczenia na „nasze często egoistyczne postępowanie”³⁹.

Transformacja socjoekonomiczna nie jest jednak procesem jednorazowym. Wymaga ciągłych i nieustannych wysiłków, podejmowania rozwiązań systemowych oraz zmiany punktu odniesienia w przepisach prawa. W świetle przedstawionej argumentacji ekocentryzm ogniskuje działania proekologiczne wokół przyrody i jej tworów. Wyłania się zatem kolejna funkcja analizowanej koncepcji polegająca na neutralizowaniu dominacji czynników materialnych i ekonomicznych. Przyjęcie powyższego punktu odniesienia w paradygmacie ochrony i skorelowanie z godnością roślin mogłoby przyczynić się do ugruntowania etyki o charakterze środowiskowym.

Wnioski

Rośliny tworzą integralne połączenie komórek i tkanek, które składają się na żyjący organizm przyrody. Koncepcja godności roślin diametralnie zmienia spojrzenie, ukazując wewnętrzną wartość roślin jako istot żyjących. Podstawa prawno-aksjologiczna w tym względzie różni się od dotychczasowych form ochrony. Celem koncepcji jest zapewnienie moralnego traktowania roślin, które posiadają integralną wartość niezależnie od tego, czy jest uznana przez prawo, naukę, czy doktrynę. W dotychczasowych regulacjach przyjmuje się dominantę czynników ekonomicznych, co skutkuje uprzedmiotowieniem środowiska naturalnego oraz uwydatnieniem mechanizmów rynkowych.

Koncepcja godności wzmacnia ochronę przed arbitralną ingerencją bioinżynierii w strukturę genetyczną roślin. Rozwój biologii syntetycznej i genomiki stwarza nowe możliwości. Pojawiają się obawy, że rośliny mogą zostać tak zmodyfikowane, iż struktura oraz fazy rozwojowe nie będą przebiegały według cyklu komórkowego zapisanego w DNA. Godność roślin uwydatnia prawne i etyczne argumenty przemawiające za rozszerzeniem regulacji normatywnej, co może przyczynić się do zwiększania poziomu bezpieczeństwa ekologicznego.

Koncepcja godności roślin nie opiera się na dywagacjach, wymaga odwagi w sformułowaniu nowego paradygmatu ochrony roślin. Proces ten cały czas jest w toku, ponieważ trudno wyartykułować wszystkie możliwe sekwencje wydarzeń oraz okoliczności zważywszy, iż zarówno życie społeczne, jak i zjawiska w przyrodzie nie są statyczne. Rośliny są nie tylko gatunkami flory czy taksonami w systematyce biologicznej, lecz żywymi organizmami, które tworzą środowisko życia wszelkich istnień.

³⁹ S. Besson, J. Tasioulas, *Does Morality extend to Public International Law? A Response to Normative Scepticism about a Morality of International Law*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, s. 13.

Wykaz literatury

- Almond R., Grooten M., Petersen T. (red.), *Living Planet Report 2020. Bending the Curve of Biodiversity Loss*, World Wide Fund for Nature (WWF), Institute of Zoology (Zoological Society of London), Gland 2020.
- Baranzke H., *Why Should we make a Difference? How Dignity can Work in Animal Ethics*, „Bioethica Forum” 2012, vol. 5(1).
- Besson S., Tasioulas J., *Does Morality extend to Public International Law? A Response to Normative Scepticism about a Morality of International Law*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Białocerkiewicz J., *Relacje człowieka ze środowiskiem naturalnym. Garść refleksji o konflikcie prawa i ekonomii*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, Wyd. UŚ, Katowice 2009.
- Bolliger G., *Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland: Status Quo and Future Perspectives*, „Schriften zum Tier im Recht” 2016, Band 15.
- Extreme Genetic Engineering. An Introduction to Synthetic Biology*, ETC Group, January 2007, Val David 2007.
- Friedli K., Binder H., *The Dignity of Kangal Fish in the Context of the Swiss Animal Protection Act*, „Animals” 2020, vol. 10(4).
- Ganowicz-Bączek A., *Starożytne źródła antropocentryzmu*, „Studia Ecologiae et Bioethicae” 2009, t. 7(2).
- Harmon S.H.E., *Of Plants and People. Why do we Care about Dignity?*, „European Molecular Biology Organization Reports” 2009, vol. 10(9).
- Hauskeller M., *Biotechnology and the Integrity of Life. Taking Public Fears Seriously*, Routledge Taylor & Francis Group, London–New York 2016.
- Jakubowska A., *Ochrona środowiska – aspekty prawne zagadnienia*, „Mazowsze. Studia Regionalne” 2008, nr 1.
- Koechlin F., *Dignity of Plant*, „Plant Signaling & Behavior” 2009, vol. 4(1).
- Kortenkamp K.V., Moore C.F., *Ecocentrism and Anthropocentrism: Moral Reasoning about Ecological Commons Dilemmas*, „Journal of Environmental Psychology” 2001, vol. 21(3).
- Korzeniowski P., *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony środowiska*, PAN Oddz. w Łodzi, Komisja Ochrony Środowiska, Wyd. UŁ, Łódź 2012.
- Kowalska S., *Ekoterroryzm – rozważania w kontekście bezpieczeństwa i zasady zrównoważonego rozwoju. Wybrane regulacje prawa międzynarodowego*, [w:] B. Gronowska, B. Rakoczy, J. Kapelańska-Pręgowska, K. Karpus, P. Sadowski (red.), *Prawa człowieka a ochrona środowiska. Wspólne wartości i wyzwania*, Katedra Praw Człowieka WPiA UMK, Toruń 2018.
- Marder M., *Plant-Thinking. A Philosophy of Vegetal Life*, with Foreword by G. Vattimo and S. Zabala, Columbia University Press, New York 2013.
- Nawrot O., *Podstawowe działy etyki*, [w:] S. Sykuna (red.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Norrby E., *Nobel Prize and Notable Discoveries*, World Scientific, New Jersey–London–Singapore–Beijing–Shanghai–Hong Kong–Taipei–Chennai–Tokyo 2016.
- Odpalik S., *Die Würde der Pflanze. Ein sinnvolles ethisches Prinzip im Kontext der Grünen Gentechnik?*, Verlag Karl Alber Freiburg, München 2010.

- Parzymies S., Symonides J., *Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1.
- Report ECNH, *The Dignity of Living Beings with regard to Plant. Moral Consideration of Plants for their own Sake*, Berne 2008.
- Report ECNH, *Synthetic Biology. Ethical Considerations*, Berne 2010.
- Report of the Secretary-General’s High Level Panel on Threats, Challenges and Change, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, United Nations 2004.
- Richter D., *Die Würde der Kreatur. Rechtsvergleichende Betrachtungen*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2007, vol. 67.
- Schmitt N., *Environmental Governance in Switzerland*, [w:] M. Alberton, F. Palermo (red.), *Environmental Protection in Multi-Layered Systems. Comparative Lessons from the Water Sector*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2012.
- Schlaepfer R., Haemmerli F., *Das «Waldsterben» in der Schweiz aus heutiger Sicht*, „Schweizerische Zeitschrift für Forstwesen” 1990, nr 3.
- Skelly J.M., Innes J.L., *Waldsterben in the Forests of Central Europe and Eastern North America: Fantasy or Reality?*, „Plant Disease” 1994, vol. 78(11).
- Taylor B., Chapron G., Kopnina H., Orlikowska E., Gray J., Piccolo J.J., *The Need for Eocentrism in Biodiversity Conservation*, „Conservation Biology” 2020, vol. 34(5).
- Toomey J., *Constitutionalizing Nature’s Law: Dignity and the Regulation of Biotechnology in Switzerland*, „Journal of Law and Biosciences”, Published 19 November 2020.
- Wierzbowski B., Rakoczy B., *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Więckowska K., *Impresje o godności zwierząt na przykładzie rozwiązań prawnych Szwajcarii*, „Zoophilologica. Polish Journal of Animal Studies” 2019, nr 5.
- Wohlleben P., *Sekretne życie drzew*, Wyd. „Otwarte”, Kraków 2016.
- Zedan H., *Foreword*, [w:] *Global Strategy for Plant Conservation*, Secretariat of the Conservation of Biological Diversity, United Nations Environment Programme (UNEP), Montreal.
- Zębek E., *Zasady gospodarki odpadami w ujęciu prawnym i środowiskowym*, seria: Kortowski Przegląd Prawniczy Monografie, Olsztyn 2018.

Summary

Concept of plants’ dignity in environmental protection and ecological safety

Keywords: international law, Swiss law, dignity of plants, *dignity of living beings*, genetic engineering and genomics, environmental security.

The evolving phenomenon of extinction of flora and fauna species, the greenhouse effect, and climate change encourage the search for more effective methods of environmental protection. The aim of the article is to present an innovative concept of plant dignity introduced in Swiss law. The article elaborates on the claim that the concept provides arguments for the formation of a new paradigm of environmental protection, in which the reference point is

shifted from anthropological to ecocentric. The concept of plant dignity is a source of values and solutions that can provide legislative inspiration for the development of international law norms in this matter. As part of the considerations, the inference oscillates around emphasizing the role of the concept of dignity for the protection of plants as *living beings*. In the face of the intensive development of science and technology, of bioengineering, the issues that require the continuation of legislative work to rationally define the boundaries of human activity have been identified. When formulating the postulates *de lege ferenda*, the role of the concept of plant dignity as a guideline in the profiling of pro-ecological activities is emphasized.

Radosław Krajewski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-3413-2955

radekkrajewski@vp.pl

Uzasadnienia kryminalizacji eksploatacji prostytcji

Wprowadzenie

Prostytcja polega na oddawaniu w celach zarobkowych własnego ciała do dyspozycji osobom różnej lub tej samej płci dla zaspokojenia ich potrzeb seksualnych, przy równoczesnym braku zaangażowania uczuciowego i zasadniczo niedokonywaniu wyboru partnerów takich relacji. Podstawowym ich elementem po stronie osoby trudniącej się takim procederem jest pobieranie opłat, których wysokość z góry znana jest osobom korzystającym, a zależy ona od zakresu usług, czasu poświęconego klientowi oraz innych uwarunkowań.

Prostytcję systematyzować można według wielu kryteriów, a jednym z nich jest dobrowolność lub jej brak zajmowania się taką aktywnością. O ile ta druga, niestety, zdarza się i to pewnie nierzadko, to jednak dominującą formułą świadczenia usług seksualnych jest ich oparcie o wolny wybór osób prostytuujących się, który ma znaczenie przede wszystkim w chwili podejmowania się takiego zajęcia, co może być prostsze aniżeli rezygnacja z niego.

Tak czy inaczej wokół osób prostytuujących się zawsze pojawiali się i pojawiają się ci, którzy chcą żyć z prostytucji innych, a ich profesje znane są od zarania tego procederu. Zmuszali i zmuszają oni do takiego zajęcia, nakłaniaли i nakłaniają do niego, będąc stręczycielami, czerpali i czerpią z niego korzyści, mając miano sutenerów, jak też ułatwiali i ułatwiają je, co nakazuje traktować ich jako kuplerów. Stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo stanowią różne postacie eksploatacji prostytucji i są przestępstwami. Pierwsze polega na nakłanianiu innej osoby do zajęcia się prostytucją, przy czym w aktualnym stanie prawnym karalne jest tylko stręczycielstwo podejmowane w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Drugie sprowadza się do czerpania korzyści z cudzej prostytucji. Istotą trzeciego jest zaś jej ułatwianie także w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Korzyści majątkowe są więc dominującą cechą

takich aktywności, co jest analogiczne w relacji do samej prostytucji, która uprawiana jest właśnie dla zysku czy to osoby trudniącej się nią czy też innych osób, w tym tej, czy tych, którzy zmuszają do prostytucji tudzież ją eksploatują.

Przestępstwa eksploatacji prostytucji

Na ich określenie używa się pojęcia „przestępstwa eksploatacji prostytucji”. Według Michała Antoniszyna i Andrzeja Marka pojęcie to nie jest terminem prawnym, ale zostało przyjęte i zaakceptowane w języku prawniczym, w tym w opracowaniach naukowych¹. Andrzej Marek terminem tym posługiwał się zresztą konsekwentnie w kolejnych pracach, w tym w podręczniku prawa karnego². Natomiast Jarosław Warylewski przestępstwa stręczycielstwa, sutenerstwa i kuplerstwa określał zbiorczo jako „ekonomiczną eksploatację prostytucji”³. Jak się wydaje, ten wybitny znawca prawa karnego seksualnego czynił to dla podkreślenia elementu korzyści majątkowych (a więc przesłanki ekonomicznej) takich czynów zabronionych, które są dla nich podstawową cechą.

Określenia te korespondują z konstatacją Kazimierza Imielińskiego, który zauważył, że obok prostytucji istnieje cały przemysł pośredniczący i czerpiący z niej zyski – stręczyciele, sutenerzy i inni. Autor ten dostrzegał, że choć samo uprawianie prostytucji nie jest karane przez prawo, to zgodnie z duchem abolicjonizmu karane jest nakłanianie innej osoby do uprawiania prostytucji, czerpanie korzyści z cudzego nierządu oraz jego ułatwianie celem osiągnięcia korzyści majątkowej⁴. Ów „przemysł pośredniczący i czerpiący zyski z prostytucji” to tyleż samo co „infrastruktura nierządu” – takim pojęciem określiła aktywność stręczycieli i sutenerów w Królestwie Polskim w XIX w. Jolanta Sikorska-Kulesza⁵. Po dzień dzisiejszy tworzą oni taką infrastrukturę, a jej rozmiary są bardzo poważne, gdyż prostytucja i jej eksploatacja przynoszą ogromne zyski. Istotna ich część trafia do „pośredników” tego biznesu.

Są nimi sprawcy dopuszczający się stręczycielstwa, sutenerstwa oraz kuplerstwa. Pierwsze polega na nakłanianiu drugiej osoby, aby zajęła się świadczeniem usług seksualnych lub aby porzuciła zamiar rezygnacji z trudnienia się takim procederem. Stręczycielstwo odpowiada więc podżeganiu, z tym że ta forma zjawiskowa popełnienia przestępstwa nie może mieć tu zastosowania

¹ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle badań kryminologicznych*, Warszawa 1985, s. 42.

² A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 505.

³ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 316.

⁴ K. Imieliński, *Manowce seksu. Prostytucja*, Łódź 1990, s. 167.

⁵ J. Sikorska-Kulesza, *Zło tolerowane. Prostytucja w Królestwie Polskim w XIX wieku*, Warszawa 2004, s. 142.

z tej prostej przyczyny: zajmowanie się prostytutką w naszym kraju nie jest czynem zabronionym, a w konsekwencji nie jest możliwe podżeganie do niego.

Natomiast sutenerstwo sprowadza się do czerpania korzyści z uprawiania prostytutki przez inną osobę. Bez znaczenia jest przy tym, czy w zamian osoba ta otrzymuje od sutenera jakiegokolwiek świadczenie wzajemne, choćby w postaci opieki czy pośrednictwa między nią a klientami, czy też nie, gdyż sutenerstwo jako forma eksploatacji prostytutki zabronione jest jako takie. *Ratio legis* kryminalizacji sutenerstwa dobrze oddaje argumentacja komisji kodyfikacyjnej, efektem prac której było przyjęcie Kodeksu karnego z 1932 r., którą przytoczył J. Warylewski, a którą warto zacytować w tym miejscu, jako że mimo innych realiów społecznych, w pełni zachowuje swą aktualność. Komisja ta podkreśliła, że „sutenerem może być jednostka mająca stałe źródło dochodów inne, nie musi być włóczęgą lub próżniakiem, nie potrzebuje zajmować się pośredniczeniem, wystarczy że jednostka tego rodzaju czerpie dochody z obcego nierządu, niebędące odpłatą za żadne dowolne świadczenie ani też za stręczenie. Sutenerstwo powstało na tle samoistnego uprawiania zawodowego nierządu przez kobiety poza domami rozpusty. prostytutka poszukuje oparcia w mężczyźnie, który mógłby jej przyjść z pomocą w razie potrzeby. W wielu wypadkach sutener faktycznie dostarcza pomocy dla wykonywania zarobkowego nierządu, jest organem egzekucyjnym dla wydobycia opłaty od osoby korzystającej z nierządu lub stoi na straży, gdy zachodzi obawa interwencji władz bezpieczeństwa. Związanie jednak karygodności sutenerstwa z tego rodzaju okolicznościami przedstawia praktycznie poważne niebezpieczeństwo, gdyż wymaga udowodnienia nieuchwytnych często faktów. Prostszy jest podkreślić samą istotę sutenerstwa, a więc czerpanie dochodu z cudzego nierządu. Z punktu widzenia kryminalno-politycznego jest to dostateczny tytuł do karygodności. Z góry można przyjąć, że sutener żąda wynagrodzenia nie pozostającego w żadnym stosunku do jakichkolwiek jego świadczeń, zresztą etycznie niedozwolonych, a nadto, że w interesie własnym zniewala prostytutkę do trwania przy swoim zawodzie”⁶. Właśnie ewentualne świadczenie wzajemne ze strony sutenera na rzecz osoby trudniącej się prostytutką jest etycznie co najmniej wątpliwe, gdyż – jak zauważyli M. Antoniszyn i A. Marek – sutenerzy są uważani za najbardziej szkodliwych społecznie żyjących z prostitucji ludzi. Istotą bowiem sutenerstwa jest pasożytnicze czerpanie korzyści majątkowych z cudzego nierządu. Wynagrodzenie sutenera nie pozostaje zwykle w żadnym stosunku do jakichkolwiek jego świadczeń, nie jest odpłatą za pośrednictwo ani za inne ułatwianie nierządu⁷.

Jeśli zaś chodzi o kuplerstwo, polega ono na ułatwianiu innej osobie uprawianie prostytutki w zamian za korzyści majątkowe. Jest ono więc bliskie pomocnictwu jako formie zjawiskowej popełnienia przestępstwa, ale jako że

⁶ J. Warylewski, op. cit., s. 329.

⁷ M. Antoniszyn, A. Marek, op. cit., s. 43.

świadczenie usług seksualnych nie jest przestępstwem, to nie jest możliwe oparcie karalności kuplerstwa o tę konstrukcję, a w konsekwencji potrzeba jej odrębnej kryminalizacji. Przykładami kuplerstwa są wynajmowanie mieszkania, w którym uprawiana jest prostytutka, gdy właściciel w związku z tym pobiera wyższy od standardowego czynsz. Jest to również podwożenie osoby trudniającej się prostytutką na miejsca świadczenia takich usług, gdy ma to charakter zlecenia stałego za wynagrodzenie wyższe od standardowo należnego za usługi taxi. Kuplerstwem jest także tworzenie stron internetowych, na których osobyprostituujące się odpłatnie zamieszczają anonse.

W Kodeksie karnym z dnia 6 czerwca 1997 r.⁸ przestępstwa eksploatacji prostytutki stypizowane są w art. 204 zawartym w rozdziale XXV *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. Zgodnie z jego § 1, „kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nakłania inną osobę do uprawiania prostytutki lub jej to ułatwia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Z kolei § 2 tego artykułu stanowi, że „karze określonej w § 1 podlega, kto czerpie korzyści majątkowe z uprawiania prostytutki przez inną osobę”. Natomiast § 3 brzmi: „jeżeli osoba określona w §1 lub 2 jest małoletnim, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”. Jest więc tak, że ustawodawca jeden paragraf poświęcił wspólnie stręczycielstwu i kuplerstwu, a sutenerstwo stypizował w odrębnej takiej jednostce redakcyjnej, co nie jest do końca zrozumiałe, zwłaszcza że za wszystkie te przestępstwa przewidział takie same ustawowe zagrożenia karami. Te są istotnie wyższe, tak w dolnym, jak i w górnym ustawowym zagrożeniu, gdy pokrzywdzonymi takimi aktywnościami są małoletni.

Nieco inaczej przedmiotowe przestępstwa ujmował Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r.⁹ Jego rozdział XXIII *Przestępstwa przeciwko obyczajności* zawierał m.in. art. 174, którego § 1 stanowił, że „kto nakłania inną osobę do uprawiania nierządu, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”. Zgodnie z §2 tego artykułu „tej samej karze podlegał, kto czerpał korzyści majątkowe z cudzego nierządu albo w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ułatwiał cudzy nierząd”. Wówczas ustawodawca to stręczycielstwo ujął odrębnie, łącząc w jednej jednostce redakcyjnej odpowiedzialność karną za sutenerstwo i kuplerstwo.

Natomiast w Kodeksie karnym z dnia 11 lipca 1932 r.¹⁰ przestępstwom eksploatacji prostytutki poświęcone były trzy odrębne artykuły. Jego art. 208 przewidywał, że „kto z chęci zysku ułatwia cudzy nierząd, podlega karze więzienia do lat 5”. Jego art. 209 stanowił zaś: „kto czerpie z cudzego nierządu zyski, podlega karze więzienia do lat 5”, a art. 210 zawierał treść, zgodnie

⁸ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 z późn. zm., dalej jako k.k.

⁹ Dz.U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

¹⁰ Dz.U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

z którą „kto nakłania inną osobę do zawodowego oddawania się nierządowi, podlega karze więzienia do lat 5 i grzywny”.

Zatem zakres kryminalizacji przestępstw eksploatacji prostytutki na gruncie trzech polskich kodeksów karnych był i jest bardzo podobny, a różnice sprowadzały do kolejności ujęć poszczególnych z nich oraz różnych ustawowych zagrożeń karami za nie. Nie dotyczy to jednak stręczycielstwa, gdyż – co słusznie podkreślili Joanna Piórkowska-Flieger i Krzysztof Wala – w obowiązującym k.k. (w porównaniu z poprzednio obowiązującymi) nastąpiła zmiana w zakresie ustawowych znamion tego przestępstwa, która polega na zastąpieniu pojęcia „nierząd” określeniem „uprawianie prostytutki” oraz włączeniu do tych znamion celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego zawężono więc zakres penalizacji stręczycielstwa, gdyż będzie ono czynem zabronionym jedynie wówczas, gdy sprawcy towarzyszy przedmiotowy cel, gdy w poprzednich stanach prawnych wymóg taki nie był konieczny¹¹.

System abolicjonistyczny traktowania prostytutki

Karalność przestępstw eksploatacji prostytutki jest konsekwencją obowiązującego w Polsce systemu abolicjonistycznego traktowania prostytutki. Jak wskazuje Lech Gardocki, system ten przeważa obecnie na świecie. Opiera się na rezygnacji z legalizacji prostytutki i zakazie rejestracji prostytutek, ale nie dopuszcza też do uznania prostytutki za przestępstwo. Jego zasadnicze założenia polegają na działaniach profilaktycznych i resocjalizacyjnych wobec osób trudniących się prostytutką i zwalczaniu – również przez stosowanie sankcji karnych – zjawisk towarzyszących prostytutce, zwłaszcza jej eksploatacji przez inne osoby. Oprócz niego znane są trzy inne systemy prawnej regulacji prostytutki, które L. Gardocki charakteryzuje następująco: mianowicie jest nim system prohibicyjno-represyjny, który polega na traktowaniu prostytutki jako przestępstwa i na represji karnej wobec prostytutek. Jest to także system reglamentacji, którego istota sprowadza się do zalegalizowania prostytutki, łącznie z dopuszczeniem istnienia domów publicznych, rejestracji prostytutek przez policję i poddaniu ich obowiązkowej kontroli lekarskiej. W końcu jest to system neoreglamentacji, który różni się od systemu reglamentacji tym, że nie dopuszcza utrzymywania domów publicznych, a rejestrację i kontrolę prostytutek powierza podmiotom służby zdrowia¹².

Brunon Hołyst eksponuje podstawowe założenia abolicjonizmu. Według niego jest to praca propagandowa, której celem jest stałe podnoszenie higieny psychicznej społeczeństwa i krzewienie oświaty zdrowotnej. Nadto jest to pra-

¹¹ J. Piórkowska-Flieger, K. Wala, *Tak zwane przestępstwa okołoprostytycyjne (art. 204 k.k.)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prostytucja*, Warszawa 2014, s. 80.

¹² L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 280.

ca profilaktyczna, mająca uchronić dziewczęta przed prostytutką, zwłaszcza te, które są najbardziej narażone na podjęcie się uprawiania prostytutki. Założeniem takim jest także możliwie wszechstronna reedukacja prostytutek. Jest nim też surowe traktowanie wszystkich czynów związanych z eksploatacją prostytutki. Zdaniem B. Hołysta abolicjonizm różni się od wszystkich innych systemów regulacji prostytutki tym, że realizacja jego założeń dotyczy w zasadzie nie bezpośrednio samej prostytutki, ale warunków sprzyjających jej rozwojowi i ułatwiających jej uprawianie¹³.

W naszym kraju skupiamy się na tym ostatnim elemencie, co ma odzwierciedlenie w kształcie przepisów karnych odnośnie do przestępstw eksploatacji prostytutki. Profilaktyka oraz reedukacja osób trudniących się prostytutką, jeżeli bowiem w ogóle są realizowane, to w zupełnie minimalnym wymiarze, który nie sposób byłoby traktować jako mający szerszy wymiar społeczny. To oczywista strata w wymiarze wiktymologicznym oraz kryminologicznym, gdyż oczywistością jest, że lepiej byłoby zapobiegać prostytutce także w kontekście uwarunkowań podejmowania się tego zajęcia i jego różnorodnych konsekwencji, aniżeli karać zachowania polegające na jej eksploatacji.

Podstawą ich karalności w wymiarze formalnym jest ratyfikowana przez Polskę w dniu 29 lutego 1952 r. Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytutki z dnia 21 marca 1950 r.¹⁴ Zgodnie z jej art. 1, „strony konwencji zgadzają się ukarać każdego, kto dla zaspokojenia namiętności innej osoby dostarcza, zwabia lub uprowadza w celach prostytutki inną osobę, nawet za jej zgodą albo eksploatuje prostytutkę innej osoby, nawet za jej zgodą”. Art. 2 stanowi, że „strony konwencji zgadzają się również ukarać każdego, kto utrzymuje lub prowadzi bądź świadomie finansuje dom publiczny albo bierze udział w jego finansowaniu albo świadomie wynajmuje komuś lub odnajmuje od kogoś budynek bądź inne pomieszczenie lub jakkolwiek ich część dla celów prostytutki innych osób”. Pierwszy z artykułów wprost wskazuje na konieczność kryminalizacji eksploatacji prostytutki, przy czym bez znaczenia jest zgoda osoby nią się trudniącej, gdyż nawet przy takiej zgodzie konwencja wymaga karalności czynów polegających na eksploatacji prostytutki. Drugi zaś odnosi się pośrednio do eksploatacji prostytutki, której przejawem jest także prowadzenie domu publicznego oraz będące kuplerstwem wynajmowanie pomieszczeń, w których są świadczone usługi seksualne.

Przedmiot ochrony przestępstw eksploatacji prostytutki

To, że Polska jest stroną przedmiotowej konwencji, przesądza konieczność i zakres kryminalizacji czynów polegających na eksploatacji prostytutki bez

¹³ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2016, s. 674–675.

¹⁴ Dz.U. z 1952 r., Nr 41, poz. 278.

potrzeby szukania innych jej uzasadnień. Warto jednak ich poszukać, w szczególności w oparciu o sprecyzowanie przedmiotu ochrony przestępstw stypizowanych w art. 204 k.k., który jest różnie postrzegany przez przedstawicieli doktryny prawa karnego. Należy uczynić to nie tyle dla uporządkowania wiedzy w tym zakresie, lecz dla zbudowania możliwie szerokiej perspektywy poznawczej co do uzasadnienia kryminalizacji eksploatacji prostytutki, która jako taka istnieje, choć nie jest być może na tyle silna, aby nie mogła stanowić przedmiotu naukowej kontestacji, która wybrzmiewa zresztą w wypowiedziach niektórych badaczy.

Zdaniem Sławomira Hyspia zasadniczym celem kryminalizacji art. 204 § 1 i 2 k.k. jest ochrona społeczeństwa przed powstaniem i szerzeniem się prostytutki, która jest kryminogennym zjawiskiem patologicznym. Polega ono na wykorzystywaniu innych osób, naruszaniu godności człowieka i tworzeniu warunków do działalności zorganizowanych grup przestępczych. Dalszą ochroną obejmuje się także obyczajność w sferze życia seksualnego oraz wolność decyzji człowieka w tym względzie. Zdaniem tego autora inny zakres dobra chronionego można wskazać przy przestępstwach związanych z eksploatacją prostytutki dziecięcej stypizowanej w art. 204 § 3 k.k. Uznaje się bowiem, że w stosunku do małoletnich podstawowym dobrem chronionym jest ich rozwój psychofizyczny, mogący ulec zagrożeniu w wyniku zetknięcia się z prostytutką¹⁵. Także zdaniem Violetty Konarskiej-Wrzosek przepisy art. 204 k.k. chronią obyczajność w sferze seksualnej, która sprzeciwia się wszelkim formom eksploatacji prostytutki przez inne osoby w drodze czerpania korzyści majątkowych z jej uprawiania. Przepis art. 204 § 3 k.k. chroni ponadto prawidłowy rozwój fizyczny, psychiczny, seksualny i moralny osób małoletnich¹⁶. Podobnie postrzega to Joanna Piórkowska-Flieger – że przedmiotem ochrony art. 204 § 1 i 2 jest obyczajność seksualna, a jego § 3 także rozwój psychofizyczny osób małoletnich oraz wolność *sensu largo*, w tym wolność seksualna człowieka¹⁷. Autor niniejszego artykułu w pełni zgadza się z takim ujęciem przedmiotu ochrony analizowanych przepisów, uznając tym samym za w pełni zasadną kryminalizację czynów, które w nie godzą, a którymi są zachowania polegające na eksploatacji prostytutki.

Marek Bielski uważa, że indywidualny przedmiot ochrony w art. 204 § 1 i 2 k.k. stanowi obyczajność w sferze życia seksualnego. Racjonalizacja karalności oparta jest na przekonaniu, że opisane zachowania są sprzeczne z ogólnie przyjętymi w społeczeństwie wzorcami postępowania, które potępiają ja-

¹⁵ S. Hypś, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1221.

¹⁶ V. Konarska-Wrzosek, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 1027.

¹⁷ J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 593.

kierunkiem formy czerpania korzyści majątkowej z uprawiania prostytucji przez inne osoby. Indywidualny przedmiot ochrony w art. 204 § 3 k.k. jest odmienny w zależności od kategorii małoletnich których dotyczy. W stosunku do małoletnich poniżej lat 15, a więc osób niezdolnych do świadomej autodeterminacji seksualnej, przedmiotem ochrony jest obiektywnie rozumiana wolność seksualna, w którą sprawca godzi, nakłaniając lub ułatwiając albo czerpiąc korzyści majątkowe z faktu prostytuowania się małoletniego. W odniesieniu do małoletnich między 15 a 18 rokiem życia, podobnie jak w przypadku osób pełnoletnich, przedmiotem ochrony jest obyczajność w sferze życia seksualnego. Ta ostatnia kategoria małoletnich, jako osób zdolnych do świadomej autodeterminacji seksualnej w świetle regulacji art. 200 k.k., może podejmować świadome i dobrowolne decyzje co do rozporządzania swoją wolnością seksualną, także przez podjęcie procedury uprawiania prostytucji. Karalność podejmowania stosunków seksualnych z małoletnimi między 15 a 18 rokiem życia, a także dopuszczania się przestępstw z nimi związanych, nie może więc opierać się na ochronie ich wolności seksualnej, co zmusza do przyjęcia, że również w stosunku do tej kategorii małoletnich przedmiotem ochrony jest obyczajność w sferze życia seksualnego¹⁸. Wydaje się, że rozgraniczanie przedmiotu ochrony w przypadku małoletnich w zależności od tego, czy mają albo nie mają oni ukończone 15 lat, nie do końca jest uprawnione. Ustawodawca bowiem takiego rozróżnienia nie czyni, zaś to, że małoletni po ukończeniu 15 lat mogą mieć dobrowolne relacje seksualne, nie oznacza, że mogliby trudnić się prostytucją, gdyż takie zajęcie wyczerpywałoby znamiona demoralizacji wprost wskazane w art. 4 § 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁹ jako jeden z jej przejawów, ujęty jeszcze przy użyciu starej nomenklatury jako „uprawianie nierządu”.

Natomiast według Barbary Błońskiej przestępstwa związane z eksploatacją prostytucji naruszają godność człowieka poprzez wykorzystanie jednostki, jak też nadużycie jej sfery intymnej. Autorka uważa, że kryminalizacja przestępstw polegających na eksploatacji prostytucji stanowi realizację zobowiązań międzynarodowych Polski oraz standardu wynikającego z art. 30 Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r., zgodnie z którym poszanowanie godności człowieka jest obowiązkiem władz publicznych²⁰. Także M. Bielski jest zdania, że przedmiotem ochrony przestępstw z art. 204 k.k. jest godność ludzka. Z jednej strony godność ludzka to dobro o charakterze indywidualnym, przynależne każdej osobie, a z drugiej jest dobrem niezbywalnym, w które godzić może

¹⁸ M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kk*, Warszawa 2008, s. 697.

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 969 z późn. zm.

²⁰ B. Błońska, *Zagadnienia przedmiotu ochrony prawnokarnej w przypadku przestępstw eksploatacji prostytucji*, „*Studia Iuridica*” 2006, nr 46, s. 57–58.

sprawca, mimo zgody osoby trudniącej się prostytutką na uprawianie tego procederu²¹.

Co do ochrony godności ludzkiej, to należy zgodzić się z J. Warylewskim, który wyraził pogląd, że nie można chronić godności żadnej osoby wbrew jej woli, a taka sytuacja miałaby miejsce, gdyby chcieć chronić to dobro w przypadkach całkowitej dobrowolności trudnienia się prostytutką, gdy osoby to czyniące nie uważają, że ich godność jest jakkolwiek naruszana. Nadto J. Warylewski był zdania, które autor niniejszego artykułu podziela, że wyrażany powszechnie pogląd, zgodnie z którym prostytutka jest zjawiskiem z kręgu patologii społecznej, najczęściej bywa traktowany jako dogmat niewymagający uzasadnienia. Wynika to raczej z braku samodzielności w dokonywaniu ocen niż z ich oczywistości. Wiele przemawia bowiem za tym, że prostytutka jest takim urządzeniem życia społecznego, którego nie sposób oceniać jednoznacznie negatywnie. Nie naruszając żadnego konkretnego dobra prawnego, prostytutka może być oceniana negatywnie tylko z punktu widzenia obyczajowości czy moralności, które wymagają, aby obcowaniu płciowemu towarzyszyły jakieś głębsze i trwalsze uczucia. Ten wybitny znawca prawa karnego seksualnego podkreślał, że prostytutka kanalizuje jednak zaspokajanie potrzeb seksualnych poza związkami opartymi na więzi uczuciowej. Osoby niepozostające w takich związkach byłyby bowiem skazane albo na sublimację popędu płciowego albo na naruszanie zakazów, które chronią wolność seksualną innych osób. Na potwierdzenie swoich poglądów J. Warylewski w tym zakresie przywołał słowa św. Augustyna, który uważał, że wraz ze zniesieniem prostytutki „wszędzie rozpanoszyłyby się bezwstyd ogólny”, jak również stanowisko św. Tomasza, przyrównującego prostytutkę „do kloaki pałacowej”, wraz ze zniesieniem której cały pałac zmieniłby się w miejsce brudne i śmierdzące²². Skoro tak przed wiekami uważali doktorzy Kościoła katolickiego, to być może współcześnie bywamy zbyt rygorystyczni w ocenach prostytutki.

Wątpliwości wokół kryminalizacji eksploatacji prostytutki

Jednak być może nie to jest istotą rzeczy, lecz jest nią postawa, którą już przed laty dostrzegł Leszek Lernell, a mianowicie, że u podstaw obiegowych poglądów na temat prostytutki, podobnie jak w przypadku ocen dotyczących pornografii, znajdują się spore pokłady hipokryzji²³. Wszak historia uczy, że

²¹ M. Bielski, op. cit., s. 698.

²² J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, Warszawa 2012, s. 852–853.

²³ L. Lernell, *Zarys kryminologii ogólnej*, Warszawa 1978, s. 325.

prostytacji nie da się zlikwidować, a i zwyczajnie nie ma takiej społecznej potrzeby, aby nawet podejmować takie próby. Bowiern zawsze byli i są chętni do korzystania z takich usług, to i znajdują się osoby zainteresowane ich świadczeniem, przy czym powody jednego i drugiego są złożone i różnicowane. Chodzi jedynie, aby przyjąć najbardziej właściwy system prawnego jej traktowania uwzględniający uwarunkowania konkretnego miejsca i czasu, jak też co społeczeństwo zorganizowane w państwo przy użyciu prawa chce w tym względie osiągnąć.

Dlatego też nie może dziwić konstatacja J. Warylewskiego, że w kryminalizacji eksploatacji prostytucji pozornie jedynie miałyby chodzić o ochronę społeczeństwa przed jej szerszeniem się. Nie uważał on jednak Kodeksu karnego za właściwe miejsce dla takiej ochrony, pozostając w przekonaniu, że znaczna część społeczeństwa jej sobie nie życzy, o czym świadczą wyniki badań opinii publicznej. Podkreślał przy tym, że należy zwrócić uwagę na to, że altruistyczne, pozbawione motywacji materialnej, nakłanianie lub ułatwianie prostytucji jest legalne i nieobjęte znamionami art. 204 k.k. Gdyby więc chodziło o prewencyjne zapobieganie szerszeniu się prostytucji, to również takie zachowania powinny być kryminalizowane, a nie są, co pochwałał²⁴. Według J. Warylewskiego jedynym przedmiotem ochrony w przypadku art. 204 § 1 i 2 k.k. jest obyczajność. Samo nakłanianie do prostytucji, z wyłączeniem sposobów znamionujących czyn z art. 203 k.k., a tym bardziej jej ułatwianie, nie mogą być uznane za czyny godzące w wolność seksualną – poza takimi aktywnościami podejmowanymi wobec małoletnich. Tym samym J. Warylewski uważał, że istnieją poważne powody dla ich dekryminalizacji, gdy chodzi o eksploatację prostytucji osób pełnoletnich. Dostrzegał jednocześnie, że ewentualna decyzja o depenalizacji zachowań stypizowanych w art. 204 § 1 i 2 kk musi uwzględniać fakt, że Polska jest stroną konwencji z dnia 21 marca 1950 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji. Przyjęcie rozwiązań zgodnych z tzw. koncepcją wolnościową przestępstw seksualnych wymagałoby jej wypowiedzenia. Zgodnie z art. 25 konwencji każde państwo może to zrobić w drodze pisemnego zawiadomienia skierowanego do Sekretarza Generalnego Narodów Zjednoczonych²⁵.

Na potrzebę zmian odnośnie kryminalizacji eksploatacji prostytucji wskazywali także Marian Filar i Marcin Berent. Ich zdaniem prostytucja pozostaje zjawiskiem z obszaru patologii społecznej, wszelkie zaś działania zmierzające do ograniczenia jej zasięgu należą w zasadzie do sfery obowiązków państwa. Jednak trzeba powiedzieć, że kryminalizacja swoistej przestępczości okołoprostytecznej (zwłaszcza kuplerstwa, a także – z pewnymi ograniczeniami i pod

²⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 867–868.

²⁵ Idem, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 1394–1395.

pewnymi warunkami – sutenerstwa) domaga się przyjęcia odmiennej optyki racjonalizacyjnej, stawiającej pod znakiem zapytania sens karalności tego typu zachowań. Inna była bowiem struktura przestępczości lat 90. ubiegłego wieku, inna zaś jest obecnie. O ile dawniej przestępczość okołoprostytucyjna pozostawała immanentnie powiązana z ową patologią, o tyle współcześnie relacje zachodzące między osobą uprawiającą prostytutkę a kuplerem, a nawet sutenerem, kształtują się zgoła odmiennie, przybierając postać swego rodzaju „transakcji wiązanej”. W konsekwencji zatem kwestią otwartą pozostaje zasadność karania sprawców przestępstw okołoprostytucyjnych, o ile ci działają w interesie i na prośbę osób prostytuujących się. Za jego utrzymaniem mogą najmocniej przemawiać potrzeby kryminalno-polityczne wynikające z tzw. kryminalizacji na przedpolu naruszenia dobra prawnego, choć konstrukcja ta budzi wątpliwości, a także realnie grożące nadużycia ze strony kuplera i sutenera. W konsekwencji według tych autorów istnieje potrzeba zniesienia bądź przynajmniej redukcji odpowiedzialności karnej za sutenerstwo i kuplerstwo²⁶.

Gdy chodzi o to drugie, to i autor niniejszego artykułu na łamach wcześniejszego opracowania zastanawiał się nad zasadnością kryminalizacji kuplerstwa w kontekście funkcjonowania stron internetowych zawierających ogłoszenia osób oferujących usługi seksualne. Formalnie bowiem wyczerpują one znamiona właśnie kuplerstwa, jednak wątpliwości budzi społeczna szkodliwość takich zachowań, mogąca dawać asumpt do postulatu ich dekryminalizacji. Wszak prostytutka była, jest i zapewne będzie, a wykorzystywanie przestrzeni internetowej przez osoby nią zainteresowane w różnych rolach, a więc trudniących się nią, jak i korzystających z takich usług, ale także pośredników, jakimi są administratorzy stron internetowych, którzy ułatwiają prostytutkę w sensie odpłatnego przyjmowania ogłoszeń i udostępniania ich osobom zainteresowanym znalezieniem interesującej ich oferty, jest faktem. Jednocześnie jest tak, że powiązanie między administratorami takich stron a osobami zamieszczającymi na nich ogłoszenia seksualne polega na tym, że obie strony robią to dobrowolnie i dla pieniędzy, a w konsekwencji obie są z tego zadowolone. Z ogłoszeń tych korzystają potencjalni klienci tych drugich, dla których strony te stanowią znaczne ułatwienie na drodze do takich relacji. Nie sposób zatem dostrzec jakiś podmiot lub jakieś podmioty, których indywidualne dobra prawne byłyby w ten sposób naruszane. Wydaje się nawet, że dzięki „przeniesieniu się” w tym zakresie prostitucji do Internetu zwiększyła się ochrona obyczajności. Wszak zdecydowanie lepiej jest, gdy prostytuujące się osoby prezentują swoje „wdzięki” na nienarzucających nikomu swojego istnienia stronach internetowych, aniżeli miałyby to czynić w inny sposób, jak choćby poprzez rozda-

²⁶ M. Berent, M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1268.

wanie na ulicach ulotek reklamujących takie usługi²⁷. Te bowiem mogłyby trafiać do osób, które absolutnie by sobie tego nie życzyły, co nie ma miejsca w przypadkach odwiedzania stron internetowych z takimi anonsami, gdyż te mają charakter dobrowolny.

Ponad cztery dekady wcześniej postulat uchylenia karalności kuplerstwa sformułował Stanisław Akoliński, uzasadniając swoje stanowisko tym, że kary za ułatwianie nierządu nie prowadzą do zanikania takiej działalności, lecz skutkują tylko podwyższaniem taryf za wynajem pomieszczeń i ułatwianie kontaktu z prostytutkami, ze względu na wiążąco się z tym ryzyko odpowiedzialności karnej²⁸. Michał Antoniszyn i Andrzej Marek argumentację tę uznali za nietrafną, podnosząc że uchylenie sankcji karnej za kuplerstwo doprowadziłoby do niczym nieskrępowanego jego rozwoju, a w konsekwencji także i do rozwoju prostytucji. Ponadto podkreślili, że pamiętać trzeba, iż przyjęty przez Polskę system abolicyjny, depenalizując samo uprawianie prostytucji, zakłada surową walkę z jej eksploatacją w postaci stręczycielstwa, sutenerstwa i kuplerstwa²⁹.

Podsumowanie

Dopóki Polska jest stroną konwencji z dnia 21 marca 1950 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji, a nic nie wskazuje na to, aby była jakakolwiek myśl jej wypowiedzenia, to wszelkie zmiany w tym zakresie nie są możliwe. Wydaje się jednak, że przynajmniej na poziomie dyskursu naukowego można je rozważać, czyniąc to zwłaszcza w przez pryzmat tych przypadków relacji między osobami trudniącymi się prostytucją a osobami czerpiącymi z tego zyski w formule zwłaszcza sutenerstwa i kuplerstwa, które są w pełni dobrowolne czy wręcz pożądane przez obie strony.

Wówczas mamy do czynienia z formułą przestępstw bez ofiar. Jak wskazują Janina Błachut, Andrzej Gaberle i Krzysztof Krajewski, którzy poddali analizom dorobek kryminologii w tym zakresie, rozumiane są one jako akty dobrowolnej wymiany między osobami dorosłymi silnie pożądanych, lecz prawnie zakazanych dóbr i usług. Najczęstszym powodem ich kryminalizacji jest naruszenie nie tyle określonych dóbr prawnych czy też istnienie rzeczywistej ofiary, co naruszenie norm moralnych. Przestępstwa bez ofiar ujmowane są wedle dwóch sposobów. Pierwszym jest kategoria merytoryczna, gdy czyny takie nie są społecznie niebezpieczne w stopniu niezbędnym do ich uznania

²⁷ R. Krajewski, *Prawnokarne oceny funkcjonowania stron internetowych zawierających ogłoszenia osób trudniących się prostytucją*, [w:] P. Siuda, J. Gomoliszek (red.), *Internet. Wybrane przykłady zastosowań i doświadczeń*, Gdańsk 2017, s. 53, 55.

²⁸ S. Akoliński, *Prostytucja*, „Patologia Społeczna” 1976, nr 3, s. 121.

²⁹ M. Antoniszyn, A. Marek, op. cit., s. 44–45.

za przestępstwa, a znajdują się w katalogu przestępstw siłą tradycji. Drugim jest kategoria techniczna, która obejmuje sytuacje, w których brak jest określonego pokrzywdzonego, doznającego szkody przestępstwem i mogącego złożyć zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, co ma poważne konsekwencje dla ujawniania takich przestępstw oraz wykrywania i ścigania ich sprawców³⁰. Dokładnie jest tak w przypadku kryminalizacji przestępstw eksploatacji prostytutki. Z jednej bowiem strony są one traktowane jako przestępstwa siłą pewnej tradycji wspartej zobowiązaniami międzynarodowymi o formule abolicjonistycznej traktowania prostytutki i zachowań z nią związanych, z drugiej zaś – w przypadkach dobrowolności relacji w ramach eksploatacji prostytutki – nie ma realnego nimi pokrzywdzonego, w konsekwencji czego nikt nie ma interesu w ich ujawnianiu. To z kolei skutkuje bardzo nielicznymi sprawami karnymi o stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo, gdy porównać je ze szacowanymi rozmiarami prostytutki w naszym kraju.

To zapewne także efekt wspomnianej wcześniej hipokryzji wokół prostytutki, z jaką mamy do czynienia od lat w naszym kraju, a bynajmniej teraźniejszość w tym względzie w niczym nie jest tu lepsza od czasów minionych. Wiemy bowiem, że prostytutka istnieje, są osoby, które się nią zajmują, i są takie, które z niej korzystają, ale w wymiarze państwowym udajemy, że może jednak tak nie jest. Jest również tak, że instytucje ścigania karnego nie są zbyt aktywne w ujawnianiu przestępstw eksploatacji prostytutki i ściganiu ich sprawców. Wyjątek stanowią niekiedy przypadki ścigania sutenerstwa związanego z aktywnością zorganizowanych grup przestępczych. Tym bardziej do rzadkości należą przypadki pociągania do odpowiedzialności karnej za stręczycielstwo i kuplerstwo, od czego wyjątkiem jest postawienie w listopadzie 2021 r. zarzutów karnych kuplerstwa właścicielom chyba najbardziej popularnego w naszym kraju serwisu z ogłoszeniami seksualnymi i jego zamknięcie. Jednak inne tego rodzaju portale spokojnie działają dalej. Brak jest zatem konsekwencji między zapisami prawnymi a prawem w działaniu, gdy idzie o traktowanie przestępstw eksploatacji prostytutki. Ale może to owo zamknięcie jest właściwym kierunkiem zapobiegania i zwalczania prostytutki w zgodzie z aktualnym stanem prawnym. Jednak ów stan prawny być może powinien ulec zmianie w kierunku dekryminalizacji przynajmniej niektórych postaci eksploatacji prostytutki, gdy dochodzi do niej na zasadzie dobrowolności podmiotów takich relacji.

³⁰ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2006, s. 428–429.

Wykaz literatury

- Akoliński S., *Prostytucja*, „Patologia Społeczna” 1976, nr 3.
- Antoniszyn M., Marek A., *Prostytucja w świetle badań kryminologicznych*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1985.
- Berent M., Filar M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bielski M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kk*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Blachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Arche, Gdańsk 2006.
- Błońska B., *Zagadnienia przedmiotu ochrony prawnokarnej w przypadku przestępstw eksploatacji prostytutki*, „Studia Iuridica” 2006, nr 46.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Holyst B., *Kryminologia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Hypś S., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Imieliński K., *Manowce seksu. Prostytucja*, Res Polonia, Łódź 1990.
- Konarska-Wrzosek V., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Krajewski R., *Prawnokarne oceny funkcjonowania stron internetowych zawierających ogłoszenia osób trudniących się prostytutką*, [w:] P. Siuda, J. Gomoliszek (red.), *Internet. Wybrane przykłady zastosowań i doświadczeń*, Wyd. Nauk. Katedra, Gdańsk 2017.
- Lernell L., *Zarys kryminologii ogólnej*, PWN, Warszawa 1978.
- Marek A., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2003.
- Piórkowska-Flieger J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Piórkowska-Flieger J., Wala K., *Tak zwane przestępstwa okotoprostytucyjne (art. 204 k.k.)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prostytucja*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Sikorska-Kulesza J., *Zło tolerowane. Prostytucja w Królestwie Polskim w XIX wieku*, Wyd. Mada, Warszawa 2004.
- Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Wyd. UG, Gdańsk 2001.

Summary

The rationale for criminalizing the exploitation of prostitution

Keywords: criminalization, prostitution, exploitation of prostitution, procurement, pimping, mugging.

The subject of protection of the crimes of exploitation of prostitution is, first of all, decency, and in the case of exploitation of juvenile prostitution, also their sexual freedom. Most often these are crimes without victims, like procurement, pimping and mercenary activities that take place based on a voluntary exchange of goods and services, which does not apply to forced prostitution. The study aims to indicate the justifications for their criminalization. There are doubts as to its substantive legitimacy, which, however, is necessary for the abolitionist system, which is the main conclusion of the research.

Justyna Krzywkowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0667-6453

justyna.krzywkowska@uwm.edu.pl

Prawo osadzonych do korzystania z usług religijnych w dobie pandemii COVID-19

Wstęp

Rozprzestrzeniający się w świecie koronawirus SARS-CoV-2 nie ominął jednostek penitencjarnych. Pozytywny wynik testu mieli nie tylko funkcjonariusze służby więziennej i pracownicy cywilni, ale także osadzeni. W Polsce funkcjonuje 81 zakładów karnych, 39 aresztów śledczych oraz 51 oddziałów zewnętrznych¹. Ryzyko rozprzestrzeniania się wirusa w jednostkach penitencjarnych jest nadal wysokie. Po ogłoszeniu pierwszego przypadku zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 w Polsce 4 marca 2020 r., mocno ograniczono kontakt osadzonych ze światem zewnętrznym, w tym z kapelanami więzennymi. Według stanu na dzień 24 września 2021 r. zaludnienie zakładów karnych i aresztów śledczych w skali kraju wynosi 88,13%², w jednostkach penitencjarnych przebywa 71 291 osadzonych³. Część z tych osób to osoby starsze, które ciężiej odczuwają skutki choroby COVID-19. Na dzień 3 grudnia 2020 r. wśród tymczasowo aresztowanych i skazanych było 1279 osób w wieku 61–63 lata, 870 osób w wieku 64–66 lat, zaś wiek ponad 67 lat ukończyło 1018 osób. Zasady sanitarne obowiązujące wszystkich na zewnątrz jeszcze bardziej skrupulatniej są realizowane za murami zakładów karnych. Jednak nawet w warunkach izolacji więziennej nakładane ograniczenia muszą respektować god-

¹ <https://www.sw.gov.pl/sitemap> (data dostępu: 25.09.2021).

² Centralny Zarząd Służby Więziennej, Biuro Informacji i Statystyki, *Komunikat o zaludnieniu aresztów śledczych i zakładów karnych*, Warszawa, 24 września 2021 r., s. 1, BIS.0335.39.2021.SG.

³ Biorąc pod uwagę rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 listopada 2009 r. w sprawie trybu postępowania właściwych organów w wypadku, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów (Dz.U. z 2009 r., Nr 202, poz. 1564 ze zm.), stwierdzono, że nie została przekroczona ich ogólna pojemność – Ministerstwo Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, *Roczna informacja statystyczna za rok 2020*, Warszawa, BIS.0332.17.2020.AP.

ność człowieka oraz jego podstawowe prawa, w tym prawo do wolności religijnej zagwarantowane w wielu przepisach prawa międzynarodowego, europejskiego oraz polskiego⁴.

Gwarancje świadczenia posługi religijnej przez kapelanów więziennych

Gwarancja ogólna funkcjonowania duszpasterstwa więziennego znajduje się w Konstytucji RP⁵, która stanowi, że wolność religii obejmuje także „prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują” (art. 53 ust. 2 zd. 2 *in fine*). Praktyki i posługi religijne w zakładach penitencjarnych w odniesieniu do katolików uregulowane są także w art. 17 konkordatu⁶, gdzie stwierdza się, że „zapewnia się w szczególności możliwość uczestniczenia we Mszy św. w niedziele i święta oraz w katechizacji i rekolekcjach, a także korzystania z indywidualnych posług religijnych” (ust. 2). Biskupi diecezjalni kierują do pracy odpowiednich kapelanów, z którymi właściwa jednostka penitencjarna zawiera stosowną umowę (ust. 3)⁷. W praktyce najczęstszym kryterium wyboru kapelana jest bliskość parafii, w której posługuje dany duchowny od jednostki penitencjarnej. Zdarzają się także sytuacje, kiedy do zakładu karnego kierowany jest duchowny niemający stałej posługi duszpasterskiej w jakiegokolwiek parafii. Zasady zatrudniania kapelanów przez dyrektorów zakładów karnych i aresztów śledczych uregulowane zostały w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych⁸.

⁴ M.in. art. 9 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284); art. 18 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167); orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, np. wyrok ETPC z 3 listopada 2009 r., 30814/06, *Lautsi v. Włochy*, Lex nr 523579; wyrok ETPC(WI) z 18 marca 2011 r., 30814/06, *Lautsi i inni v. Włochy*, Lex nr 784874; art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.); ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1153). Zob. także I.C. Kamiński, *Wolność myśli, sumienia i wyznania w orzecznictwie ETPCz za lata 2008–2009*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 11, s. 33–39; M. Hucal, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2012, ss. 229.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁶ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. z 1998 r., Nr 51, poz. 318 ze zm.).

⁷ M. Różański, *Kapelan więzienny. Prawne podstawy duszpasterzowania*, [w:] J. Nikolajew, K. Walczuk (red.), *Wolność sumienia i religii osób pozbawionych wolności. Aspekty prawne i praktyczne*, Warszawa–Siedlce 2016, s. 237–247.

⁸ Dz.U. z 2003 r., Nr 159, poz. 1546.

Sprawy duszpasterstwa w jednostkach penitencjarnych uregulowane są także w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (art. 19 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 4 ust. 1 pkt 3), jak również w większości ustaw indywidualnych, m.in. w art. 32 ust. 1–4 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP⁹, art. 28 ust. 1–4 ustawy z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego¹⁰, art. 12 ust. 2–3 ustawy z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w RP¹¹, art. 19 ust. 1–4 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w RP¹², art. 15 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w RP¹³ czy art. 18 ustawy z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP¹⁴.

Zadania w zakresie działalności duszpasterskiej prowadzonej wobec osadzonych koordynuje Rada Duszpasterstwa Więziennego, którą tworzą naczelni kapelani: Kościoła Rzymskokatolickiego, Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego oraz Kościoła Prawosławnego¹⁵. Osadzeni odbierają kapelana jako człowieka, który „jest po ich stronie”, który nie przychodzi do nich w mundurze służby więziennej, ale w sutannie. Sprawia to, że osadzeni mają cząstkę tego, co jest na wolności i odbierają go jako osobę, która będzie dla nich wsparciem, a nie jest tylko i wyłącznie pracownikiem więziennictwa. Szczególnie dla osób, które po raz pierwszy w życiu trafiają do zakładu karnego obecność kapłana i możliwość korzystania z posługi religijnej jest czymś bardzo wartościowym, co pomaga im przeżyć ten trudny okres życia¹⁶.

Ograniczenie wolności religijnej

Stosownie do art. 53 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii¹⁷. Wolność sumienia oznacza sferę wewnętrzną, w której

⁹ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1347.

¹⁰ T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1726.

¹¹ T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 483.

¹² T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 13.

¹³ T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 44.

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1889.

¹⁵ <https://www.sw.gov.pl/jednostka/rada-duszpasterstwa-wiezniennego> (data dostępu: 30.08.2021).

¹⁶ J. Nikolajew, *Duszpasterstwo więzienne w Polsce w świetle badań własnych*, [w:] S. Bukalski (red.), *Duszpasterskie i profilaktyczne aspekty służby penitencjarnej*, Szczecin 2010, s. 101–114; idem, *Wychowawcza, terapeutyczna i kulturotwórcza rola kapelana więziennego*, [w:] T. Guz, W. Bednaruk, M. Pałubska (red.), *Ius et historia. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Markiewiczowi*, Lublin 2011, s. 395–423.

¹⁷ J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio K – Politologia” 2012, nr 19(1), s. 28–64; P. Sobczyk, *Wolność sumienia i religii w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Prawo Kanoniczne” 2001, nr 3–4(44), s. 207–220.

odbywa się „osąd nad tym co dobre i złe, sprawiedliwe, względnie niesprawiedliwe, prawdziwe albo fałszywe. Owa wewnętrzna przestrzeń decyzyjna stanowi o autonomii moralnej jednostki”¹⁸. Nie ma tu miejsca na jakąkolwiek ingerencję ze strony państwa. Tak zwana wyznaniowa ustawa generalna z 17 maja 1989 r. w art. 2 zawiera katalog uprawnień, wynikających z realizacji wolności sumienia, wśród których wymienia się m.in. możliwość należenia lub nienależenia do kościołów i innych związków wyznaniowych (pkt 2a).

Ustrojodawca stworzył podstawy systemu ochrony wolności sumienia i religii, do których należą m.in.: prawo do sądu (art. 45), indywidualna skarga konstytucyjna (art. 79) oraz instytucja Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 208). Gwarancje ochrony wolności sumienia zawiera także art. 23 Kodeksu cywilnego¹⁹, który wśród dóbr osobistych podlegających ochronie wymienia „swobodę sumienia”, czyli wolne, wynikające z własnego przekonania wyrażanie określonego światopoglądu, w tym także wybór i praktykowanie określonej religii, wybór systemu wartości, według którego dokonuje się oceny swoich czynów, zachowań, myśli i uczuć²⁰. Również osoby niewierzące mają prawo cieszyć się wolnością sumienia w zakresie wyznawanego przez siebie światopoglądu odrzucającego religię. Zasadę sprzeciwu należy odczytywać nie tylko w kategoriach czysto społecznych, ale także moralnych. Przejawia się to w prawie do obiekcji sumienia.

Z kolei wolność religii²¹ obejmuje wolność uzewnętrzniania religii indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują (art. 53 ust. 2 Konstytucji). Wyrażenie „wolność religii” należy rozumieć zarówno w aspekcie pozytywnym jako możliwość przyjmowania i uzewnętrzniania swojego światopoglądu oraz w aspekcie negatywnym jako możliwość zachowania milczenia w kwestii swojego światopoglądu, czego

¹⁸ P. Leszczyński, *Wolność sumienia*, [w:] A. Mezglewski (red.), *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2014, s. 526.

¹⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740).

²⁰ Wyrok SN z 20 września 2013 r., sygn. akt II CSK 1/13, Lex nr 1388592; R. Kaczmarczyk, *Ochrona swobody sumienia jako dobra osobistego osoby niewierzącej. Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 3, s. 134–141; B. Rakoczy, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2016, nr 1, s. 213–220; Z. Strus, *Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 5, s. 35–49.

²¹ M. Bielecki, *Wolność religijna*, [w:] A. Mezglewski (red.), op. cit., s. 513–520. Zgodnie z art. 53 Konstytucji RP, wolność religijna przysługuje każdemu człowiekowi, rodzicom, dziecku, kościołom i innym związkom wyznaniowym o uregulowanej sytuacji prawnej, tj. wspólnotom religijnym wpisanym do rejestru prowadzonego przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji (<https://www.gov.pl/web/mswia/rejestr-kosciolow-i-innych-zwiazkow-wyznaniowych>, data dostępu: 30.08.2021) lub wspólnotom religijnym, których status uregulowany jest tzw. ustawą indywidualną.

nierozłącznym elementem jest zakaz zmuszania kogokolwiek do uczestniczenia w praktykach religijnych oraz zakaz zmuszania osoby przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu²².

Wolność religijna, podobnie jak inne konstytucyjnie zagwarantowane wolności, nie ma charakteru całkowicie nieograniczonego. Konstytucja w art. 31 ust. 3 podaje materialne i formalne przesłanki ograniczenia wolności religijnej. Do przesłanek formalnych należy zaliczyć możliwość ograniczenia praw i wolności „jedynie w drodze ustawy” (art. 53 ust. 5 Konstytucji RP) czy też, jak stanowi Europejska konwencja praw człowieka²³ (art. 9 ust. 2), może ona podlegać „jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę”. Ograniczanie praw i wolności obywatelskich w Polsce nie spełniała wymogu formy ustawowej, przyjmując formę przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia i Rady Ministrów. Natomiast materialne przesłanki wprowadzają możliwość ograniczeń w przypadku, gdy są konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności publicznej, środowiska oraz ochrony praw i wolności innych osób.

W odniesieniu do osób pozbawionych wolności zastosowanie mają także przepisy Kodeksu karnego wykonawczego²⁴. Zgodnie z treścią art. 102 pkt 3 k.k.w. skazany ma prawo do korzystania z wolności religijnej. Skonkretyzowanie tego prawa zostało uregulowane w art. 106 k.k.w. – skazany ma prawo do wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych oraz bezpośredniego uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym w dni świąteczne i słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, a także do posiadania niezbędnych w tym celu książek, pism i przedmiotów²⁵. Rygor więzienny powinien być zorganizowany w sposób pozwalający osadzonym na praktykowanie ich wiary. Niemniej korzystanie z wolności religijnej przez osadzonego nie może naruszać zasad tolerancji ani zakłócać ustalonego porządku w zakładzie karnym (art. 106 § 3 k.k.w.).

²² Wyrok SA w Katowicach z 20 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 353/13, Lex nr 1342252; wyrok SA w Gdańsku z 26 stycznia 2012 r., sygn. akt I ACa 1482/11, Lex nr 1236075; wyrok SN z 17 września 2014 r., sygn. akt I CSK 439/13, Lex nr 1504809; wyrok SA w Warszawie z 12 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 499/12, Lex nr 1312108; A. Partyk, *Poddanie człowieka wbrew jego woli praktykom religijnym lub działaniom sprzecznym z nakazami wyznawanej przez niego religii w kontekście naruszenia swobody sumienia i wyznania*, 2014, Lex. Zob. także V. Serzhanova, E. Tuora-Schwierskott, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, nr 2, s. 303–314.

²³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.).

²⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 53), dalej jako k.k.w.

²⁵ J. Nikolajew, *Wolność sumienia i religii skazanych i tymczasowo aresztowanych*, Lublin 2012, ss. 262.

Wprowadzone w okresie stanu zagrożenia epidemicznego i stanu epidemii obostrzenia w zakresie publicznego sprawowania kultu religijnego stanowią ograniczenie wolności uzewnętrzniania religii w rozumieniu art. 53 ust. 5 Konstytucji RP²⁶.

Przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się koronawirusa w jednostkach penitencjarnych

Jednostki penitencjarne to środowisko, które do kwestii zakażeń koronawirusem SARS-CoV-2 podeszło bardzo ostrożnie. W zakładach karnych występuje duże skupisko osób, stąd niemożliwe byłoby zapewnienie każdemu choremu odpowiedniego miejsca na odbycie kwarantanny. Osadzeni mogliby zacząć buntować się, że są narażeni na zakażenie koronawirusem. Od marca do czerwca 2020 r. – ze względów na ochronę bezpieczeństwa zdrowotnego – drastycznie została ograniczona możliwość wejścia kapelanów więziennych do jednostek penitencjarnych. Rozpoczęto poszukiwania nowych metod oddziaływania i współpracy z osadzonymi. Posługa kapelanów ograniczała się wówczas do pracy zdalnej polegającej na przygotowywaniu pogadanek religijnych na bazie niedzielnej Ewangelii, które były odczytywane przez radiowęzeł więzienny. Niekiedy wpuszczano kapelanów za więzienne mury, aby mogli głosić Słowo Boże przez radiowęzeł. W tym okresie nie było możliwości korzystania z sakramentów świętych przez osadzonych.

W związku z utrzymującą się w Polsce sytuacją sanitarno-epidemiologiczną, wzrostem zachorowań na COVID-19, koniecznością wprowadzenia profilaktycznych działań zapewniających właściwy poziom bezpieczeństwa jednostek penitencjarnych, a przede wszystkim ochronę zdrowia funkcjonariuszy i pracowników oraz osób osadzonych dyrektorzy jednostek penitencjarnych zwracali się z wnioskiem w trybie art. 247 § 2 k.k.w. o wyrażenie zgody na wprowadzenie ograniczeń i zakazów na czas określony do 7 dni²⁷. Jest to norma

²⁶ G. Maroń, *Polskie prawodawstwo ograniczające wolność religijną w okresie pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 a standardy państwa prawa – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 1, s. 33–49; I. Stańczuk, *Ograniczenia wolności sumienia i religii w związku z wprowadzeniem stanu epidemii w Polsce*, [w:] P. Sobczyk, P. Steczkowski (red.), *Człowiek. Państwo. Kościół. Księga jubileuszowa dedykowana księdzu profesorowi Arturowi Mezglewskiemu*, Lublin 2020, s. 471–487.

²⁷ Art. 247 § 1 k.k.w.: „W wypadkach uzasadnionych szczególnymi względami sanitarnymi lub zdrowotnymi albo poważnym zagrożeniem bezpieczeństwa dyrektor zakładu karnego lub aresztu śledczego może na czas określony wstrzymać lub ograniczyć zatrudnienie osadzonych, kontakty między nimi, udzielanie widzeń i spacerów, przeprowadzanie zajęć o charakterze zbiorowym, odprawianie nabożeństw i udzielanie posług religijnych, dokonywanie zakupów, otrzymywanie paczek, a także korzystanie z samoinkasujących aparatów telefonicznych, nakazać zamknięcie cel lub innych pomieszczeń, w których przebywają lub pracują osadzeni, zabronić posiadania w celi niektórych przedmiotów oraz zawiesić funkcję rzecznika skazanych”.

o charakterze wyjątkowym (zastosowanie ograniczeń następuje tylko wtedy, kiedy sytuacji nie można zapobiec za pomocą innych środków przewidzianych w k.k.w.). Obostrzenia wprowadzane były na podstawie decyzji sędziów penitencjarnych sądów okręgowych²⁸.

Dyrektorzy więzień i aresztów śledczych wydawali zarządzenia w sprawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł i przecięcia dróg szerzenia się wirusa SARS-CoV-2. Jako podstawę prawną wskazywano m.in. na art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej²⁹, § 1 rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego³⁰ czy § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii³¹. W zarządzeniach podkreślano, że dyrektorzy kierują się zaleceniami Państwowego Inspektora Sanitarnego³².

Po umożliwieniu kapelanom wejścia na teren jednostek penitencjarnych, duszpasterstwo więzienne zostało ograniczone wyłącznie do indywidualnych usług religijnych³³. Opracowane procedury przez poszczególnych kierowników jednostek penitencjarnych odnosiły się przede wszystkim do stosowania środków ochrony osobistej. Funkcjonariusze pełniący służbę w bezpośrednim kontakcie z osadzonymi wyposażeni zostali w środki ochrony indywidualnej (maseczki, rękawiczki, przyłbice). Jednostki zostały zaopatrzone w wirusobójcze płyny dezynfekcyjne, środki higieniczne. Kilka razy dziennie konieczna jest dezynfekcja miejsc używanych przez osadzonych, tj. klamek, drzwi, aparatów samoinkasujących. Cały czas prowadzony jest monitoring posiadanych zasobów środków ochrony i płynów dezynfekujących.

²⁸ Przedłużenie okresu trwania ograniczeń także wymaga zgody sędziego penitencjarnego – art. 247 § 2 k.k.w.

²⁹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1064.

³⁰ Dz.U. z 2020 r., poz. 433.

³¹ Dz.U. z 2020 r., poz. 491.

³² Np. zarządzenie nr 76/2020 dyrektora Zakładu Karnego w Medyce z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia i przecięcia dróg szerzenia się wirusa Covid-19 (SARS-CoV-2); zarządzenie nr 87/2021 dyrektora Zakładu Karnego w Barczewie z dnia 31 maja 2021 r. w sprawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia i przecięcia dróg szerzenia się wirusa Covid-19 (SARS-CoV-2); zarządzenie dyrektora Zakładu Karnego w Goleniowie nr 28/2021 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia i przecięcia dróg szerzenia się wirusa COVID-19 (SARS-CoV-2).

³³ M. Różański, N. Lischynska, *Wolność religijna w miejscach pozbawienia wolności w czasie pandemii Covid-19*, [w:] E. Burda, C. Lázaro Guillamón, M. Sitek (red.), *State and society facing pandemic*, Bratysława 2020, s. 487.

W związku z pandemią koronawirusa jednostki penitencjarne wprowadziły także ograniczenia w uprawnieniach więźniów³⁴. Na terenie zakładów karnych utworzono cele izolatoria dla osadzonych ze stwierdzonym zakażeniem SARS-CoV 2 lub mających bezpośredni kontakt z osobą zakażoną. Umieszczeni tam osadzeni są objęci różnymi ograniczeniami, np. zamknięcie cel w porze dziennej i nocnej, w których przebywają osadzeni; wstrzymanie zatrudnienia; wstrzymanie kontaktu między osadzonymi; wstrzymanie widzeń i spacerów; wstrzymanie zajęć o charakterze zbiorowym; wstrzymanie odprawiania nabożeństw i posług religijnych; wstrzymanie korzystania z samoinkasujących aparatów telefonicznych³⁵.

Dopiero od 1 czerwca 2021 r. wprowadzono łagodzenie obostrzeń realizacji posług religijnych, o których mowa w art. 106 k.k.w. Poza posługami religijnymi realizowanymi indywidualnie z zachowaniem reżimu sanitarnego, zezwolono na sprawowanie liturgii lub nabożeństw, z zachowaniem zasady 15 m² powierzchni (kaplicy lub innych pomieszczeń dedykowanych do tego celu) na 1 osobę. W przypadku wielu jednostek penitencjarnych był to irracjonalny przepis, bowiem powierzchnia kaplic więziennych jest niewielka, co w praktyce oznaczało, że posługi religijne realizowane były nadal indywidualnie z zachowaniem pełnego reżimu sanitarnego.

Następnie wprowadzono do kaplic więziennych limit osób w czasie liturgii lub nabożeństw – 50% obłożenia kaplicy z zachowaniem odległości nie mniejszej niż 1,5 m. W nawiązaniu do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 czerwca 2021 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii³⁶ sprawowanie liturgii lub nabożeństw poprzez wprowadzenie limitu osób obowiązującego w miejscu kultu religijnego – 75% obłożenia kaplicy z zachowaniem odległości nie mniejszej niż 1,5 m. Osadzeni na bieżąco są informowani o Narodowym programie szczepień przez personel jednostek penitencjarnych, jak również za pośrednictwem audycji nadawanych w radiowęzłach.

Dyrektorzy przygotowali projekty przywracania posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych. Opracowane zasady umieszczano na tablicach informacyjnych danej jednostki penitencjarnej, ogłaszano poprzez radiowęzeł i przekazywano przez wychowawców. Ich treść zawiera m.in. harmonogram posług religijnych – oto przykład:

Posługi religijne w Zakładzie Karnym w (...) odbywają się według następującego harmonogramu:

³⁴ Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu opracował *Zbiór zasad dotyczących postępowania z osobami pozbawionymi wolności w kontekście pandemii choroby koronawirusowej (COVID-19)* z 20 marca 2020 r., CPT/Inf (2020)13.

³⁵ T. Kalisz, *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wrocław 2010, s. 229–230.

³⁶ Dz.U. z 2021 r., poz. 1054.

– Nabożeństwo lub posługa rzymskokatolicka realizowana jest w kaplicy oddziału V (OP I, OP II, oddziały terapeutyczne) w soboty od godz. 14.00 i w razie potrzeby dodatkowo o godz. 14.45. Nabożeństwa lub posługa rzymskokatolicka dla OP III realizowana jest w sali widzeń budynku aresztu śledczego od godz. 11.00.

– Nabożeństwo lub posługa prawosławna realizowana jest w kaplicy oddziału V dla skazanych (OP I i OP II) w poniedziałki od godz. 10.00. Nabożeństwo lub posługa prawosławna dla tymczasowo aresztowanych realizowana jest w sali widzeń budynku aresztu we wtorki od godz. 10.00.

– Nabożeństwo lub posługa Kościoła ewangelicko-augsburskiego realizowana jest w każdą środę od godz. 9.00 do 12.00 w kaplicy oddziału V dla osadzonych z OP I i OP II. Natomiast nabożeństwo lub posługa Kościoła ewangelicko-augsburskiego dla OP III odbywa się według kolejności w każdą środę od godz. 9.00 do 12.00 w sali widzeń.

– Spotkania osadzonych z przedstawicielami Kościoła Zielonoświątkowego odbywają się we wtorki i czwartki od godz. 16.00 do 18.00 – dla skazanych w świetlicy oddziału IV lub VII, dla tymczasowo aresztowanych w świetlicy oddziału XIX.

– Spotkania z przedstawicielami Świadków Jehowy odbywają się w środy i soboty w godz. 15.45–18.00 – dla skazanych w świetlicy oddziału IV, VII, dla tymczasowo aresztowanych w świetlicy oddziału XIX.

– Spotkania z przedstawicielami Bractwa Więziennego odbywają się w poniedziałki w godz. 9.00–12.00 – dla skazanych w świetlicy oddziału V, dla tymczasowo aresztowanych w sali widzeń budynku aresztu.

Osadzony, chcąc wziąć udział w posłudze religijnej, zgłasza w formie pisemnej swój akces funkcjonariuszowi pełniącemu służbę oddziałowego w danym oddziale mieszkalnym, najczęściej w dniu poprzedzającym planowaną posługę religijną. W przypadku zgłoszenia takiego akcesu oddziałowy przekazuje informację bezpośrednio do dowódcy zmiany. Osoba prowadząca posługę religijną winna w dniu jej realizacji zapoznać się z listą osadzonych chętnych do wzięcia w niej udziału.

Zarówno kapelan, jak i osadzony zobowiązani są do stosowania zapewnionych środków dezynfekcyjnych oraz przyjętych w jednostce zasad reżimu sanitarnego. Obowiązuje obligatoryjny pomiar temperatury osoby świadczącej posługę oraz osadzonych w niej uczestniczących. Pomiar temperatury u kapelana (czy członka Bractwa Więziennego) dokonywany jest przed wejściem na teren jednostki przez funkcjonariusza pełniącego w danym dniu służbę jako bramowy. Pomiar temperatury osadzonych uczestniczących w posłudze religijnej dokonywany jest przed wejściem z oddziału mieszkalnego przez funkcjonariusza pełniącego służbę oddziałowego w danym oddziale mieszkalnym. Odmowa kapelana poddania się badaniu każdorazowo skutkuje niewyrażeniem zgody na wejście na teren jednostki penitencjarnej, o czym niezwłocznie zo-

staje poinformowany dyrektor zakładu karnego. Natomiast odmowa poddania się badaniu przez osadzonego skutkuje brakiem możliwości uczestnictwa przez niego we mszy świętej czy innym nabożeństwie. Także odmowa wypełnienia przez kapelana ankiety dotyczącej kontaktu w warunkach wolnościowych z osobami chorymi na COVID-19, przebywającymi na kwarantannie lub przyjeżdżającymi z zagranicy skutkuje nie wyrażeniem zgody na wejście na teren jednostki. Ankieta wypełniana jest jednorazowo bądź w przypadku jakichkolwiek zmian.

Osadzony każdorazowo jest informowany przez funkcjonariusza doprowadzającego o obowiązku przestrzegania zasad i zaleceń epidemiologicznych. Uczestnicy nabożeństwa oraz osoby ją świadczące rozmieszczone zostają tak, aby odległość między nimi w pomieszczeniu wyznaczonym do prowadzenia posług religijnych zapewniła bezpieczeństwo związane z zachowaniem dystansu społecznego (zachowanie 1,5 m odstępów). W trakcie trwania mszy świętej lub innego nabożeństwa osadzeni są zobowiązani do używania maseczek, a przed i po zakończeniu posługi zobowiązani są do obowiązkowej dezynfekcji rąk, której dokonuje funkcjonariusz doprowadzający, zaopatrzony w pojemnik z płynem dezynfekcyjnym. Także kapelan zobowiązany jest do używania maseczki ochronnej i jednorazowych rękawiczek, które zapewnia mu Służba Więzienna. Osadzeni zobowiązani są do wyrzucenia maseczki do specjalnego worka zlokalizowanego w miejscu odbywającej się posługi religijnej. Po zakończonym dniu maseczki odbierane są przez funkcjonariusza i przekazywane do zakładowej pralni w celu ich wyprania i zdezynfekowania. Każdorazowo, po zakończeniu posługi lub nabożeństwa, następuje obligatoryjne przewietrzenie pomieszczenia przez co najmniej 10 minut; czynności tej dokonuje kapelan³⁷.

Zakończenie

Przełomowym momentem dla funkcjonowania duszpasterstwa więziennego w czasie pandemii był dzień 1 czerwca 2021 r., kiedy na terenie Polski dopuszczono praktyki religijne odbywane zbiorowo. Jednak rozluźnione obostrzenia nie przełożyły się na wzrost liczby osadzonych korzystających z posługi religijnej. Nie jest tajemnicą, że część osób osadzonych, która korzystała przed pandemią z posług religijnych, nie czyniła tego z potrzeby serca i potrzeb duchowych, ale towarzyszyły temu inne sprawy, jak wymienianie grypsów czy przekazywanie tzw. fantów. Przy posłudze indywidualnej realizacja tych czynności była niemożliwa. To ponad roczne oddzielenie osadzonych od kapelana więziennego spowodowało, że drastycznie zmniejszyła się także liczba osób uczestniczących przed pandemią we mszy świętej ze względów

³⁷ Projekty przywracania posług religijnych w zakładach karnych (w posiadaniu autorki).

religijnych. Podjęli oni inny styl życia i nie czują już potrzeby praktykowania swojej wiary w zakładzie karnym. Należy domniemywać, że skutki duchowe restrykcyjnych przepisów wprowadzonych do zakładów karnych będą, niestety, nieodwracalne.

Wykaz literatury

- Bielecki M., *Wolność religijna*, [w:] A. Mezglewski (red.), *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Hućał M., *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Kaczmarczyk R., *Ochrona swobody sumienia jako dobra osobistego osoby niewierzącej. Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13, „Państwo i Prawo” 2017, nr 3.*
- Kalisz T., *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wyd. UWr, Wrocław 2010.
- Kamiński I.C., *Wolność myśli, sumienia i wyznania w orzecznictwie ETPCz za lata 2008–2009, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 11.*
- Leszczyński P., *Wolność sumienia*, [w:] A. Mezglewski (red.), *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Maroń G., *Polskie prawodawstwo ograniczające wolność religijną w okresie pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 a standardy państwa prawa – wybrane zagadnienia, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 1.*
- Nikołajew J., *Duszpasterstwo więzienne w Polsce w świetle badań własnych*, [w:] S. Bukalski (red.), *Duszpasterskie i profilaktyczne aspekty służby penitencjarnej*, Wyd. Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2010.
- Nikołajew J., *Wolność sumienia i religii skazanych i tymczasowo aresztowanych*, Wyd. KUL, Lublin 2012.
- Nikołajew J., *Wychowawcza, terapeutyczna i kulturotwórcza rola kapelana więziennego*, [w:] T. Guz, W. Bednaruk, M. Pałubska (red.), *Ius et historia. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Markiewiczowi*, Wyd. KUL, Lublin 2011.
- Partyk A., *Poddanie człowieka wbrew jego woli praktykom religijnym lub działaniom sprzecznym z nakazami wyznawanej przez niego religii w kontekście naruszenia swobody sumienia i wyznania*, 2014, Lex.
- Rakoczy B., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2016, nr 1.*
- Różański M., *Kapelan więzienny. Prawne podstawy duszpasterzowania*, [w:] J. Nikołajew, K. Walczuk (red.), *Wolność sumienia i religii osób pozbawionych wolności. Aspekty prawne i praktyczne*, Unitas, Warszawa–Siedlce 2016.
- Różański M., Lischynska N., *Wolność religijna w miejscach pozbawienia wolności w czasie pandemii Covid-19*, [w:] E. Burda, C. Lázaro Guillamón, M. Sitek (red.), *State and society facing pandemic*, Comenius University in Bratislava, Bratislava 2020.
- Serzhanova V., Tuora-Schwierskott E., *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, nr 2.
- Sobczyk P., *Wolność sumienia i religii w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej z dnia 2 kwietnia 1997 r., „Prawo Kanoniczne” 2001, nr 3-4 (44).*

Stańczuk I., *Ograniczenia wolności sumienia i religii w związku z wprowadzeniem stanu epidemii w Polsce*, [w:] P. Sobczyk, P. Steczkowski (red.), *Człowiek. Państwo. Kościół. Księga jubileuszowa dedykowana księdzu profesorowi Arturowi Mezglewskiemu*, Wyd. Academicon, Lublin 2020.

Strus Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 września 2013 r., II CSK 1/13*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 5.

Summary

The right of inmates to religious practices in the COVID-19 pandemic

Keywords: prison chaplain, freedom of conscience, freedom of religion, pandemic, prison director, religious beliefs.

The spreading SARS-Cov-2 virus has resulted in a tightening of prison procedures in Poland. To minimise the epidemiological risk, directors of prisons and pre-trial detention centres in Poland, in consultation with the competent penitentiary judges, in most cases, suspended the possibility of religious services by chaplains towards inmates for over a year (from March 2020 to June 2021). The function of a prison chaplain is assigned to a specific clergyman by the church authority. In Poland, the pastoral service in prisons and pre-trial detention centres is performed by chaplains who are representatives of religious communities entered in the register of churches and other religious associations kept by the Minister of the Interior and Administration or having an individual denominational statute. Some of these people perform their pastoral ministry based on an employment contract, while others do so as part of a charity. The ministry of chaplains is manifested in performing works of mercy, preaching the word of God, or administering the holy sacraments. Undoubtedly, the religious practices of prisoners are a way of satisfying their individual needs, as well as striving for acceptance, understanding and forgiveness. This article aims at showing how the implementation of the right of inmates to religious freedom looks in practice during the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic. Various restrictions have been introduced: from a total ban on prison chaplains from entering the premises of penitentiary units to conducting only individual religious services, to the current possibility of celebrating Holy Mass with 75% of the places in the prison chapel are filled. Many chaplains of prisons and pre-trial detention centres think that the introduced restrictive provisions have had negative effects on the spiritual sphere of inmates, as evidenced by the drastic decline in inmates accepting a religious service.

Danuta Kurzyna-Chmiel
Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0001-9168-5874
d_kurzyna_chmiel@op.pl

Aktualna sytuacja prawna mniejszości narodowych i etnicznych, ze szczególnym uwzględnieniem praw w dziedzinie oświaty

Wprowadzenie

Sytuacja prawna mniejszości narodowych i etnicznych regulowana jest zarówno prawem międzynarodowym, jak i krajowym. Liczne dokumenty prawo-międzynarodowe, choć nie posługują się jednolitym aparatem pojęciowym, to jednak ukazują potrzebę ochrony i wsparcia tych grup społecznych. Także prawo krajowe, z ustawą zasadniczą na czele, podkreśla konieczność uszanowania własnej tożsamości, kultury, tradycji i języka mniejszości oraz języka regionalnego. Głównym celem artykułu jest analiza sytuacji prawnej mniejszości narodowych i etnicznych, ze szczególnym uwzględnieniem praw w dziedzinie oświaty. Otwartość na różnorodność budowy społeczeństwa jest jedną z podstaw demokratyzacji życia. Można przyjąć, że ułatwia ona akceptację złożonych potrzeb wielokulturowego społeczeństwa. Oparcie relacji na wzajemnym szacunku i zrozumieniu różnych grup ludności zamieszkującej terytorium kraju przyczynia się do prawidłowej budowy społeczeństwa i ochrony dziedzictwa kulturowego.

W artykule ukazano główne prawa przynależne obywatelom naszego kraju należącym do mniejszości narodowych i etnicznych. Podkreślono zwłaszcza prawa w dziedzinie oświaty, których realizacja w wysokim stopniu wpływa na zachowanie własnej tożsamości kulturowej tych osób.

Regulacje prawno-międzynarodowe

Już na wstępie należy podkreślić brak legalnej definicji mniejszości narodowych i etnicznych w prawie międzynarodowym. W badanym obszarze

zdarza się więc funkcjonowanie wielu określeń¹. Jak słusznie zauważa Sławomir Łodziński, „próby prawnego określenia znaczenia terminu »mniejszość narodowa« wzbudzają kontrowersje wśród badaczy nauk społecznych, jak i specjalistów od prawa krajowego i międzynarodowego. Nie ustalono dotąd jednej i obowiązującej powszechnie w prawie definicji tej społeczności (...). Główne dokumenty prawa międzynarodowego dotyczące ochrony praw człowieka lub mniejszości zazwyczaj nie definiują tego terminu”². Uznanie prawne danej grupy za mniejszość narodową/etniczną lub brak takiego uznania jest więc suwerenną decyzją każdego państwa. Szczególne znaczenie mają w związku z tym regulacje wewnętrzne. W naszym kraju najważniejsze znaczenie ma ustawa z 2005 r. o mniejszościach narodowych i języku regionalnym, zawierająca m.in. enumeratywne wyliczenie uznanych w Polsce mniejszości narodowych i etnicznych³.

Każde państwo, przyjmując na siebie zobowiązania wynikające z przystąpienia do umów międzynarodowych, zobowiązuje się dostosować własny system prawny do modelu przyjętego na płaszczyźnie międzynarodowej⁴. Ewentualne odstępstwa od tej zasady są możliwe, ale wyłącznie wtedy, gdy przy zawieraniu umowy państwo przystępujące złożyło zastrzeżenie wskazujące na wyłączenie lub zmodyfikowanie skutków prawnych pewnych postanowień umowy. Szczególną uwagę należy zwrócić na wiążące nasz kraj postanowienie art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych⁵, w którym stwierdza się: „W państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy”. W innym podstawowym w tym obszarze akcie prawa międzynarodowego, tj. Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁶, zawarto

¹ Zob. A. Malicka, *Ochrona mniejszości narodowych – standardy międzynarodowe i rozwiązania polskie*, Wrocław 2004, s. 11 oraz cytowana tam literatura.

² Cyt. za: S. Łodziński, *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych – perspektywa europejska*, Raport BSE nr 208, Warszawa 2002, s. 3.

³ Ustawa z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. z 2017 r., poz. 823), dalej jako ustawa o mniejszościach.

⁴ Zob. na ten temat: D. Kurzyna-Chmiel, *Prawo do nauki mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2008, nr 75, s. 111–122; eadem, *Prawo do nauki obywateli – analiza krajowych rozwiązań prawnych w obszarze systemu oświaty*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47, s. 84.

⁵ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175). Zob. zwłaszcza art. 14 Konwencji: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.

uprawnienia rozwijane w wydanych w późniejszym czasie protokołach dodatkowych⁷. Potwierdzono tam gwarancje zmierzające do zapewnienia ochrony jednostki przez wprowadzenie zakazu jej dyskryminacji ze względu na przynależność do określonej mniejszości⁸.

Jednak najważniejszym dokumentem w obszarze europejskim jest Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych, sporządzona w Strasburgu dnia 1 lutego 1995 r.⁹ Jej specyfiką jest wskazanie zasad, których respektowanie przez państwa ma przyczynić się do zapewnienia gwarancji ich realizacji osobom należącym do mniejszości narodowych, do których należą:

1) zasada poszanowania suwerennej równości, integralności terytorialnej i politycznej niezależności państw;

2) zasada interpretacji treści rozwiązań w duchu postanowień Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i jej protokołów dodatkowych;

3) zasada równości wobec prawa i zasada równej ochrony prawnej;

4) zasada czynnego wspierania warunków koniecznych do utrzymywania i rozwijania przez osoby należące do mniejszości narodowych ich kultury, jak również zachowania zasadniczych elementów ich tożsamości, tj. ich religii, języka, tradycji i dziedzictwa kulturowego;

5) zasada umacniania ducha tolerancji dialogu międzykulturowego w celu wspierania wzajemnego poszanowania, zrozumienia i współpracy pomiędzy wszystkimi osobami żyjącymi na ich terytoriach niezależnie od ich tożsamości etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej;

6) zasada ochrony przed zastraszaniem bądź też dyskryminacją, wrogością lub przemocą będących skutkiem ich etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej tożsamości;

7) zasada poszanowania ducha tolerancji oraz dialogu międzykulturowego, łącząca się z obowiązkiem państw do podejmowania skutecznych środków w celu wspierania wzajemnego poszanowania, zrozumienia i współpracy pomiędzy wszystkimi osobami żyjącymi na ich terytoriach niezależnie od ich tożsamości etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej, zwłaszcza w zakresie edukacji, kultury i środków przekazu oraz ochrony prawnej przed zastraszaniem bądź też dyskryminacją, wrogością lub przemocą będących skutkiem etnicznej, kulturowej, językowej i religijnej tożsamości mniejszości;

⁷ Zob. A. Chrościcka, *Ochrona praw mniejszości narodowych w systemie Rady Europy*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 88 i nast.; zob. też R. Wieruszewski, *Komentarz do art. 27*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 687.

⁸ M. Jabłoński, *Normatywne podstawy praw mniejszości – wybrane zagadnienia*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), *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, s. 23.

⁹ Konwencja weszła w życie 1 lutego 1998 r. (Dz.U z 2002 r., Nr 22, poz. 209).

8) zasada tworzenia, a także wspierania warunków do utrzymania i rozwijania zasadniczych elementów tożsamości osób należących do mniejszości narodowych (kultura, religia, język, tradycje, dziedzictwo kulturowe) oraz powstrzymywanie się od działań oraz praktyk asymilacyjnych wbrew ich woli;

9) zasada poszanowania prawa do zrzeszania się i organizowania, a także wolności zgromadzeń, wyrażania opinii, myśli, sumienia i religii, co łączy się automatycznie z zagwarantowaniem prawa do uzewnętrzniania religii lub przekonań oraz poglądów, prawa do zakładania instytucji, organizacji i stowarzyszeń religijnych;

10) zasada poszanowania i ochrony statusu informacyjnego osób należących do mniejszości – prawa do informacji, dostępu do środków przekazu, a także – na ile jest to możliwe i zgodne z prawem wewnętrznym – zapewnienia warunków tworzenia własnych środków przekazu (drukowanych, rozgłośni radiowych i telewizyjnych) oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei w języku mniejszości bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe;

11) zasada poszanowania odmienności i prawa do posługiwania się językiem mniejszości narodowej, zarówno prywatnie, jak i publicznie, ustnie i pisemnie, a także – na tyle na ile jest to możliwe i rzeczywiście potrzebne, zwłaszcza na terenach zamieszkałych tradycyjnie lub w znaczącej ilości przez osoby należące do mniejszości narodowej – w stosunkach z władzami administracyjnymi;

12) zasada respektowania prawa do używania nazwisk i imion oraz nazw lokalnych w języku mniejszości;

13) zasada poszanowania prawa do nauki, kształcenia, w celu szerzenia wiedzy o kulturze, historii, języku i religii mniejszości oraz zobowiązanie państwa do popierania równego dostępu do oświaty na wszystkich poziomach, które łączą się z respektowaniem prawa do zakładania i prowadzenia własnych, prywatnych instytucji oświatowych i szkoleniowych i prowadzeniem zajęć (uczeniem się) w języku mniejszości;

14) zasada poszanowania aktywności na płaszczyźnie realizacji wolności twórczości i uczestnictwa w życiu kulturalnym, społecznym i gospodarczym, a także w sprawach życia publicznego¹⁰.

Także w obszarze prawa europejskiego funkcjonują akty o istotnym znaczeniu dla mniejszości narodowych i etnicznych zamieszkujących państwa UE. Przede wszystkim należy wskazać dwie dyrektywy przyjęte przez Radę Unii Europejskiej na podstawie Traktatu o Unii Europejskiej (podpisanego 7 lutego 1992 roku w Maastricht)¹¹. Pierwsza z nich nr 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadza w życie zasadę równego traktowania osób bez

¹⁰ Tak też: M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony – zarys wykładu*, Wrocław 2004, s. 266–267.

¹¹ Dz.U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/30.

względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Dyrektywa ta zawiera m.in. definicję dyskryminacji. Dyrektywa Rady nr 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 roku w sprawie ustanowienia ogólnych ram równego traktowania przy zatrudnieniu i wykonywaniu zawodu to drugi, istotny dokument bazujący na art. 13 Traktatu o Unii Europejskiej. Warto też wskazać Decyzję Ramową Rady Unii nr 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych¹².

Główne regulacje krajowe

Obecnie mniejszości narodowe i etniczne stanowią niewielki odsetek polskiego społeczeństwa, jednak należy zauważyć historycznie długotrwałą tradycję wielonarodowościowej Polski¹³. W naszym kraju zamieszkują przedstawiciele 13 mniejszości narodowych i etnicznych oraz jedna grupa osób posługujących się językiem regionalnym¹⁴. Odsetek przedstawicieli mniejszości narodowych i etnicznych, według danych z przeprowadzonego w 2011 r. spisu powszechnego ludności, wynosi 0,75% ogółu społeczeństwa¹⁵.

W literaturze podejmującej temat mniejszości narodowych i etnicznych dominują dwa podejścia w zakresie definicyjnym: historyczno-prawne i socjologiczne¹⁶. W pierwszym z nich podkreśla się znaczenie kryterium liczbowego, państwowego stanu posiadania oraz czynników obiektywnych, takich jak pochodzenie, język, religia, zamieszkiwane terytorium. W drugim podejściu akcentuje się zwłaszcza subiektywne poczucie przynależności do danego narodu, wolę bycia mniejszością, poczucie więzi z daną grupą kulturową etc. Do

¹² Dz.U. UE L z 6 grudnia 2008 r.

¹³ J. Tomaszewski, *Mniejszości narodowe w Polsce XX wieku*, Warszawa 1991, s. 23; H. Chałupczak, *Status prawny i formy integracji mniejszości narodowych w Europie międzywojennej*, [w:] Z. Holda (red.), *Ochrona mniejszości narodowych i religijnych*, Lubin 1993, s. 23 i nast. oraz A. Michalska, *Międzynarodowa ochrona mniejszości*, „Sprawy Narodowościowe” 1992, nr 2, s. 66 i 110.

¹⁴ Grupy uznane za mniejszości narodowe i etniczne zostały enumeratywnie wymienione w art. 2 ust. 2 i 4 ustawy o mniejszościach.

¹⁵ Tekst raportu dostępny jest na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji: <http://mniejszosci.narodowe.mswia.gov.pl/mne/prawo/ustawa-o-mniejszosciac/raporty-ustawowe/9711,V-Raportdotyczacy-sytuacji-mniejszosci-narodowych-i-etnicznych-oraz-jezyka-regi.html>

¹⁶ Por. M. Barwiński, *Pojęcie narodu oraz mniejszości narodowej i etnicznej w kontekście geograficznym, politycznym i socjologicznym*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2004, nr 5, s. 69; D. Kuźnicka, *Mniejszość etniczna a mniejszość narodowa w Polsce – analiza porównawcza na przykładzie Łemków i Żydów*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), op. cit., s. 166.

cech, które odznaczają mniejszości narodowe i etniczne od pozostałych obywateli kraju, zalicza się także posiadanie własnej reprezentacji oraz symboliki¹⁷.

Głównym przepisem regulującym sytuację prawną obywateli polskich należących do mniejszości narodowych i etnicznych jest art. 35 Konstytucji RP, który stanowi, że Rzeczpospolita Polska zapewnia im wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury¹⁸. Ponadto mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych i instytucji służących ochronie tożsamości religijnej oraz do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących swojej tożsamości kulturowej. Na uwagę zasługuje brak precyzji leżący po stronie ustrojodawcy w treści 35 i art. 27 Konstytucji, a mianowicie: pierwszy ze wskazanych przepisów stanowi o „mniejszościach narodowych i etnicznych”, a drugi – odnoszący się do kwestii praw mniejszości narodowych wynikających z ratyfikowanych umów międzynarodowych w zakresie językowym – wyłącznie do „mniejszości narodowych”. Z rozróżnieniem terminologicznym i doprecyzowaniem obu tych pojęć mamy do czynienia dopiero na poziomie ustawowym w ustawie z 2005 r. o mniejszościach narodowych.

Ustawodawca w art. 1 ustawy o mniejszościach narodowych określił kompleksowo jej cel, którym jest regulacja wszelkich spraw związanych z zachowaniem i rozwojem tożsamości kulturowej mniejszości narodowych i etnicznych, jak również rozwojem języka regionalnego. Ponadto ustawa określa sposób realizacji zasady równego traktowania oraz zadania i kompetencje organów właściwych w sprawach mniejszości narodowych i etnicznych. Zabrania też dyskryminacji wynikającej z przynależności do mniejszości. Zagwarantowane jest również prawo do swobodnej decyzji obywatela o traktowaniu siebie jako należącego bądź nienależącego do mniejszości, a wybór taki lub korzystanie ze związanych z tym wyborem praw nie może pociągać za sobą jakichkolwiek niekorzystnych skutków (art. 4 ust. 1). W świetle ustawy nikt nie może być obowiązany, za wyjątkiem prawem przewidzianym, do ujawnienia informacji o własnej przynależności do mniejszości lub ujawnienia swojego pochodzenia, języka mniejszości lub religii (art. 4 ust. 2). Zagwarantowane jest też prawo do utrzymania własnej tożsamości kulturowej, m.in. poprzez zakaz stosowania środków mających na celu asymilację osób należących do mniejszości, jeżeli środki te są stosowane wbrew ich woli. Zabronione jest stosowanie środków mających na celu zmianę proporcji narodowościowych lub etnicznych na obszarach zamieszkałych przez mniejszość (art. 5)¹⁹. W omawianej ustawie o mniejszościach zawarto także m.in. gwarancje dopuszczenia używania

¹⁷ Por. G. Janusz, *Ochrona praw mniejszości narodowych w Europie*, Lublin 2011, s. 31–32.

¹⁸ A. Szczechowicz., *Kilka uwag o odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43, s. 325.

¹⁹ Zob. A. Krasnowolski, *Prawa mniejszości narodowych i mniejszości etnicznych w prawie międzynarodowym i prawie polskim*, OT-599, Warszawa 2011, s. 16.

języka mniejszości i języka regionalnego w wybranych gminach, jako języka pomocniczego w kontaktach z organami gminy (art. 9). Do podstawowych praw przynależnych mniejszościom narodowym trzeba też zaliczyć wskazane w ustawie Kodeks wyborczy²⁰ prawa polityczne, w szczególności zwolnienie komitetów wyborczych utworzonych przez ich organizacje z wymogu przekroczenia 5% progu wyborczego.

Już krótkie wyliczenie praw przyznanych mniejszościom wskazuje na ich szeroki zakres, co należy ocenić pozytywnie. Widoczne jest w nich również uwzględnienie regulacji prawno-międzynarodowych i europejskich.

Należy także dodać, że w celu zapewnienia skuteczniejszej współpracy między rządem a mniejszościami powołano Komisję Wspólną Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Komisja ta jest ważnym organem, który z jednej strony może zwiększać efektywność polityki państwa w badanym obszarze, a z drugiej strony być platformą dialogu z przedstawicielami mniejszości. Jej sprawność działania jest niewątpliwie istotnym narzędziem ochrony gwarantowanego konstytucyjnie statusu mniejszości. Można jednak postulować o poszerzenie jej uprawnień o charakterze opiniodawczo-doradczym o kompetencje kreacyjne służące samodzielnej realizacji przedsięwzięć do ochrony praw mniejszości²¹.

Ustawodawca enumeratywnie wymienia uznane w Polsce mniejszości narodowych i etniczne. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o mniejszościach, mniejszością narodową jest grupa obywateli polskich, która łącznie spełnia następujące kryteria:

- 1) jest mniej liczebna od pozostałej części ludności Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) w sposób istotny odróżnia się od pozostałych obywateli językiem, kulturą lub tradycją,
- 3) dąży do zachowania swojego języka, kultury lub tradycji,
- 4) ma świadomość własnej historycznej wspólnoty narodowej i jest ukierunkowana na jej wyrażanie i ochronę,
- 5) jej przodkowie zamieszkiwali obecne terytorium Rzeczypospolitej Polskiej od co najmniej 100 lat,
- 6) utożsamia się z narodem zorganizowanym we własnym państwie.

Jeśli chodzi o definicję mniejszości etnicznej, to pięć pierwszych wskazanych kryteriów są takie same jak kryteria definiujące mniejszości narodowe; różnicę zawiera tylko pkt 6, czyli grupa obywateli nie utożsamia się narodem zorganizowanym we własnym państwie. Kryteriom ustawowym odpowiada łącznie 13 mniejszości, w tym 9 mniejszości narodowych i 4 mniejszości etniczne. Mniejszości te wymienione zostały w kolejności alfabetycznej w art. 2

²⁰ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. (Dz.U. Nr 11, poz. 112 z późn. zm.).

²¹ Tak też O. Haub, *Cele i zadania Komisji Wspólnej Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), op. cit., s. 163.

ust. 2 ustawy o mniejszościach. Należą do nich mniejszości: białoruska, czeska, litewska, niemiecka, ormiańska, rosyjska, słowacka, ukraińska, żydowska. W art. 2 ust. 4 ustawy o mniejszościach do mniejszości etnicznych zaliczono mniejszości: karaimską, lemkową, romską i tatarską.

Przewidziane w omawianej ustawie prawa przysługują w takim samym zakresie mniejszościom narodowym, jak i etnicznym. Enumeratywne wyliczenie przez ustawodawcę mniejszości spełniających kryteria zawarte w regulacji ustawowej w jasny sposób określa adresatów gwarantowanych w niej praw. Ważne jest jednak dostrzeżenie, że wskazane przez ustawodawcę mniejszości nie są jedynymi występującymi w naszym kraju²². Pozostałe, które nie spełniają wymogów ustawowych, nie korzystają jednak z praw przynależnych mniejszościom. Rozwiązanie to jest co najmniej dyskusyjne. Można wyrazić postulat *de lege ferenda* przyznania części praw obywatelom naszego kraju, zwłaszcza w zakresie prawa do nauki własnego języka, którzy wykazują wyraźne odrębności kulturowe, np. Wietnamczycy, Czeczeni czy Gruzini, przebywającym (jako grupa) na terytorium naszego kraju w okresie krótszym niż wymagane 100 lat.

Język mniejszości i język regionalny

Język, którym posługują się mniejszości, jest jednym z najważniejszych elementów podkreślających ich odrębność kulturową. W świetle art. 3 pkt 2 ustawy o mniejszościach językiem mniejszości jest język mniejszości narodowej lub etnicznej. Wskazano tu trzy przypadki dotyczące możliwości używania języka mniejszości. Pierwszy z nich dotyczy posługiwania się imionami i nazwiskami w języku mniejszości, drugi – używania języka mniejszości w życiu prywatnym i publicznym i trzeci – posługiwania się językiem mniejszości jako językiem pomocniczym. Osoby należące do mniejszości narodowych i etnicznych mają prawo do używania oraz pisowni imion i nazwisk zgodnie z zasadami pisowni języka mniejszości. Prawo to zawiera również możliwość rejestrowania imion i nazwisk w oryginalnym brzmieniu języka mniejszości w aktach stanu cywilnego i dokumentach tożsamości. Natomiast imiona i nazwiska osób należących do mniejszości zapisane w alfabecie innym niż alfabet łaciński podlegają transliteracji.

Posługiwanie się językiem mniejszości w życiu prywatnym i publicznym uregulowane zostało w art. 8 ustawy o mniejszościach, zgodnie z którym osoby należące do mniejszości narodowych i etnicznych mają prawo do posługiwania się swoim językiem w życiu prywatnym i publicznym, do rozpowszech-

²² Zob. na ten temat: A. Skóra, *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*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, s. 563.

niania i wymiany informacji w języku mniejszości, a także zamieszczania w swoim języku informacji o charakterze prywatnym. Istnieje także możliwość nauki języka mniejszości lub w języku mniejszości, której podstaw należy szukać w art. 27 Konstytucji RP: „W Rzeczypospolitej Polskiej językiem urzędowym jest język polski. Przepis ten nie narusza praw mniejszości narodowych wynikających z ratyfikowanych umów międzynarodowych”. Podobną regulację zawiera także art. 2 ust. 2 ustawy o języku polskim²³, zgodnie z którym ustawa ta nie narusza praw mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługującej się językiem regionalnym.

W prawodawstwie krajowym język mniejszości narodowej lub etnicznej albo język regionalny dopuszczony jest do użycia – obok języka urzędowego – jako język pomocniczy. Językiem tym osoby należące do mniejszości mogą posługiwać przed organami podstawowej jednostki samorządu terytorialnego, czyli gminy. Jednakże język pomocniczy może być używany jedynie w gminach, w których liczba mieszkańców należących do mniejszości, której język ma być używany jako język pomocniczy, jest nie mniejsza niż 20% ogólnej liczby mieszkańców i która została wpisana do urzędowego rejestru gmin, w których używany jest język pomocniczy. Rejestr ten prowadzi minister właściwy do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych, a wpis dokonywany jest na wniosek rady gminy²⁴.

Możliwość używania języka pomocniczego w świetle ustawy o mniejszościach należy rozumieć jako prawo do:

- zwracania się do organów gminy w języku pomocniczym w formie pisemnej lub ustnej,
- uzyskiwania, na wyraźny wniosek, odpowiedzi także w języku pomocniczym w formie pisemnej lub ustnej,
- wniesienia podania w języku pomocniczym (wniesienie podania w języku pomocniczym nie stanowi braku powodującego pozostawienie podania bez rozpoznania. Procedura odwoławcza odbywa się wyłącznie w języku urzędowym).

Ustawa o mniejszościach w art. 12 przewiduje możliwość używania dodatkowych, tradycyjnych nazw w języku mniejszości obok urzędowych nazw miejscowości i obiektów fizjograficznych i nazw ulic. Nazwy te mogą być używane jedynie na obszarze gmin wpisanych do wspomnianego już rejestru gmin, prowadzonego przez ministra właściwego do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych. Postępowanie ma charakter wnioskowy. Rady gminy, na której obszarze nazwy te mają być, używane składa wniosek.

²³ Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 672).

²⁴ Ministrem właściwym w sprawach wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych jest Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji – § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 listopada 2019 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (Dz.U. z 2019, poz. 2264).

Ustawa zawiera w sobie słuszne ograniczenia w zakresie wyboru nazw miejscowości. Zabronione jest używanie nazw nawiązujących do nazw z lat 1933–1945, które nadawane były przez władze Trzeciej Rzeszy oraz ZSRR. Także możliwość używania dodatkowej nazwy w języku mniejszości dopuszczona jest jedynie w tych gminach, w których co najmniej 20% mieszkańców stanowią osoby należące do mniejszości narodowych lub etnicznych lub gdy za wprowadzeniem dodatkowej nazwy opowiedziała się, w drodze konsultacji przeprowadzonych zgodnie z przepisami ustawy o samorządzie gminnym²⁵, ponad połowa mieszkańców gminy. Organ uchwałodawczy gminy spełniającej te kryteria może po otrzymaniu pozytywnej opinii Komisji Nazw Miejscowości i Obiektów Fizjograficznych złożyć za pośrednictwem wojewody wniosek o wpisanie danej gminy do odpowiedniego rejestru. Koszty związane z wprowadzeniem i używaniem na obszarze gminy języka pomocniczego oraz koszty związane z wprowadzeniem dodatkowych nazw w języku mniejszości ponosi jej budżet. Natomiast koszty związane z wymianą tablic informacyjnych, wynikającą z ustalenia dodatkowej nazwy miejscowości lub obiektu fizjograficznego w języku mniejszości, ponosi budżet państwa. Celem zmotywowania do szerszej znajomości języka mniejszości w gminach, w których można posługiwać się językiem pomocniczym mniejszości, przewidziano możliwość przyznania pracownikom specjalnego dodatku z tego tytułu.

Organy władzy publicznej zobowiązane są do podejmowania środków w celu wspierania działalności zmierzającej do ochrony, zachowania i rozwoju tożsamości kulturowej mniejszości, a także integracji obywatelskiej i społecznej co wynika z treści art. 35 Konstytucji i art. 18 ust. 1 i 2 ustawy o mniejszościach. Środkami tymi mogą być w szczególności dotacje celowe lub podmiotowe na:

- 1) działalność instytucji kulturalnych, ruchu artystycznego i twórczości mniejszości oraz imprez artystycznych mających istotne znaczenie dla kultury mniejszości;
- 2) inwestycje służące zachowaniu tożsamości kulturowej mniejszości;
- 3) wydawanie książek, czasopism, periodyków i druków ulotnych w językach mniejszości lub w języku polskim, w postaci drukowanej oraz w innych technikach zapisu obrazu i dźwięku;
- 4) wspieranie programów telewizyjnych i audycji radiowych realizowanych przez mniejszości;
- 5) ochronę miejsc związanych z kulturą mniejszości;
- 6) działalność świetlicową;
- 7) prowadzenie bibliotek oraz dokumentacji życia kulturalnego i artystycznego mniejszości;
- 8) edukację dzieci i młodzieży realizowaną w różnych formach;

²⁵ Ustawa o samorządzie gminnym z dnia 8 marca 1990 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 95 z późn. zm.).

9) propagowanie wiedzy o mniejszościach;

10) inne zadania zmierzające do osiągnięcia wyżej wskazanych celów, w szczególności realizowane w ramach programów wieloletnich.

Środki finansowe na rzecz wsparcia mniejszości w formie dotacji przyznawane są z części budżetu państwa, której dysponentem jest minister właściwy do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych. Warto podkreślić, że środki te przekazywane są wyłącznie uznanym prawnie mniejszościom, co niewątpliwie utrudnia funkcjonowanie innych grup społecznych wykazujących odrębność kulturową. Dotacje podmiotowe mogą otrzymywać organizacje mniejszości lub instytucje kulturalne mające istotne znaczenie dla kultury mniejszości. Środkami mogą być również środki przekazywane budżetu jednostki samorządu terytorialnego organizacjom lub instytucjom realizującym zadania służące ochronie, zachowaniu i rozwojowi tożsamości kulturowej mniejszości lub integracji obywatelskiej i społecznej.

Definicja języka regionalnego została zawarta w ustawie o mniejszościach w art. 19. Jest ona stworzona przy uwzględnieniu Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych²⁶. Jako jedyny język regionalny w naszym kraju wskazano język kaszubski, który :

- jest tradycyjnie używany na terytorium państwa przez obywateli, którzy stanowią grupę liczebnie mniejszą od reszty ludności państwa,
- różni się od języka oficjalnego państwa i nie obejmuje to dialektów języka oficjalnego w państwie ani języków używanych przez migrantów.

Warto podkreślić, że omówione wcześniej zasady dotyczące posługiwania się językiem mniejszości odnoszą się także do języka regionalnego. Chociaż w naszym kraju, w świetle prawa, tylko jeden język mniejszości uznany jest za regionalny, to także inne mniejszości, zwłaszcza śląska, zgłaszają wyraźną chęć dołączenia do tego grona. Sytuacja jest jednak skomplikowana i zauważa się dużą niejednorodność poglądów w tej kwestii, zwłaszcza wśród językoznawców²⁷. Aktualnie dominuje pogląd, uznający etnolekt śląski za zespół gwar lub dialektów/poddialektów w obrębie języka polskiego²⁸.

²⁶ Sporządzona w Strasburgu 5 listopada 1992 r. (Dz.U. z 2009 r., Nr 137, poz. 1121).

²⁷ T. Kamusella, *Czy śląszczyzna jest językiem? Spojrzenie socjolingwistyczne*, [w:] J. Tambor (red.), *Śląsko gadka. Materiały z konferencji „Śląsko gadka – jeszcze gwara czy już język” z 30 czerwca 2008 r.*, Katowice 2008, s. 133–139; J. Tambor, *Etnolekt śląski jako język regionalny. Uzasadnienie stanowiska*, [w:] J. Tambor (red.), op. cit., s. 116–119; B. Wyderka, *O stosunkach językowych na Śląsku*, „Białostockie Archiwum Językowe” 2005, nr 5, s. 181–190.

²⁸ F. Pluta, *Dialekt śląski*, „Wczoraj, Dzisiaj, Jutro” 1996, nr 1/4, s. 5–19; J. Tambor (red.), *Gwara śląska – świadectwo kultury, narzędzie komunikacji*, oprac. A. Skudrzykowa, Katowice 2002, s. 7 i nast.; T. Kamusella, op. cit. s. 133–139; E. Breza, *Kaszubszczyzna wśród języków słowiańskich, jej status językowy*, [w:] J. Samp (red.), *Kaszubszczyzna w świecie*, Wejherowo 1994, s. 7–19; B. Wyderka, *Gwary śląskie w XX w.*, [w:] U. Sokólska, P. Wróblewski (red.), *Słowa jak mosty nad wiekami*, Białystok 2003, s. 417–425.

Uprawnienia oświatowe

Regulacje oświatowe wyraźnie akcentują specyficzne potrzeby obywateli naszego kraju należących do mniejszości narodowych i etnicznych. Już preambuła ustawy Prawo oświatowe zawiera odwołanie do aktów prawnych, które obok innych zagadnień regulują także szczególny status omawianej grupy osób: „Oświata w Rzeczypospolitej Polskiej stanowi wspólne dobro całego społeczeństwa; kieruje się zasadami zawartymi w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a także wskazaniem zawartymi w Powszechnej Deklaracji Praw Człowiek²⁹, Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych³⁰ oraz Konwencji o Prawach Dziecka³¹”. Jako cele kształcenia i wychowania preambuła wskazuje m.in. poszanowanie dla polskiego dziedzictwa kulturowego. Niewątpliwie trwałym historycznie elementem naszej kultury i dziedzictwa narodowego jest właśnie funkcjonowanie mniejszości narodowych i etnicznych z całym bogactwem kulturowym i społecznym tworzącym mozaikowy (niejednorodny) obraz naszego społeczeństwa.

Ustawa o systemie oświaty w art. 13³² podkreśla, że jednym z celów szkoły i placówki publicznej jest umożliwienie uczniom podtrzymywania poczucia tożsamości narodowej, etnicznej, językowej i religijnej, a w szczególności naukę języka oraz własnej historii i kultury. Przedszkola, szkoły i placówki publiczne umożliwiają uczniom należącym do mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługującej się językiem regionalnym, podtrzymywanie i rozwijanie poczucia tożsamości narodowej, etnicznej i językowej przez prowadzenie:

- 1) nauki języka mniejszości narodowej lub etnicznej, tzw. języka mniejszości, oraz języka regionalnego;
- 2) nauki własnej historii i kultury³³.

W wykonywaniu powyższych zadań oświatowych organy prowadzące oraz dyrektorzy przedszkoli, szkół i placówek publicznych zobowiązane są do współdziałania z organizacjami mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługującej się językiem regionalnym (§ 11 rozporządzenia w sprawie warunków i sposobu wykonywania...). Zgodnie z treścią powyższego rozporządzenia (§ 7 i 8), oddziały z dodatkową nauką języka lub w języku mniejszości oraz języka regionalnego tworzone są, gdy zostanie zgłoszonych co najmniej

²⁹ Przyjęta 10 grudnia 1948 r. (Dz.U. z 1960 r., Nr 120, poz. 526 ze zm.).

³⁰ Otwarta do podpisu 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

³¹ Dz.U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

³² Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz.U. z 2001 r., poz. 1915).

³³ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 18.08. 2017 r. w sprawie warunków i sposobu wykonywania przez przedszkola, szkoły i placówki publiczne zadań umożliwiających podtrzymywanie poczucia tożsamości narodowej, etnicznej i językowej uczniów należących do mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługującej się językiem regionalnym (Dz.U. poz. 1627), dalej jako rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu wykonywania...

w przedszkolu lub oddziale przedszkolnym prowadzonym w szkole podstawowej 14 dzieci, a w szkole 7 uczniów na poziomie danej klasy. Możliwe jest także zorganizowanie przez organ prowadzący przedszkole lub szkołę zajęć z języka mniejszości lub języka regionalnego dla uczniów z różnych szkół żyjących w mniejszych grupach mniejszościowych w międzyszkolnych zespołach nauczania. Podobna możliwość dotyczy także dzieci w wieku przedszkolnym. Liczebność zespołów wynosi od 3 do 16 dzieci.

Szkoły publiczne mogą także prowadzić dla uczniów należących do mniejszości narodowych naukę geografii państwa, z którego obszarem kulturowym utożsamia się dana mniejszość, w wymiarze do 30 godzin na II etapie edukacyjnym i do 15 godzin w liceum ogólnokształcącym, technikum, branżowej szkole I stopnia, jeżeli organ prowadzący szkołę przyzna godziny na realizację tej nauki³⁴. Przedmiot historia i kultura organizowany jest automatycznie dla wszystkich uczniów, którzy uczą się języka mniejszości i języka regionalnego. W momencie złożenia wniosku o udział uczniów w zajęciach językowych uczestnictwo w zajęciach dotyczących historii i kultury mniejszości staje się obowiązkowe. Sam przedmiot historia i kultura – zgodnie z przepisami oświatowymi – ma status dodatkowych zajęć edukacyjnych. Przedszkola, szkoły i placówki publiczne mogą prowadzić dla uczniów należących do mniejszości narodowych i etnicznych oraz społeczności posługujących się językiem regionalnym także zajęcia artystyczne lub inne zajęcia, jeżeli organ prowadzący przedszkole, szkołę lub placówkę, na wniosek dyrektora przedszkola, szkoły lub placówki, przyzna godziny na realizację tych zajęć³⁵.

Objęcie ucznia przywilejami adresowanymi do omawianych mniejszości nie ma charakteru obowiązkowego. Wolę w imieniu niepełnoletniego dziecka wyrażają jego rodzice lub prawni opiekunowie. Na ich wniosek nauka może być prowadzona w:

- osobnych grupach, oddziałach lub szkołach;
- w grupach, oddziałach lub szkołach – z dodatkową nauką języka oraz własnej historii i kultury;
- w międzyszkolnych zespołach nauczania.

W szkole, w której uczniowie należą do mniejszości narodowej, etnicznej lub społeczności posługującej się językiem regionalnym, istnieje możliwość używania języka mniejszości lub języka regionalnego jako (§ 3 i 4 rozporządzenia w sprawie warunków i sposobu wykonywania...):

- języka wykładowego na zajęciach edukacyjnych, z wyjątkiem zajęć obejmujących edukację polonistyczną na etapie edukacji wczesnoszkolnej, a na dalszych etapach edukacyjnych – z wyjątkiem języka polskiego oraz treści dotyczących Polski w nauczaniu historii i geografii;

³⁴ Zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 47 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (Dz.U. z 2017 r., poz. 59 i 949).

³⁵ Zob. § 1 i 10 rozporządzenia w sprawie warunków i sposobu wykonywania...

– drugiego języka nauczania – wówczas zajęcia edukacyjne na II, III i IV etapie edukacyjnym z co najmniej czterech obowiązkowych na danym etapie prowadzone są w dwóch językach (języku mniejszości lub języku regionalnym oraz w języku polskim), z wyjątkiem zajęć obejmujących język polski, część historii dotycząca historii Polski i część geografii dotycząca geografii Polski;

– dodatkowego przedmiotu dla ucznia, który uczy się w szkole w języku polskim.

W przedszkolu i szkole publicznej nauka języka mniejszości i języka regionalnego może być prowadzona w formie dodatkowej nauki tego języka w sposób dwujęzyczny – w języku polskim i języku mniejszości lub języku regionalnym oraz przez prowadzenie zajęć w języku mniejszości lub języku regionalnym. Nauczanie języka mniejszości, języka regionalnego, własnej historii i kultury oraz geografii państwa, z którego obszarem kulturowym utożsamia się mniejszość narodowa, odbywa się na podstawie programów nauczania dopuszczonych do użytku w szkole przez dyrektora szkoły oraz z wykorzystaniem podręczników dopuszczonych do użytku szkolnego przez ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania³⁶.

Jedna z mniejszości, a mianowicie romska mniejszość etniczna, może korzystać z dodatkowego wsparcia. Celem przewidzianych dla tej grupy rozwiązań prawnych jest zapobieganie i przeciwdziałanie marginalizacji i wykluczeniu społecznemu, które, niestety, spotyka ją dość często³⁷. Przedszkola i szkoły publiczne, w razie potrzeby, mogą podejmować dodatkowe działania mające na celu podtrzymywanie i rozwijanie poczucia tożsamości etnicznej dzieci i młodzieży pochodzenia romskiego oraz wspomagać ich edukację, w szczególności przez prowadzenie zajęć wyrównawczych. Mogą także zatrudnić, w charakterze pomocy nauczyciela, asystenta edukacji romskiej, który udziela dzieciom i młodzieży tego pochodzenia pomocy w kontaktach ze środowiskiem przedszkolnym lub szkolnym, a także współdziała z ich rodzicami oraz z przedszkolem lub szkołą.

Warto dodać, że mniejszościom (np. w formach fundacji bądź stowarzyszeń) przysługuje także na równi z innymi obywatelami prawo tworzenia przedszkoli, szkół i placówek oświatowych, zarówno publicznych na podstawie zezwolenia właściwej jednostki samorządu terytorialnego jak i niepublicznych. Tą drogą mogą jeszcze szerzej wspomagać edukację mniejszościową. Rola jednostek samorządu terytorialnego pełniących w naszym kraju funkcje tzw. organów prowadzących zdecydowanej większości publicznych szkół i placówek oświatowych jest także w tym obszarze szczególnie ważna.

³⁶ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 marca 2017 r. w sprawie dopuszczenia do użytku podręczników (Dz.U. z 2017 r., poz. 481).

³⁷ M. Babicki, *Sytuacja języka romskiego w Polsce, Czechach i na Słowacji na przełomie XX i XXI wieku*, [w:] R. Sendek, B. Rusin (red.), *Wśród czy obok nas? Mniejszości w literaturze, kulturze i historii*, Kraków 2013, s. 107.

Podsumowanie

Potrzeby mniejszości narodowych i etnicznych dostrzegane są zarówno w regulacji prawno-międzynarodowej, jak i krajowej. W pierwszej z nich uważano wyraźny brak jednolitości terminologicznej, co niewątpliwie należy wiązać z delikatnością tej tematyki. Organizacje międzynarodowe wyraźnie szanują prawo państw, sygnatariuszy umów międzynarodowych do samodzielnego definiowania pojęcia mniejszości przy uwzględnieniu lokalnych uwarunkowań.

Przeprowadzona analiza wykazała liczne środki prawne mające na celu podtrzymanie własnej tożsamości, tradycji, obyczajów, kultury i języka tych grup. Należy podkreślić, że mimo określenia podmiotu w sposób zbiorowy, to mamy tu do czynienia z indywidualną ochroną prawną. Prawa te mogą być dochodzone zarówno indywidualnie, jak i łącznie z innymi członkami danej mniejszości, czyli zbiorowo. Można stwierdzić, że obecny zakres praw przynależnych mniejszościom jest szeroki. Na pozytywną ocenę zasługuje także powołanie Komisji Wspólnej Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Choć rozszerzenie jej kompetencji z opiniodawczo-doradczych na kreacyjne bezsprzecznie pozwoliłoby na pełniejszą ochronę mniejszości.

Krajowe rozwiązania prawne, będące w zgodzie z regulacją prawno-międzynarodową, wśród wielu gwarancji wymieniają prawo do posługiwania się i nauki swojego języka. Szczególnie korzystnie należy ocenić możliwość używania języka mniejszości jako języka pomocniczego. Niewątpliwie ważnym uprawnieniem mniejszości jest także nauka języka, własnej kultury i historii w szkołach i odpowiednio w węższym zakresie w przedszkolach publicznych. Zgodnie z kryteriami ustawowymi, wyróżniono w naszym kraju tylko jeden język mniejszości, a mianowicie język kaszubski. W artykule zauważono również aspiracje innych grup mniejszościowych w zakresie zaliczenia ich języka do tej uprzywilejowanej kategorii językowej, a także w ogóle zaliczenia ich do mniejszości narodowych lub etnicznych. Nie ulega wątpliwości, że ustawowe, enumeratywne wskazanie mniejszości ma charakter porządkujący, odmawia jednak prawa grupom, które nie spełniają aktualnych kryteriów, chociaż cechuje je wyraźna odrębność kulturowa od większości społeczeństwa. Wnioskiem z analizy tych regulacji prawnych jest podkreślenie potrzeby ponownego uaktualnienia zagadnień definicyjnych uwzględniając potrzeby zwłaszcza finansowe i edukacyjne innych grup o wyraźnej odrębności kulturowej, niezaliczonych jednak do mniejszości narodowych i etnicznych. Jednak wszelkie zmiany prawne powinny być czynione z wyjątkową delikatnością szczególnie w obliczu wzmożonych ruchów nacjonalistycznych i separatystycznych w obecnej Europie.

Wykaz literatury

- Babicki M., *Sytuacja języka romskiego w Polsce, Czechach i na Słowacji na przełomie XX i XXI wieku*, [w:] R. Sendek, B. Rusin (red.), *Wśród czy obok nas? Mniejszości w literaturze, kulturze i historii*, Scriptum, Kraków 2013.
- Barwiński M., *Pojęcie narodu oraz mniejszości narodowej i etnicznej w kontekście geograficznym, politycznym i socjologicznym*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2004, nr 5.
- Breza E., *Kaszubszczyzna wśród języków słowiańskich, jej status językowy*, [w:] B. Wyderka (red.), *Kaszubszczyzna w świecie*, Wejherowo 1994.
- Chałupczak H., *Status prawny i formy integracji mniejszości narodowych w Europie międzywojennej*, [w:] Z. Hołda (red.), *Ochrona mniejszości narodowych i religijnych*, Inst. Europy Środkowo-Wschodniej, Lubin 1993.
- Chrościcka A., *Ochrona praw mniejszości narodowych w systemie Rady Europy*, „Ius Novum” 2013, nr 4.
- Haub O., *Cele i zadania Komisji Wspólnej Rządu i Mniejszości Narodowych i Etnicznych*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), *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.
- Janusz G., *Ochrona praw mniejszości narodowych w Europie*, Wyd. UMCS, Lublin 2011.
- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Prawa człowieka i systemy ich ochrony – zarys wykładu*, Wyd. UWr, Wrocław 2004.
- Jabłoński M., *Normatywne podstawy ochrony praw mniejszości – wybrane zagadnienia*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), *Aktualne problemy ochrony praw i wolności mniejszości w Polsce i na świecie*, seria: E-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 95, Wrocław 2017.
- Kamusella T., *Czy śląszczyzna jest językiem? Spojrzenie socjolingwistyczne*, [w:] J. Tambor (red.), *Śląsko gadka. Materiały z konferencji „Śląsko gadka – jeszcze gwarą czy już język” z 30 czerwca 2008 r.*, Katowice 2008.
- Kurzyna-Chmiel D., *Prawo do nauki mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2008, nr 75.
- Kurzyna-Chmiel D., *Prawo do nauki obcokrajowców – analiza krajowych rozwiązań prawnych w obszarze systemu oświaty*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 47.
- Kuźnicka D., *Mniejszość etniczna a mniejszość narodowa w Polsce – analiza porównawcza na przykładzie Łemków i Żydów*, [w:] J.B. Banach-Gutierrez, M. Jabłoński (red.), *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.
- Krasnowolski A., *Prawa mniejszości narodowych i mniejszości etnicznych w prawie międzynarodowym i prawie polskim*, OT-599, Kancelaria Senatu, Biuro Analiz i Dokumentacji, Warszawa 2011.
- Łodziński S., *Ochrona praw osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych – perspektywa europejska*, Raport BSE nr 208, Kancelaria Sejmu, Warszawa 2002.
- Malicka A., *Ochrona mniejszości narodowych – standardy międzynarodowe i rozwiązania polskie*, Wyd. UWr, Wrocław 2004.
- Michalska A., *Międzynarodowa ochrona mniejszości*, „Sprawy Narodowościowe” 1992, nr 2.

- Pluta F., *Dialekt śląski*, „Wczoraj, Dzisiaj, Jutro” 1996, nr 1(4).
- Skóra A., *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*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54.
- Szczechowicz A., *Kilka uwag o odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43.
- Tambor J., *Gwara śląska – świadectwo kultury, narzędzie komunikacji*, oprac. A. Skudrzykowa, Wyd. „Śląsk”, Katowice 2002.
- Tambor J., *Etnolekt śląski jako język regionalny. Uzasadnienie stanowiska*, [w:] J. Tambor (red.), *Śląsko gadka. Materiały z konferencji „Śląsko gadka – jeszcze gwara czy już język” z 30 czerwca 2008 r.*, Katowice 2008.
- Tomaszewski J., *Mniejszości narodowe w Polsce XX wieku*, Editions Spotkania, Warszawa 1991.
- Wieruszewski R., *Komentarz do art. 27*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Wyderka B., *O stosunkach językowych na Śląsku*, „Białostockie Archiwum Językowe” 2005, nr 5.
- Wyderka B., *Gwary śląskie w XX w.*, [w:] U. Sokólska, P. Wróblewski (red.), *Słowa jak mosty nad wiekami*, Wyd. UwB, Białystok 2003.

Summary

The current legal situation of national and ethnic minorities, with particular emphasis on the rights in the field of education

Keywords: national minority, rights, ethnic minority, language, education.

The article's main aim is to analyze the legal situation of national and ethnic minorities, with particular emphasis on the rights in the field of education. The views of the doctrine in the discussed scope were also reviewed. The conducted research showed the existence of numerous legal measures aimed at maintaining their own identity, traditions, customs, culture and language. Among the many rights belonging to minorities, their right to make independent decisions about taking advantage of this status and the possibility of using a minority language and a regional language were particularly highlighted. It has been shown that one of the leading privileges of minorities is the right to learn the language, their own culture and history in public schools and, accordingly, to a lesser extent in kindergartens. The research also revealed the existence of an exhaustive list of national and ethnic minorities, which prevents other groups of citizens from exercising at least some of their rights, e.g. in the field of learning their language.

Michał Kurzyński

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6260-0069

michal.kurzynski@uwm.edu.pl

O zasadności podwyższenia wysokości grzywny w drodze mandatu karnego za wykroczenia skarbowe

Postępowanie mandatowe w swoim założeniu ma w znaczący sposób uprościć postępowanie w sprawach o wykroczenia skarbowe oraz skrócić do niezbędnego minimum czas niezbędny do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego.

Założenie stosowania tej szczególnej procedury w postępowaniu karnym skarbowym odnajduje słuszne zastosowanie, zarezerwowane wyłącznie do czynów, w których okoliczności popełnienia czynu, osoba sprawcy oraz wymiar naruszenia obowiązującej normy prawnej nie jest znaczny. Jej podstawowym argumentem jest szybkość przeprowadzenia tej procedury, która formalnie nie musi być poprzedzona decyzją o wszczęciu postępowania jak ma to miejsce w przypadku innych form postępowania w sprawach o wykroczenia¹.

Powyższa przesłanka najlepiej realizuje potrzebę realizacji ekonomiki postępowania karnego, tj. uproszczonej procedury karnej, która realizuje potrzeby ukształtowania procesu karnego skarbowego zgodnie z art. 2 § 1 i 2 Kodeksu postępowania karnego (dalej jako k.p.k.) w zw. z art. 113 § 2 Kodeksu karnego skarbowego (dalej jako k.k.s.) jako właściwego, również w sprawach o wykroczenia skarbowe, oraz w pełni wpisuje się w kanon zasady koncentracji procesowej, której głównym postulatem jest maksymalne skrócenie czasu między momentem ujawnienia czynu zabronionego (w tym wykroczenia skarbowego) a momentem reakcji organów państwa w formie właściwego trybu jaki zostaje wszczęty wobec sprawcy czynu i co należy wskazać jest postulowany od wielu lat².

¹ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2021, Lex.

² W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, t. 1, Toruń 1972, s. 103.

Tym samym recypowana przesłanka z art. 2 § 1 k.p.k., wskazująca na prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez uzasadnionej zwłoki przez właściwy organ w rozsądnym terminie, jak najbardziej również w tym trybie uznawana jest za spełnioną. Zwłaszcza w przypadku postępowania mandatowego można uznać, że dywagacje w doktrynie dotyczące „rozsądności” terminu, w jakim jest przeprowadzone to postępowanie, znajduje właściwe determinanty w czasie, w jakim na sprawcę nakładany jest mandat karny³.

Również działalność judykatury w tym zakresie obfituje w liczne orzeczenia wskazujące kryteria czasowe, w jakich powinno nastąpić rozstrzygnięcie sprawy dotyczącej odpowiedzialności podmiotu za popełniony czyn zabroniony. W zakresie wskazania terminu, w którym organ winien przeprowadzić czynności procesowe zmierzające do osiągnięcia stawianych celów, wielokrotnie orzekały zarówno sądy powszechne, jak i sądy administracyjne, określając przesłanki, którymi powinny się charakteryzować czynności organów, oraz czas, w jakim zostały one podjęte.

Sądy wskazywały tutaj przede wszystkim potrzebę ochrony praw podmiotu, wobec którego zostało wszczęte postępowanie (przede wszystkim wskazując na potrzebę zachowania obiektywizmu i jawności postępowania) oraz potrzebę niwelowania wszelkich przeszkód, które napotykają organy przeprowadzające czynności procesowe. Dodatkowo w ich orzeczeniach spotkać można również pogląd mówiący o tym, że ewentualne trudności o charakterze organizacyjnym lub kadrowym, z którym borykać się mogą organy przeprowadzające postępowania karne, nie uzasadniają przewlekłości toczących się postępowań⁴.

Swoiste potwierdzenie powyższego mogą stanowić dane statyczne dotyczące stosowania tej formy postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe na przykładzie działalności Urzędu Skarbowego w Olsztynie (tabela 1), jak również na przykładzie działalności Warmińsko-Mazurskiego Urzędu Celnego-Skarbowego w Olsztynie (tabela 2).

³ T. Markiewicz, *Instytucja obrońcy do określonej czynności w świetle konstytucyjności prawa do sądu oraz celu procesu w postaci rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9, s. 90–91.

⁴ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 lipca 2013 r. (32501/09); postanowienie Sądu Najwyższego z 21 marca 2006 r., sygn. akt III SPP 13/06; postanowienie Sądu Najwyższego z 9 września 2015 r., sygn. akt III SPP 20/15; postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lipca 2017 r., sygn. akt III SPP 36/17; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 marca 2018 r., sygn. akt II S 6/18; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 października 2012 r., sygn. akt II S 58/12; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 18 listopada 2010 r., sygn. akt II Ako 110/10.

Tabela 1

Liczba zakończonych postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe i liczba zakończonych postępowań mandatowych w Urzędzie Skarbowym w Olsztynie

Rok	Liczba zakończonych postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe	Liczba zakończonych postępowań mandatowych
2018	3	258
2019	31	275
2020	51	207

Źródło: opracowanie własne; dane uzyskane na podstawie pisma z 9 kwietnia 2021 r.

Tabela 2

Liczba zakończonych postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe i liczba zakończonych postępowań mandatowych w Urzędzie Celno-Skarbowym w Olsztynie

Rok	Liczba zakończonych postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe	Liczba zakończonych postępowań mandatowych
2018	11 543	7854
2019	9981	7924
2020	2745	2062

Źródło: opracowanie własne; dane uzyskane na podstawie pisma z 9 kwietnia 2021 r.

Powyższe zestawienia wskazują jednoznacznie, że postępowanie mandatowe stanowi zdecydowanie dominujący rodzaj postępowania przeprowadzanego w związku z ujawnieniem wykroczenia skarbowego i jest najczęściej stosowaną formą pociągnięcia do odpowiedzialności obwinionego.

W swojej istocie postępowanie mandatowe jako formę pociągnięcia do odpowiedzialności karanej skarbowej ustawodawca zamieścił w przepisach karnych skarbowych wraz z wprowadzeniem w życie k.k.s. w 1999 r. Wcześniej przepisy karne skarbowe nie przewidywały takiego rodzaju zakończenia postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe, a postępowanie w sprawie pociągnięcia do odpowiedzialności karnej skarbowej w związku z popełnionym wykroczeniem skarbowym, zgodnie z art. 123 § 1 ustawy karnej skarbowej (dalej jako u.k.s.) z 1971 r., prowadziły finansowe organy orzekające. Wyjątek stanowiły wykroczenia, w których istniało uzasadnione podejrzenie co do poczytalności obwinionego. Art. 123 § 3 u.k.s. z 1971 r. przewidywał w takiej sytuacji przejście właściwości postępowania przez sądy, głównie z uwagi na prawdopodobieństwo potrzeby zastosowania któregośkolwiek z przewidzianych ustawą środków zabezpieczających.

Model postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe będący w wyłącznej właściwości orzeczniczej organów finansowych w prawie karnym skarbowym istniał od uchwalenia pierwszej ustawy karnej skarbowej, gdzie zgodnie z ówczesnym art. 144 u.k.s. z 1926 r. władze skarbowe uznane były jako organ właściwy do prowadzenia w sprawach dotyczących deliktów skarbowych,

w których jako sankcję ustawodawca przewidywał wyłączną karę pieniężną nieprzekraczającą tysiąca złotych. W tym kontekście organy administracji publicznej uznawane były jako organ właściwy zarówno w I, jak i II instancji do orzekania i stwierdzania rozstrzygnięć w zakresie popełnionych przez sprawców przestępstw skarbowych.

Wraz z ewolucją przepisów prawa karnego powszechnego, również w zakresie prawa karnego skarbowego nastąpiła postępująca ewolucja przepisów procesowych, w których dążono do odformalizowania procesu karnego przy jednoczesnym uwzględnieniu potrzeby czytelnej roli poszczególnych stron procesowych⁵. Tym samym przyjęto, że specyficzna forma przedmiotu ochrony w prawie karnym skarbowym, związana z interesem i porządkiem finansowym państwa, jest naturalnym przedmiotem działalności wyspecjalizowanych organów administracji publicznej, która również w istotny sposób powinna uczestniczyć w procesie karnym skarbowym⁶.

Należy tutaj wskazać, że uchwalenie k.k.s. dokonało swoistej ewolucji roli, jaką do tej pory spełniały organy administracji publicznej, pierwotnie biorącej udział w procesie decyzyjnych dotyczącym pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy wszystkich wykroczeń skarbowych oraz przestępstw, w których orzekano wyłączną karę grzywny. Funkcję organu decydującego o winie sprawcy oraz rodzaju czy wysokości sankcji powierzono sądom, a rolę organów administracji publicznej ograniczono do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Wyjątkiem od tego założenia jest jedynie postępowanie mandatowe, w którym wyłączną rolę organu dokonującego oceny czynu oraz egzekucji nałożonej sankcji pozostawiono finansowym organom postępowania przygotowawczego, co stanowi pewną kontynuację istotności administracji skarbowej w procesie pociągania do odpowiedzialności sprawcy, jaka towarzyszyła przy wprowadzeniu tej gałęzi prawa do polskiego porządku prawnego w 1926 r. Ustawodawca zapisami k.k.s. w art. 136 § 1 przewiduje możliwość przeprowadzania postępowań mandatowych również przez niefinansowe organy postępowania przygotowawczego, wskazane w art. 118 § 1 k.k.s., jednocześnie określając dopuszczalność poprzez wskazanie przepisem szczególnym kompetencji umożliwiających rozszerzenie właściwości rzeczowej również na te organy. Dotychczas jednak nie zdecydowano się na to rozwiązanie, przyznając wyłączną kompetencję w tej materii finansowym organom postępowania przygotowawczego, wskazując w rozporządzeniu Rady Ministrów z 2011 w sprawie nakładania kary grzywny w drodze mandatu za wykroczenia skarbowe (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1160) zakres kompetencyjny tych organów w kontekście postępowania mandatowego.

⁵ G. Skowronek, *Ewolucja instytucji procesowych w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2005, s. 160–161.

⁶ Uzasadnienie projektu kodeksu karnego skarbowego z dnia 17 maja 1999 r., druk sejmowy nr 1146, s. 102–103.

W ocenie autora niniejszej publikacji to rozwiązanie należy wskazać jako słuszne z uwagi na przedmiot działalności Krajowej Administracji Skarbowej, która stanowiąc wyspecjalizowany dział administracji publicznej zajmujący się nadzorem nad prawidłowym przestrzeganiem obowiązków nałożonych na podmioty w zakresie właściwego zachowania się, dotyczącego zarówno uiszczania daniny publicznej, jak i potrzeby uzyskiwania stosownych zezwoleń oraz koncesji na podjęcie działalności wskazanej w prawie podatkowym, celnym, dewizowym i hazardowym. W związku z powyższym należy wskazać, że to te organy stanowią najistotniejsze ogniwo związane z wykrywaniem wszelkich nieprawidłowości będących przedmiotem ochrony prawa karnego skarbowego oraz ze względu na zakres właściwości w sposób najpełniejszy z wszystkich działów administracji publicznej potrafią dokonywać właściwej analizy zachowania podmiotu pod kątem stwierdzania prawidłowości wykonywania powierzonych obowiązków fiskalnych.

Warto zauważyć, że w zakresie działalności organów finansowych system prawa przewiduje pewien dualizm oceny prawidłowości interpretacji zachowania podmiotu w kontekście nałożonych na niego obowiązków finansowych na rzecz państwa. W przypadkach, w których decyzje finansowych organów postępowania stoją w jawnej sprzeczności z interesem podmiotu, zgodnie z zasadą skargowości rozstrzygają sądy administracyjne, natomiast w przypadku oceny zachowania podmiotu jako sprawcy deliktu skarbowego, analizę słuszności decyzji organów finansowych podejmują sądy powszechne.

Powyższego dualizmu nie obejmuje jednak sytuacja, w której organ finansowy, stwierdzając nieprawidłowość w przestrzeganiu obowiązku określonego zachowania się przez podmiot, podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania mandatowego. W tym trybie finansowy organ postępowania przygotowawczego jest wyłącznym podmiotem, który dokonuje oceny prawnokarnej oraz egzekucji nałożonej sankcji w postaci kary grzywny.

W celu uniknięcia wątpliwości związanych z powyższym stwierdzeniem, ustawodawca uznał, że ta forma postępowania szczególnego powinna podlegać nadzorowi, co powierzono zgodnie z art. 141 k.k.s. ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych. Administracyjna forma nadzoru nad prowadzonymi przez finansowe organy postępowania przygotowawczego postępowaniami mandatowymi została dookreślona we wskazanym rozporządzeniu w sprawie nakładania kary grzywny w drodze mandatu za wykroczenia skarbowe, w którym art. 13 i nast. określa obowiązek prowadzenia ewidencji grzywien nałożonych w drodze mandatu karnego wraz z zawartymi w nich danymi dotyczącymi okoliczności nałożenia grzywny oraz obowiązek rozliczania funkcjonariuszy przez naczelników urzędów skarbowych, naczelników urzędów celno-skarbowych oraz szefa Krajowej Administracji Skarbowej z przekazanych im formularzy mandatów karnych.

Ponadto zgodnie z art. 140 k.k.s. przepisy Kodeksu karnego skarbowego przewidują możliwość uchylenia nałożonego mandatu karnego w przypadku stwierdzenia uchybień w związku z brakiem podstaw do uznania zachowania sprawcy jako popełniającego wykroczenie skarbowe lub też nałożono mandat na osobę, która nie wyraziła zgodny przyjęcia mandatu poprzez brak wymaganego podpisu. Należy tutaj wskazać, że zakres uprawnień dotyczących uchylenia prawomocnego mandatu ustawodawca oddelegował do wyłącznej właściwości sądów, które to mają decydować o właściwych podstawach do uchylenia wystawionego mandatu. Ustawodawca wskazał jednoznacznie, że sądami uprawnionymi do podejmowania decyzji w powyższych sprawach są sądy właściwe do rozpoznania sprawy, tj. sądy rejonowe lub garnizonowe orzekające w sprawach karnych skarbowych, jako organ pierwszej instancji⁷.

Należy jednak tutaj zasygnalizować pewną niekonsekwencję ustawodawcy w zakresie wskazania terminów dotyczących możliwości rozpoznania przez sąd skargi obwinionego w zakresie uchylenia mandatu. Termin zawity⁸, określony w art. 140 § 2 k.k.s., dotyczy wyłącznie wniosku o takową decyzję, natomiast termin rozpoznania dokonany przez sąd orzekany w ramach posiedzenia i czas jego trwania nie zostały dookreślone, co może stanowić podstawę do odwoływania w czasie decyzji dotyczących zasadności skargi, a tym samym doprowadzać do wątpliwości obywateli w zakresie funkcjonowania w praktyce konstytucyjnej zasady urzeczywistniania sprawiedliwości społecznej. Brak jest danych wskazujących na skalę tego zjawiska, niemniej jednak nie należy bagatelizować tej ewentualności, chociażby na brak możliwości zastosowania w tym trybie przez obwinionego skargi przewidzianej w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 75).

Znamiennym jest również to, że wyłączna właściwość sądów rejonowych w zakresie rozpoznawania podstaw do uchylenia mandatu nie wyklucza możliwości orzekania w tym zakresie również sądów administracyjnych. Przykładem może być wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt III SA/Wa 1456/09, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 listopada 2005 r., sygn. akt II AKz 529/05 lub postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie, sygn. akt I SO/Ol 49/04 jako podkreślenie również sądownoadministracyjnej kontroli toczących się postępowań mandatowych w zakresie kompetencyjnych podstaw nakładania mandatu przez finansowe organy postępowania przygotowawczego.

⁷ M.R. Tużnik, *Postępowania szczególne w postępowaniu karnym skarbowym*, Warszawa 2013, s. 349–350.

⁸ P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1230–1231.

Tym samym postępowanie mandatowe swoimi mechanizmami warunkującymi możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcę wykroczenia skarbowego wpisuje się w katalog postępowań szczególnych stosowanych wobec sprawców tych deliktów skarbowych. Postępowanie ma na celu zastosowanie właściwej i pożądanej reakcji państwa na stwierdzenie naruszenia obowiązującego porządku prawnego w sposób szybki, tani i niegenerujący dodatkowych terminów, w których należy dokonać kolejnych czynności w ramach tej formy postępowania.

Możliwość skorzystania z „dobrodziejstwa” postępowania mandatowego jest również atrakcyjna dla osób, wobec których wystawiany jest mandat karny, ze względu na bardzo szybkie dokonanie wszelkich czynności związanych ze stwierdzonym naruszeniem. Dotychczas obowiązująca maksymalna wysokość grzywny, jaka może zostać nałożona mandatem karnym, zgodnie z art. 48 § 2 k.k.s., wskazuje, że ten rodzaj postępowania zarezerwowany jest wyłącznie wobec sprawców czynów o charakterze bardzo drobnym, gdzie wymiar naruszenia jest dość niski, a wysokość sankcji nie może przekroczyć dwukrotności minimalnego wynagrodzenia, co w 2021 r. stanowi kwotę 5600 zł.

Warto tutaj również podkreślić, że o korzystnym aspekcie postępowania mandatowego jest umiejscowienie go w ramach instytucji pociągnięcia do odpowiedzialności za zgodą sprawcy, co wskazuje, że ten rodzaj postępowania uzależniony jest także od zgody obwinionego warunkującej nałożenie na niego grzywny, co zgodnie z art. 137 § 3 k.k.s. dokumentuje poprzez złożenie podpisem w dokumencie mandatu karnego, a brak podpisu obwinionego stanowi podstawę do uchylenia prawomocności wystawionego mandatu karnego.

Stąd też należy wskazać, że postępowanie mandatowe to właściwy i pożądany rodzaj reakcji państwa na czyny, w których osoba sprawcy i okoliczności popełnienia wykroczenia skarbowego nie budzą wątpliwości oraz nie zachodzi potrzeba zastosowania kary surowszej niż wskazana wcześniej dwukrotność minimalnego wynagrodzenia. Z tego względu nie budzi wątpliwości fakt, że procedura ta w istotny sposób odciąża działalność sądów, w których postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe dotyczą wyłącznie spraw, w których wysokość uszczuplenia jest na tyle wysoka, aby rozpatrzyć zachowanie sprawcy przez sąd oraz w sytuacjach, w których występują uzasadnione wątpliwości co do osoby sprawcy i zachodzi obawa właściwego ukierunkowania reakcji karnej.

Nie sposób się nie zgodzić z przesłanką, w ramach której sąd powinien zbadać i jednoznacznie ustalić prawidłowość zarzutów kierowanych wobec konkretnej osoby obwinianej o popełnienie wykroczenia skarbowego, natomiast w sytuacjach, w których osoba sprawcy nie budzi wątpliwości ani okoliczności związane z popełnionym czynem zabronionym, a całość postępowania sądowego mogłaby zostać przeprowadzona w ramach postępowania mandatowego, jednak ze względu na wysokość grzywny, która zgodnie z warunkami wska-

zanymi w art. 13 k.k.s. przekracza dwukrotność minimalnego wynagrodzenia, uniemożliwiając skorzystanie z dobrodziejstwa tej formy postępowania.

Postępowanie mandatowe w swojej prostocie jednocześnie w zupełności spełnia warunki stawiane postępowaniu karnemu skarbowemu – stwierdza naruszenie obowiązującej normy prawnej, ustala osobę sprawcy, dokonuje wskazania rozmiarów wyrządzonej szkody i stopnia naruszenia obowiązującej normy prawnej i zamachu dokonanego przez sprawcę wykroczenia na konkretne dobro chronione prawnie, zgodnie z dyspozycją wskazaną w art. 137 § 4 k.k.s.

Na kanwie tych dywagacji, 30 grudnia 2020 r. drukiem sejmowym nr 860⁹ został złożony rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, w którym art. 5 pkt 5 projektu przewiduje również zmianę dotyczącą prawa karnego skarbowego w kontekście podwyższenia wysokości grzywny orzekanej w ramach postępowania mandatowego. Projekt zmian uzyskał akceptację na całym etapie ścieżki legislacyjnej, a nowelizacja k.k.s. w tym zakresie weszła w życie z dniem 1 maja 2021 r.¹⁰

Celem wskazanej nowelizacji przepisów karnych skarbowych jest zmiana dotychczasowej maksymalnej wysokości grzywny nakładanej mandatem karnym, podwyższając górną granicę do pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia. Zmiana ma dość istotny wpływ na tę formę postępowania, ponieważ w znaczący sposób zwiększa liczbę postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe, w których ten rodzaj postępowania szczególnego może zostać zastosowany. Rozwiązanie należy uznać za jak najbardziej słuszne i zasadne, ponieważ możliwość większej liczby postępowań w sprawach o wykroczenia skarbowe, które mogą zakończyć się postępowaniem mandatowym, są ułatwieniem zarówno dla organu postępowania przygotowawczego w kontekście odciążania wymiaru sprawiedliwości w liczbie postępowań, które muszą zostać przeprowadzone w celu stwierdzenia uchybienia obowiązkowi podmiotu, który swoim zachowaniem je naruszył, oraz dla samego obwinionego, który ma ponieść odpowiedzialność za swój czyn, a z uwagi na wysokość grzywny, która jest następstwem popełnionego deliktu skarbowego, nie mógł skorzystać ze skróconej formy postępowania w związku z popełnionym wykroczeniem skarbowym. Podobną retorykę można przeczytać w uzasadnieniu projektu zmian¹¹, w którym zdaniem rządu powyższa zmiana stanowi realizację postulatów praktyki proponującej rozszerzenie zakresu czynów zabronionych kwalifikowanych jako wykroczenie skarbowe oraz to, że zmiana przede wszystkim ma służyć odciążeniu sądów w sprawach o wykroczenia skarbowe,

⁹ <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=521AFB30B162F8D9C125865400378581> (data dostępu: 9.04.2021).

¹⁰ Ustawa z dnia 30 marca 2021 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 694).

¹¹ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/48C39BAF39313ED4C12586540034BAFB/%-24File/860-uzas.docx>, s. 64 (data dostępu: 9.04.2021).

dając możliwość zastosowania grzywny w wysokości adekwatnej do czynu poprzez zastosowanie postępowania mandatowego, które do tej pory nie mogło zostać zastosowane.

Tym samym powyższe działanie wpisuje się w charakterystykę postępowania mandatowego oraz oczekiwań stawianych tej formie postępowania. Należy podkreślić, że powyższa nowelizacja w żaden sposób nie wpływa na podwyższenie wymiaru odpowiedzialności za wykroczenia skarbowe. Dotychczasowy zapis górnej granicy grzywny wymierzonej za popełnienie wykroczenia skarbowego, zawarty w art. 48 § 1 k.k.s., pozostaje bez zmian, określając dwudziestokrotność minimalnego wynagrodzenia jako wyznacznik maksymalnej wysokości grzywny grożącej za popełnienie wykroczenia skarbowego. Ustawodawca zmienia jedynie zakres czynów zabronionych, w których sprawca podlega odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe i umożliwia skorzystanie z trybu mandatowego, warunkując tę formę postępowania karnego skarbowego zgodą sprawcy jako fundamentalnego elementu umożliwiającego nałożenie mandatu karnego. Jeżeli sprawca wykroczenia skarbowego nie zgadza się z uznaniem jego zachowania jako czynu zabronionego, odmawia przyjęcia mandatu – finansowy organ postępowania przygotowawczego sporządza akt oskarżenia i w postępowaniu sądowym, w związku z popełnionym wykroczeniem skarbowym, sąd dokonuje oceny przedstawionych podczas dowodów na naruszenie obowiązującej normy prawnej oraz argumentacji obwinionego. Tym samym podwyższenie wysokości grzywny w postępowaniu mandatowym, rozszerzenie zakresu czynów, które mogą zostać oceniane w ramach postępowania mandatowego, jest jak najbardziej słuszną zmianą w prawie karnym skarbowym i nie powinna być w żaden sposób uznawana jako negatywna reakcja ustawodawcy na dotychczasowe zasady postępowania karnego skarbowego.

Dodatkowo warto podkreślić, że forma, w której jest przeprowadzane postępowanie przygotowawcze, nie zmienia w żaden sposób ujęcia czynu zabronionego oraz osoby sprawcy. Bez względu w jakim trybie przeprowadzane jest postępowanie, zarówno w sprawach o przestępstwa skarbowe oraz wykroczenia skarbowe, cele postępowania karnego skarbowego mają zostać zrealizowane zgodnie z art. 297 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. oraz te wskazane w art. 114 k.k.s., co ponownie wskazuje brak podstaw do negatywnego oceniania powyższego rozwiązania przedstawionego w omawianym projekcie rządowym i powinno zostać również w tym aspekcie uznane za bezzasadne z uwagi na obopólne (finansowego organu postępowania przygotowawczego oraz obwinionego) korzyści płynące z możliwości zastosowania tej formy postępowania szczególnego.

Mimo znacznej odrębności tej formy postępowania, przejawiającej się przede wszystkim w szybkości reakcji państwa na popełnionych czyn, znacznej redukcji kosztów postępowania ograniczającej się w zasadzie do wystawienia mandatu karnego, ta forma postępowania nie jest pozbawiona celów, które

stawiane są postępowaniu karnemu skarbowemu. W tym trybie postępowania również wymagane jest spełnienie prewencyjno-wychowawczego celu postępowania oraz nałożenie na sprawcę wykroczenia skarbowego dolegliwość w postaci grzywny. Również w tej formie postępowania karnego skarbowego dolegliwość wymierzana w formie mandatu odzwierciedla cele stawiane karze, dodatkowo wpisując się w postulat głoszony przez C. Beccaria o potrzebie jak najszybszego zastosowania sankcji wobec sprawcy czynu zabronionego, ponieważ taka sankcja stanowi najbardziej pożądaną formę prawidłowości realizacji wyzwań stawianych współczesnemu wymiarowi sprawiedliwości¹².

Wbrew warunkowego charakterowi, uzależniającaemu możliwość zastosowania mandatu karnego od zgody sprawcy, postępowanie to również w zwiększonej wysokości nakładanej kary grzywny spełni oczekiwania stawiane tej formie pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy, ponieważ nawet brak zgody sprawcy nie powoduje wyłączenia jego odpowiedzialności, a jedynie zmianę trybu, w którym ta odpowiedzialność zostanie wyegzekwowana, wskazując tym samym na jego fakultatywność, a przez to elastyczność postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe. Postępowanie to, zgodnie z art. 137 § 1 k.k.s., w swoim założeniu ma dotyczyć postępowań karnych skarbowych, w których wina sprawcy i okoliczności popełnienia wykroczenia skarbowego nie budzą wątpliwości, czyli spraw, w których formalnie nie ma potrzeby dowodzenia na drodze procesu sądowego, za pomocą przedstawionego materiału dowodowego, w sposób bezsprzeczny winy sprawcy oraz wysłuchania argumentów przedstawianych przez bierną i czynną stronę procesową.

W tego rodzaju deliktach skarbowych, czynach drobnych, nienaruszających w istotny sposób obowiązującego porządku prawnego o niskim stopniu społecznej szkodliwości nie stanowi naruszenia konstytucyjnej zasady prawa do sądu, zawartej w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, co wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 maja 2004 r., sygn. akt SK 38/03 definiując, że w postępowaniu mandatowych przesłanka prawa do sądu określona jest poprzez możliwość odmowy przyjęcia mandatu jako czynnika inicjującego sądowy tryb pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy wykroczenia skarbowego oraz w wyroku z 15 maja 2007 r., sygn. akt P 13/06, w którym określił, że realizacja konstytucyjnego prawa do sądu jest również wskazana poprzez ustawowe przesłanki do uchylenia prawomocnie orzeczonego mandatu karnego.

¹² A. Kania, *Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 6, s. 17–18.

Wykaz literatury

- Daszkiewicz W., *Proces karny. Część ogólna*, t. 1, Wyd. UMK, Toruń 1985.
- Druk sejmowy nr 860, projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/99776233708F7C2AC12586570055871C1/%24File/866-ustawa.docx>.
- Kania A., *Postulat szybkości postępowania karnego a ograniczenie jego formalizmu*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 6.
- Kardas P., Łabuda G., Razowski T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Markiewicz T., *Instytucja obrońcy do określonej czynności w świetle konstytucyjności prawa do sądu oraz celu procesu w postaci rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9.
- Przebieg prac sejmowych dotyczący rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=521AFB30B162F8D9C125865400378581>.
- Skowronek G., *Ewolucja instytucji procesowych w prawie karnym skarbowym*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Tużnik M.R., *Postępowania szczególne w postępowaniu karnym skarbowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Uzasadnienie projektu zmiany w ustawie z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/48C39BAF39313ED4C12586540034BAFB/%24File/860-uzas.docx>.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2021, Lex.

Summary

The legitimacy of increasing the amount of the fine by way of a penalty notice for tax offences

Keywords: fiscal penal law, petty offences law, fine proceedings, fiscal offences, fiscal penal proceedings.

The publication assesses the role of fines in cases of tax offences, pointing to its different nature and the legitimacy of its existence in fiscal criminal law in the context of changes to be introduced by the amendment to the excise duty act and certain other acts. The authors of the publication indicate significant changes introduced by the provisions of the amendment, assessing them in the context of improving and increasing the role of this form of special procedure. Additionally, the analysis covered the proposed amendments to the parliamentary draft amendment to the Code of Conduct in Petty Offences, in which the changes to the fine procedure were also analyzed in terms of the application of existing solutions and the negative impact on the role of the fine procedure which would be caused by the adoption of the MP's draft amendment to this law.

Ewa Lewandowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8369-6290

e.lewandowska@uwm.edu.pl

Ochrona prawnoautorska oznaczenia towarów i usług, czyli o dylemacie rejestracji znaku towarowego

Wstęp

Współcześnie, gdy panuje duża konkurencyjność na rynku, powszechne stało się stosowanie różnorodnych oznaczeń na towarach i usługach¹. Nawet tzw. *handmade* zaopatrywane są w specjalne naszywki, np. „uszyła córka”. Oznaczenie służy przede wszystkim wskazaniu pochodzenia towaru (zwłaszcza wśród profesjonalistów – służy odróżnieniu pochodzenia towarów jednego przedsiębiorcy od drugiego). Poza tym oznaczenie towarów pełni wiele innych funkcji, np. wywołuje u odbiorcy skojarzenie danego towaru z daną marką, jest gwarantem określonych cech towarów, takich jak jakość czy właściwości użytkowe². Ponadto oznaczenie umieszczane na towarach może być wykorzystywane jako instrument komunikacji marketingowej, np. w reklamie³, wpływa na osiągnięcie przewagi konkurencyjnej, a także na wyniki finansowe⁴. W końcu oznaczenie towarów może stanowić składnik majątkowy przedsiębiorstwa, może być przedmiotem obrotu⁵, a przy tym pełnić funkcję inwesty-

¹ Dalej jako oznaczenia towarów.

² R. Skubisz, *Znaki towarowe – ewolucja przedmiotu ochrony prawnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 12, s. 17.

³ A. Andrzejewski, J. Ostrowska, M. Ślusarska-Gajek, *Znaki towarowe*, [w:] A. Kuźnicka, A. Laskowska, K. Szczepanowska-Kozłowska, J. Wilczyńska-Baraniak (red.), *Własność intelektualna. Wybrane zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2013, s. 89 i nast.

⁴ M. Hulicka, *Wybrane aspekty wyceny wartości prawa do znaku towarowego i jej ujmowania w księgach rachunkowych*, [w:] D. Kasprzycki (red.), *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Valowi*, 2015, Lex.

⁵ Jako prawo ochronne na znak towarowy jest zbywalne i podlega dziedziczeniu; gdy oznaczenie towarów stanowi utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i

cyjną⁶. Rola i specyfika stosowanych oznaczeń, a przy tym łatwość ich powielania, kopiowania, a nawet plagiowania przemawiają za przyznaniem tym odpowiedniej ochrony prawnej. Czynią temu zadość przepisy ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej⁷, przewidujące szczególną formę ochrony prawnej oznaczeń na towarach, tj. wskazując, że na znak towarowy (w rozumieniu art. 120 p.w.p.) może być udzielone prawo ochronne (art. 121 p.w.p.). Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej⁸ (choć można odnieść wrażenie, że także doktryna⁹) zaleca i promuje rejestrację znaków towarowych jako rozwiązanie zawsze korzystne.

Pokrótkie można wskazać, że ta szczególna forma ochrony prawnej przewidziana została wyłącznie dla znaków towarowych, których definicję legalną zawarł ustawodawca w art. 120 p.w.p. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu znakiem towarowym¹⁰ może być każde oznaczenie umożliwiające odróżnienie towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa oraz możliwe do przedstawienia w rejestrze znaków towarowych w sposób pozwalający na ustalenie jednoznacznego i dokładnego przedmiotu udzielonej ochrony (art. 120 ust. 1 p.w.p.)¹¹. Tytułem przykładu ustawodawca wymienia, że znakiem towarowym może być w szczególności wyraz, włącznie z nazwiskiem, rysunek, litera, cyfra, kolor, forma przestrzenna, w tym kształt towaru lub opakowania, a także dźwięk. Jeżeli przedsiębiorstwo posługuje się znakiem towarowym, czyli umieszcza wyróżniające oznaczenie na towarach swego

prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1062), dalej jako pr. aut., zbywalne są prawa autorskie majątkowe, np. możliwe jest udzielenie innemu podmiotowi prawa do korzystania z oznaczenia udzielając licencji.

⁶ A. Andrzejewski, J. Ostrowska, M. Ślusarska-Gajek, op. cit., s. 89 i nast.; S. Charkiewicz, A. Chmura, R. Chmura, E. Dobosz, M. Gędek, M. Kruk, A. Podgórska, *Znaki towarowe w działalności małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2008, s. 6, <https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/4391wynalazkiwinalazkiUPRPrp.pdf> (data dostępu: 23.05.2021).

⁷ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 324), dalej jako p.w.p.; definicja uwzględnia Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. (Dz. Urz. UE L 336, s. 1).

⁸ Dalej jako UPRP.

⁹ Np. D. Rzażewska, T. Gawliczek, A. Kupińska-Szczygielska, K. Tołwińska, *Własność intelektualna dla przedsiębiorcy*, Warszawa 2020, s. 14–15.

¹⁰ Szerzej na temat znaków towarowych: M. Kowalcuk-Kędzierska, *Nowa definicja znaku towarowego – nowelizacja polskiej ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 4, s. 134 i nast.; M. Ziolkowski, *Zmiany w zakresie wymogu przedstawialności znaku towarowego w dyrektywie 2015/2436*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 12, s. 10 i nast.

¹¹ Przywołane normatywne ujęcie znaku towarowego jest wynikiem wdrożenia definicji znaku towarowego wyrażonej w art. 3 dyrektywy 2015/2436, zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (wersja przekształcona) z dnia 16 grudnia 2015 r. (Dz. Urz. UE L Nr 336), Legalis, por. też art. 15–21 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz.U. UE L. z 1994 r., L 336.214 z późn. zm.).

przedsiębiorstwa¹², to może rozważać rejestrację znaku towarowego. Rejestracja, której efektem może być¹³ uzyskanie dla oznaczenia prawa ochronnego na znak towarowy, możliwa jest w UPRP w trybie krajowym, jak również w trybie regionalnym (np. przed Urzędem Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej – EUIPO) lub w trybie międzynarodowym (za pośrednictwem urzędu kraju pochodzenia przed Światową Organizacją Własności Intelektualnej – WIPO)¹⁴.

W opracowaniach zwraca się uwagę na charakter i treść prawa ochronnego jako bezwzględnej prawa podmiotowego o czasowej i terytorialnej skuteczności, na podstawie którego uprawniony uzyskuje monopol na posługiwanie się tym znakiem na towarach i usługach, dla których został on zastrzeżony¹⁵. Ważnym elementem rejestracji znaku towarowego jest świadectwo ochronne (art. 153 ust. 1² p.w.p.) stanowiące dokument potwierdzający udzielenie prawa konkretnemu podmiotowi¹⁶. Podkreśla się istotę prawa ochronnego na znak towarowy jako prawa wyłącznego używania¹⁷ znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej przez 10 lat z możliwością przedłużenia (art. 153 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 p.w.p.). W końcu przedstawia i analizuje się katalog roszczeń w przypadku naruszenia prawa ochronnego do znaku towarowego (por. art. 296 i nast. p.w.p.)¹⁸.

Rejestracja znaku towarowego nie jest obowiązkowa. Powstanie znaku towarowego następuje z momentem oznaczenia towarów lub usług i jest niezależne od procedury rejestracyjnej¹⁹. Oznaczenie towarów może także przynosić korzyści, na które zwrócono uwagę na początku, bez względu na reje-

¹² Wyróżniające oznaczenie, czyli takie, które posiada abstrakcyjną zdolność (w oderwaniu od konkretnego produktu) odróżniania towarów na podstawie ich pochodzenia – U. Promińska, [w:] E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011, s. 259; Ł. Żelechowski, *Zdolność odróżniająca znaku towarowego – przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego o Naczelnego Sądu Administracyjnego z lat 2000–2004*, „Glosa” 2005, nr 3, s. 74 i nast.

¹³ Por. art. 129¹ p.w.p. art. 132¹ p.w.p.

¹⁴ Szerzej: <https://uprp.gov.pl/pl/przedmioty-ochrony/znaki-towarowe> (data dostępu: 17.05.2021).

¹⁵ J. Kępiński, *Wzór przemysłowy i jego ochrona w prawie polskim i wspólnotowym*, Warszawa 2010, s. 300; H. Fedorowicz, *Komentarz do art. 121*, [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2021, Lex; U. Promińska, *Kilka uwag (w sprawie regulacji przeszkód rejestracji znaków towarowych w znowelizowanym prawie własności przemysłowej)*, [w:] J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (red.), *Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, Warszawa 2018, s. 569.

¹⁶ M. Witkowska, A. Michalak, *Komentarz do art. 121*, [w:] A. Michalak (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 364.

¹⁷ Co do używania znaku towarowego por. art. 154 p.w.p.

¹⁸ Szerzej: P. Podrecki, *Środki ochrony praw własności intelektualnej*, 2010, Lex.

¹⁹ J. Mordwiłko-Osajda, *Znak towarowy. Bezwzględne przeszkody rejestracji*, 2009, Lex. Tak też: wyrok NSA z 9 stycznia 2020 r., sygn. akt II FSK 286/18, Legalis nr 2394372; por. też M. Trzebiatowski, *Komentarz do art. 121*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2020, Legalis.

stracę znaku towarowego. Jako takie (niezarejestrowane) oznaczenie towarów również podlega ochronie prawnej, na co wyraża się w opracowaniach dotyczących ochrony prawnej oznaczeń towarów²⁰ nie zwraca się wystarczającej uwagi²¹. Rozważania z reguły koncentrują się na przepisach p.w.p. i ochronie wynikającej z rejestracji znaków towarowych, podczas gdy brakuje opracowań analizujących w sposób kompleksowy istniejące alternatywy ochrony oznaczeń towarów, czyli możliwości ochrony oznaczenia mimo braku jego rejestracji.

Wśród alternatyw dla ochrony oznaczenia towarów na podstawie jego rejestracji w literaturze przedmiotu nadmienia się o przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²², jak również o ochronie na podstawie prawa autorskiego²³ oraz przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny²⁴ (w tym regulacji dotyczącej dóbr osobistych oraz odpowiedzialności deliktowej²⁵). Rzadko nadmienia się o przewidzianej w art. 301 p.w.p. możliwości żądania przez uprawnionego do znaku towarowego powszechnie znanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej²⁶ zaprzestania używania znaku identycznego lub podobnego w odniesieniu do towarów identycznych lub podobnych, gdy używanie takie może wprowadzać odbiorców w błąd co do pochodzenia towaru, co także wyraża się alternatywą dla rejestracji.

W pracy dokonano analizy oznaczenia towarów, jego ochrony i korzyści z jego używania na podstawie przepisów prawa autorskiego w odniesieniu do modelu ochrony konstytuowanym na gruncie przepisów dotyczących rejestrowanych znaków towarowych. Przeprowadzone rozważania mają na celu ukazanie różnic mogących przemawiać za potrzebą rejestracji oznaczenia towarów w UPRP lub brakiem takiej potrzeby. Opracowanie jest istotne z teoretyczno-

²⁰ Zwłaszcza tych pochodzących od UPRP.

²¹ Por. M. Kępiński, *Prawo autorskie a ochrona znaków towarowych. Zagadnienia granic ochrony*, [w:] M. Kępiński, J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski (red.), *Granice prawa autorskiego*, Warszawa 2010, s. 155.

²² Ustawa z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1913).

²³ W szczególności pr. aut., ale również stosownych przepisów przewidzianych w p.w.p..

²⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 z późn. zm.).

²⁵ J. Mordwiłko-Osajda, op. cit.; M. Trzebiatowski, op. cit.; M. Andrzejewski, *Komentarz do art. 121*, [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2014, Legalis.

²⁶ Termin „znak towarowy powszechnie znany” nie jest definiowany w ustawie. Z wypowiedzi doktryny wynika, że obecnie o takiej kwalifikacji znaku decyduje długotrwałe używanie znaku i nakłady na jakość oznaczanych nim towarów są skutecznie zastępowane przez intensywną, wszechogarniającą reklamę prowadzoną przez mass media, dystrybucję międzynarodowych czasopism, nieograniczone podróże nabywców, wystawy oznaczonych towarów itp. E. Wojcieszko-Głuszko, *Ochrona prawna znaków towarowych powszechnie znanych w prawie polskim na tle prawnooporównawczym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1995, z. 65, s. 28; U. Promińska, *Polska regulacja znaków towarowych na tle unormowania unijnego – zagadnienia wybrane*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2014, z. 126, s. 109.

prawnego punktu widzenia, jak również może być pomocne przy podjęciu decyzji o rejestracji lub braku rejestracji. Pamiętając, że rejestracja wiąże się z określoną procedurą, a także kosztami, alternatywna ochrona oznaczenia może być odpowiednim rozwiązaniem dla części podmiotów.

Ochrona prawna oznaczenia towarów na podstawie pr. aut.

Oznaczenie towarów jako utwór w rozumieniu pr. aut.

Przedmiotem ochrony prawa autorskiego jest utwór, czyli każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (art. 1 ust 1 pr. aut.). O przesłankach utworu (działalność twórcza, indywidualna, ustalona) traktują liczne opracowania naukowe²⁷, komentarze²⁸ i orzeczenia²⁹. Ustawodawca wskazuje katalog otwarty wytworów, które mogą stanowić utwór (art. 1 ust. 2 pr. aut.). Jedynie kwalifikacja wytworu ludzkiej aktywności jako utworu implikuje jego ochronę na podstawie pr. aut. Zatem oznaczenie towarów, żeby podlegało ochronie prawnoautorskiej, musi spełniać przesłanki utworu³⁰, a mianowicie musi stanowić rezultat pracy człowieka, być przejawem działalności twórczej, mieć indywidualny charakter i być ustalony w dowolnej postaci.

Już na początku rozważań dotyczących ochrony oznaczeń towarów na podstawie prawa autorskiego³¹ powyższe stwierdzenie wywołuje pewien dość istotny problem. Podstawowym założeniem ochrony prawnej oznaczenia towa-

²⁷ Por. np. D. Flisak, *Pojęcie utworu w prawie autorskim – potrzeba głębszych zmian*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2006, nr 12, s. 32–36; J. Marcinkowska, J. Szwaja, *Regulaminy i instrukcje bankowe jako przedmiot prawa autorskiego*, „Prawo Spółek” 1999, nr 12, s. 20 i nast.; A. Tkacz, *Mem internetowy a definicja utworu w prawie autorskim. Próba analizy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2017, nr 2, s. 5–28; M. Szaciński, *Ustalenie utworu jako przesłanka ochrony praw autorskich*, „Palestra” 2013, nr 9–10, s. 162–164; J.A. Piszczek, *Przejaw działalności twórczej jako przesłanka uznania fotografii za utwór*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 20, s. 5–14.

²⁸ E. Laskowska-Litak, *Komentarz do art. 1*, [w:] R. Markiewicz (red.), *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 1, 2021, Lex; K. Grzybczyk, *Komentarz do art. 1*, [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 5–41; E. Ferenc-Szydełko, *Komentarz do art. 1*, [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 6–54.

²⁹ Wyrok SA w Łodzi z 22 marca 2018 r., sygn. akt I AGa 54/18, Lex nr 2684129; wyrok SA w Warszawie z 23 października 2015 r., sygn. akt I ACa 121/15, Lex nr 1950255; wyrok NSA z 23 stycznia 2020 r., sygn. akt II GSK 3661/17, Lex nr 2825510; wyrok SA we Wrocławiu z 27 września 2018 r., sygn. akt I ACa 617/18, Lex nr 2615232.

³⁰ Por. wyrok SN z 6 marca 2002 r., sygn. akt V CKN 830/00, Lex nr 564853.

³¹ W znaczeniu nie tylko ustawy pr. aut., ale także wybranych regulacji p.w.p.

rów na podstawie prawa autorskiego jest stwierdzenie, że owo oznaczenie stanowi utwór. Tymczasem podmiot posługujący się oznaczeniem, w związku z „elastyczną” definicją utworu, jak i otwartym katalogiem, raczej nie będzie miał pewności, czy owo oznaczenie stanowi utwór w rozumieniu pr. aut. Nie można domniemywać, że np. oznaczenie jest utworem, bo zostało sporządzone przez artystę czy zawodowego grafika³². Do czasu ewentualnego sporu nie ma w zasadzie możliwości dokonania takiego ustalenia ponad wszelką wątpliwość. Nawet np. opinia w przedmiocie kwalifikacji oznaczenia jako utworu wydana przez osobę posiadającą wiedzę i doświadczenie, oparta na treści przepisów pr. aut., jak i na znajomości orzecznictwa, wcale nie musi zostać podzielona przez sąd rozstrzygający.

Również próby poszukiwania zależności/relacji między utworem a znakiem towarowym nie są pomocne w ewentualnym rozstrzygnięciu, czy oznaczenie towarów jest utworem. Jak słusznie zauważa się w literaturze przedmiotu, utwory i znaki towarowe stanowią odmiennie, różniące się kategorie dóbr niematerialnych³³. Istotą utworu jest wysiłek intelektualny, przejawem którego jest działalność twórcza o indywidualnym charakterze, gdzie irrelevantny jest związek między utworem a grupą towarów, podczas gdy w przypadku znaku towarowego istota „nie polega na obecności wkładu intelektualnego (aktu twórczego) przy ich powstaniu, ale na sile skojarzeń które oznaczenia te wywołują w percepcji odbiorców”³⁴. Można w związku z tym zauważyć następujące prawidłowości³⁵. Po pierwsze, bez znaczenia dla zgłoszenia oznaczenia do rejestracji jako znaku towarowego jest to, czy oznaczenie spełnia przesłanki utworu. Wszczęcie procedury rejestracyjnej jest możliwe m.in. wtedy, gdy oznaczenie towarów ma charakter odróżniający oraz może być przedstawione w rejestrze znaków towarowych (art. 120 p.w.p.). Brak spełnienia przez oznaczenie towarów przesłanek utworu nie determinuje o tym, że procedura rejestracyjna zakończy się niepowodzeniem. Po drugie, nawet jeśli oznaczenie spełnia przesłanki utworu (podlega ochronie prawnoautorskiej), UPRP nie udzieli prawa ochronnego na znak towarowy m.in. wtedy, gdy oznaczenie towarów nie będzie miało charakteru odróżniającego/nie będzie mogło być przedstawione w rejestrze znaków towarowych. Po trzecie, dana forma oznaczenia towarów może jednocześnie stanowić utwór i znak towarowy (znak towarowy może być wynikiem twórczości), przy czym utwór powstaje autonomicznie (w oderwaniu od towaru), zaś w rezultacie wykreowania związku między utwo-

³² Tak też: M. Kępiński, *Prawo autorskie a ochrona...*, s. 158.

³³ Ł. Żelechowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 359/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011, nr 5, s. 408; J. Błęzyńska-Wysocka, *Korzystanie ze znaku towarowego jako odrębne pole eksploatacji utworu*, „Acta Iuris Stetinensis” 2017, nr 2(18), s. 31.

³⁴ Zamiast wielu: Ł. Żelechowski, *Glosa do wyroku SN...*, s. 408.

³⁵ Por. J. Kępiński, *Czy znak towarowy może być utworem?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015 nr 2, s. 182 i nast.

rem a towarem możliwe staje się powstanie znaku towarowego³⁶. Gdy oznaczenie spełnia przesłanki utworu to wykorzystanie go jako znaku towarowego ma charakter następczy³⁷. Wówczas zachodzi kumulacja ochrony prawnoautorskiej i ochrony wynikającej z rejestracji znaku towarowego³⁸.

W tym miejscu widoczna staje się wyraźna przewaga wynikająca z rejestracji oznaczenia towarów, w przypadku których, jak wskazano, uprawniony uzyskuje świadectwo ochronne wydawane przez UPRP stanowiące dowód na przysługiwanie prawa. Podczas gdy w przypadku dochodzenia ochrony prawnej na podstawie prawa autorskiego, np. na drodze sądowej, to na podmiocie opierającym ochronę prawną oznaczenia towarów spoczywa ciężar wykazania, że te są utworem w rozumieniu pr. aut., jak również że dochodzącemu ochrony przysługują prawa autorskie. W związku z tym, zdaniem niektórych autorów, nie tylko trudniejsze, ale i bardziej kosztowne może okazać się dochodzenie ochrony niezarejestrowanego znaku towarowego³⁹. Już na tym etapie nie ulega wątpliwości, że rejestracja oznaczenia daje prawną gwarancję ochrony, zaś poleganie przy dochodzeniu ewentualnej ochrony na prawie autorskim wiąże się z określonym ryzykiem, którego oszacowanie leży w gestii podmiotu zainteresowanego ochroną oznaczeń towarów.

Uzyskanie ochrony prawnoautorskiej

Kwalifikacja wytworu ludzkiej aktywności jako utworu implikuje jego ochronę na gruncie pr. aut. Ochrona prawem autorskim obowiązuje już w momencie tworzenia oryginalnego utworu i przysługuje twórcy z chwilą utrwalenia utworu, bez konieczności spełniania jakichkolwiek dodatkowych wymogów formalnych. Nie ma obowiązku rejestracji, zgłoszenia, wnoszenia opłat związanych z ochroną praw autorskich. Utwór nie musi mieć żadnego zabezpieczenia w postaci np. znaku wodnego, ostrzeżenia, innej formy ochrony, np. cyfrowej.

Jeśli oznaczenie towarów spełnia przesłanki utworu, podlega ochronie prawnoautorskiej. Należy dostrzec, że na tym etapie w porównaniu z uzyskaniem ochrony w UPRP jest to nie tylko opcja ochrony oznaczenia towarów pozbawiona wszelkich formalności, ale jednocześnie nie wiąże się z dodatkowymi kosztami. Warto nadmienić, że za zgłoszenie znaku towarowego do rejestracji w UPRP należy uiścić opłatę. Wysokość takiej opłaty zależna jest od ilości klas, dla których znak jest rejestrowany. W praktyce zachodzi zatem

³⁶ Zamiast wielu: Ł. Żelechowski, *Glosa do wyroku SN...*, s. 408.

³⁷ J. Błęzyńska-Wysocka, *Użycie utworu w znaku towarowym jako pole eksploatacji*, „Przełąd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 2, s. 14.

³⁸ Eadem, *Korzystanie ze znaku towarowego jako odrębne pole eksploatacji utworu*, „Acta Iuris Stetinensis” 2017, nr 2(18), s. 31–32.

³⁹ S. Charkiewicz, A. Chmura, R. Chmura, E. Dobosz, M. Gędek, M. Kruk, A. Podgórska, op. cit.

potrzeba konkretyzacji klas, np. według klasyfikacji nicejskiej (<http://euipo.europa.eu/ec2/>), co wiąże się z koniecznością określenia konkretnego kierunku aktywności zgłaszającego oznaczenie do rejestru, tzn. do jakich towarów oznaczenie ma się odnosić. W tym celu często niezbędne jest zasięgnięcie opinii rzecznika patentowego, która zapewne wiąże się ze stosowną odpłatą.

Zakres ochrony prawnoautorskiej

Autorskie prawa osobiste i autorskie prawa majątkowe

Do utworu (w rozumieniu art 1 pr. aut.) twórcy mogą przysługiwać prawa autorskie osobiste (art. 16 pr. aut.) i prawa autorskie majątkowe (art. 17 pr. aut.). Prawa autorskie osobiste przysługują i będą przysługiwały (są niezbywalne) twórcy – osobie fizycznej. Sprowadzają się m.in. do obowiązku wskazania twórcy (imienia, nazwiska, pseudonimu), czyli cytowania. Praw tych nie należy marginalizować, w przypadku ich naruszenia mogą bowiem stanowić podstawę dochodzenia roszczeń (por. art. 78 pr. aut.), jak również przeszkodę rejestracji znaku towarowego (art. 132¹ p.w.p.). Na podstawie wcześniejszych rozważań dotyczących relacji utworu do znaku towarowego można wskazać, że w odniesieniu do znaku towarowego nie uwzględnia się w jakiś szczególny sposób twórcy i jego praw. Zakładając, że oznaczenie towarów nie spełnia przesłanek utworu, jego wykonawcy nie przysługują żadne uprawnienia z tytułu „autorstwa” oznaczenia towarów (np. poza regulacjami umownymi) zarejestrowanego jako znak towarowy. Jeśli znak towarowy jest utworem, to podmiot zgłaszający znak towarowy do rejestracji, jeśli sam nie jest jego twórcą, powinien dysponować stosownymi uprawnieniami w zakresie autorskich praw osobistych, np. co do nieujawnienia nazwiska twórcy. Chociaż autorskie prawa osobiste są niezbywalne, przyjmuje się, że takie regulacje w umowie są dopuszczalne (autorskie prawa osobiste mogą być przedmiotem umowy w zakresie ich wykonywania⁴⁰).

Z kolei prawa autorskie majątkowe są zbywalne, mogą więc przysługiwać podmiotowi innemu niż twórca. Ustawodawca nie wprowadza ograniczeń co do kręgu podmiotowego, który może nabyć autorskie prawa majątkowe. Takich wypowiedzi nie ma również w literaturze przedmiotu. W tym kontekście jawi się jako istotne zwrócenie uwagi na status prawny podmiotów, które mogą być uprawnionym do zgłoszenia znaku towarowego do rejestracji w UPRP. Z uwagi na zaproponowany tytuł publikacji, to właśnie te podmioty przede wszystkim będą rozważały potrzebę rejestracji znaku towarowego. Ustawodawca nie kreuje wprost kręgu podmiotów uprawnionych do zgłoszenia znaku

⁴⁰ Szerzej: M. Wyrwiński, *Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym*, Warszawa 2019, s. 295 i nast.

towarowego (brak normatywnej definicji)⁴¹. Wobec tego ustalenia należy dokonać na podstawie całokształtu przepisów p.w.p., uwzględniając przy tym funkcje jakie znak towarowy pełni w obrocie⁴². Przekonujące jest stanowisko, zgodnie z którym poza wyjątkami uregulowanymi w p.w.p. prawo ochronne na znak towarowy może zostać udzielone na rzecz każdego podmiotu prawa cywilnego⁴³, a nie tylko przedsiębiorcy⁴⁴. Potwierdzają to skuteczne zgłoszenia dokonane przez np. spółkę cywilną⁴⁵, wspólnotę mieszkaniową⁴⁶, powiat⁴⁷ czy stowarzyszenie⁴⁸. Zatem ochrony oznaczenia towarów na podstawie prawa autorskiego czy po uzyskaniu prawa ochronnego w następstwie rejestracji może dochodzić każdy podmiot, bez ograniczeń, nawet gdy nie jest przedsiębiorcą.

Wracając do zagadnienia zakresu ochrony prawnoautorskiej oznaczeń towarów, należy zwrócić uwagę na komponenty autorskich praw majątkowych. Zgodnie z przepisem art. 17 pr. aut., twórcy – jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (por. art. 23 i nast. pr. aut.) – przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu (art. 17 pr. aut.). W przypadku innej niż twórca osoby zakres korzystania z utworu określa odpowiednia umowa (umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe lub umowa licencyjna, art. 41

⁴¹ Por. także rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie dokonywania i rozpatrywania zgłoszeń znaków towarowych (Dz.U. z 2016 r., poz. 2053).

⁴² W. Gierszewski, *Skarb Państwa jako uprawniony do prawa ochronnego na znak towarowy*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 7, s. 24–25.

⁴³ Ł. Żelechowski, [w:] P. Kostański, Ł. Żelechowski (red.), *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2020, s. 366; por. M. Trzebiatowski, [w:] R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 14B, Warszawa 2017, s. 566, 570 i nast.

⁴⁴ Poglębione rozważania w tym temacie przeprowadziła Urszula Promińska, której zdaniem uprawnionym do znaku towarowego powinien być, co do zasady, przedsiębiorca. Zajęte stanowisko autorka uzasadnia tym, że nabyciem prawa ochronnego na znak towarowy są zainteresowane osoby, które są lub zamierzają być aktywnymi uczestnikami rynku. Szerzej: U. Promińska, *Polska regulacja znaków...*, s. 102 i nast. Postawiona przez U. Promińską teza, wobec skuteczności dokonanych zgłoszeń przez podmioty inne niż przedsiębiorca, jest dyskusyjna.

⁴⁵ Spółka cywilna jest umową regulowaną w art. 860 i nast. k.c., nie jest przedsiębiorcą; poszczególni wspólnicy spółki cywilnej mogą być przedsiębiorcą, jeśli prowadzą działalność gospodarczą; numer zgłoszenia: Z.366349, zgłaszający: Ośrodek Szkolenia Kierowców SPEED Spółka Cywilna Krzysztof Skubek, Przemysław Pokład, Sulechów, PL, <https://ewyszukiwarka.pue.UPRPrp.gov.pl/search/pwp-details/Z.366349> (data dostępu: 17.05.2021).

⁴⁶ Status wspólnoty mieszkaniowej jest dyskusyjny; numer zgłoszenia: Z.396363, zgłaszający: Wspólnota Mieszkaniowa POLONIA, Kołobrzeg, PL, <https://ewyszukiwarka.pue.UPRPrp.gov.pl/search/pwp-details/Z.396361> (data dostępu: 17.05.2021).

⁴⁷ Co do zasady podobnie w odniesieniu do gminy i województwa; numer zgłoszenia: Z. 408013, zgłaszający: Powiat Poznański, Poznań, PL, <https://ewyszukiwarka.pue.UPRPrp.gov.pl/search/pwp-details/Z.408013>.

⁴⁸ Stowarzyszenie nie jest przedsiębiorcą, gdy nie prowadzi działalności gospodarczej; ta prawidłowość jest również właściwa dla fundacji; numer zgłoszenia: Z.447826, zgłaszający: Stowarzyszenie MONAR, Warszawa, PL, <https://ewyszukiwarka.pue.UPRPrp.gov.pl/search/pwp-details/Z.447826> (data dostępu: 17.05.2021).

ust. 2 pr. aut.). W tej sytuacji zakres korzystania jest z reguły węższy, ponieważ w umowie należy dookreślić pola eksploatacji (art. 41 ust. 2 pr. aut.)⁴⁹, co do których osoba nabywa uprawnienia z tytułu autorskich praw majątkowych, z tym zastrzeżeniem, że umowa nie może obejmować pól eksploatacji, które nie są znane w chwili jej zawarcia (por. art. 41 ust. 4 pr. aut.). Mimo tego można sądzić, że z reguły uzyskany w drodze umowy zakres korzystania z utworu nie ogranicza się do jednego pola eksploatacji⁵⁰, lecz obejmuje również inne pola eksploatacji (por. art. 50 pr. aut.), co stanowiłoby najdogodniejszą treść umowy dla nabywcy praw autorskich⁵¹. Przyjęcie takiego rozwiązania powoduje, że rzeczywiście zakres korzystania, a w konsekwencji zasięg ochrony wynikającej z tytułu autorskich praw majątkowych są szersze niż uzyskane w następstwie rejestracji znaku towarowego. Słuszności tego twierdzenia dowodzi fakt, że wyłączość płynąca z tytułu prawa autorskiego obejmuje wszelkie formy korzystania z chronionego oznaczenia towarów, a nie jak w przypadku znaku towarowego jedynie w zakresie jego używania w związku z wprowadzaniem towarów (i usług) do obrotu (por. art. 153 i 154 p.w.p.), do tego w zakresie wskazanych towarów, dla których znak jest przeznaczony (art. 138 ust. 1 p.w.p.). Oczywiście, jeżeli podmiot używający oznaczenia towarów jest jednocześnie uprawnionym z tytułu praw autorskich i uzyskał prawo ochronne na znak towarowy, to swoje uprawnienia w zakresie korzystania i ochrony może realizować zarówno na podstawie pr. aut., jak i p.w.p. W efekcie rejestracji znaku towarowego podmiot nie zyskuje w zakresie korzystania z oznaczenia, a w konsekwencji także ochrony, więcej ponad to, co mu przysługuje na podstawie pr. aut. (z tym zawsze zastrzeżeniem, że oznaczenie towarów spełnia przesłanki utworu). Może to być argument przemawiający za rezygnacją z rejestracji znaku towarowego.

Warto nadmienić, że z cechy zbywalności autorskich praw majątkowych wynika jeszcze co najmniej jeden istotny element korzystny w świetle ewentualnego wyboru tej formy ochrony. Charakteryzując oznaczenia towarów i wskazując korzyści płynące z ich rejestracji, zwraca się uwagę, że w zakresie używania znaku towarowego z wyłączeniem innych osób mieszczą się uprawnienia do udzielania dalszego zezwolenia na korzystanie ze znaku towarowe-

⁴⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Obowiązek wymienienia pól eksploatacji w umowie licencyjnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2007, z. 100, p. 15–27; B. Giesen, *Obowiązek wyraźnego wymienienia pól eksploatacji w umowach upoważniających do korzystania z autorskich praw majątkowych*, [w:] A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc (red.), *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Warszawa 2013, p. 327.

⁵⁰ Dyskusyjne jest, czy korzystanie z utworu w charakterze znaku towarowego stanowi odrębne pole eksploatacji, czy obejmuje szereg pól eksploatacji, niedających się ująć w jedną ogólną formułę, por. J. Bleszyńska-Wysocka, *Użycie utworu...*, s. 15–17; M. Kępiński, *Prawo autorskie a ochrona...*, s. 163 i nast.

⁵¹ Szerzej co do postanowień umowy z autorem a nabywcą autorskich praw majątkowych do znaku towarowego: M. Kępiński, *Prawo autorskie a ochrona...*, s. 163 i nast.

go, np. możliwe jest udzielanie innym podmiotom licencji, a nawet sprzedaż znaku⁵². Trzeba podkreślić, że autorskie prawa majątkowe również mogą stanowić przedmiot obrotu. Zatem ochrona prawnoautorska jako alternatywa dla rejestracji znaku towarowego w tym zakresie zdaje się nie odstawać od korzyści jakie niesie rejestracja. Aczkolwiek nie trudno sobie wyobrazić, że zarejestrowany znak towarowy będzie w obrocie traktowany jako bardziej prestiżowy, co zresztą ma związek z faktem zachęcania do rejestracji oznaczeń towarów m.in. przez UPRP.

Roszczenia

W kontekście rozstrzyganego zagadnienia trzeba zwrócić uwagę na przewidziane w przepisach pr. aut. roszczenia przysługujące uprawnionemu w razie naruszenia autorskich praw osobistych (art. 78 pr. aut.) oraz autorskich praw majątkowych (art. 79 pr. aut.), w tym jak te mają się do roszczeń dotyczących znaków towarowych (art. 286 p.w.p., art. 296 i nast. p.w.p.). Przywołane przepisy pr. aut. przewidują przede wszystkim roszczenie o zaniechanie naruszania⁵³, roszczenie o usunięcie skutków naruszenia, jak również w razie naruszenia autorskich praw osobistych, jeżeli naruszenie było zawinione przyznanie twórcy odpowiedniej sumy pieniężnej tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub na żądanie twórcy – zobowiązanie sprawcy, aby uścił odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez twórcę cel społeczny, zaś w razie naruszenia autorskich praw majątkowych – roszczenie o naprawienie wyrządzonej szkody: a) na zasadach ogólnych albo b) poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej dwukrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu; c) wydania uzyskanych korzyści.

Z kolei przepisy p.w.p. przewidują przede wszystkim roszczenie o zaniechanie naruszenia, roszczenie o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści, roszczenie o naprawienia szkody (na zasadach ogólnych albo poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej opłacie licencyjnej albo innego stosownego wynagrodzenia, które w chwili ich dochodzenia byłyby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie ze znaku towarowego), a także roszczeni o zapłatę stosownej sumy pieniężnej na rzecz uprawnionego (art. 296 ust. 1 p.w.p.), a także roszczenie o podaniu do publicznej wiadomości części albo całości orzeczenia lub informacji o orzeczeniu, w sposób i w zakresie określonym przez sąd oraz w przypadku, gdy naruszenie jest

⁵² J. Błęszyńska-Wysocka, *Użycie utworu...*, s. 16.

⁵³ Z żądaniem zaniechania działania może wystąpić również twórca, którego autorskie prawa osobiste zostały zagrożone cudzym działaniem.

niezawinione, zapłatę stosownej sumy pieniężnej na rzecz uprawnionego, jeżeli zaniechanie naruszania lub orzeczenie, o którym mowa w art. 286, byłyby dla osoby naruszającej niewspółmiernie dotkliwe, a zapłata stosownej sumy pieniężnej należycie uwzględnia interesy uprawnionego (art. 296 ust. 1¹ w zw. z 287 ust. 2 i ust. 3 p.w.p.)⁵⁴. W literaturze zwraca się uwagę, że przepisy p.w.p. nie przewidują roszczenia o usunięcie skutków naruszeń. Rozwiązanie to ocenia się krytycznie, chociaż dostrzega się, że inne, lecz również zmierzające do usunięcia skutków naruszeń środki przewiduje art. 286 p.w.p.⁵⁵. Przywołany przepis „nie daje pełnej rekompensaty w związku z pominięciem roszczenia o usunięcie skutków naruszenia”⁵⁶.

Pożądana wydaje się szczegółowa analiza i porównanie powyższych roszczeń regulowanych w pr. aut. oraz w p.w.p., dokonana zwłaszcza w oparciu o orzecznictwo, ale też teoretyczne rozważania, co może stanowić przedmiot oddzielnego, obszernego opracowania. W tym miejscu, dokonując powierzchownej oceny, można wysnuć wniosek, że w następstwie rejestracji znaku towarowego podmiot uprawniony nie uzyskuje szczególnych kompetencji w zakresie przysługujących mu roszczeń. Przepisy p.w.p. są co prawda rozbudowane, w tym znaczeniu, że traktują w sposób kazuistyczny pewne sytuacje (por. np. art. 296 ust. 1² p.w.p.), jednak co do zasady nie przyznają odmiennych niż wynikające z pr. aut. roszczeń. Można więc sądzić, że jeżeli oznaczenie towarów spełnia przesłanki utworu, jest wystarczająco chronione na podstawie pr. aut.

Czas ochrony

Autorskie prawa osobiste są nieograniczone w czasie⁵⁷, zaś autorskie prawa majątkowe wygasają, co do zasady, z upływem lat siedemdziesięciu od dnia śmierci twórcy (osoby fizycznej), a w przypadku utworów współautorskich – od śmierci ostatniego ze współtwórców (art. 36 pr. aut.). W przypadku autorskich praw majątkowych należy stwierdzić, że po upływie tego okresu uprawniony nie będzie mógł sprzeciwić się korzystaniu z utworu przez innych uczestników obrotu cywilnoprawnego. Tymczasem w wyniku rejestracji podmiot zgłaszający uzyskuje ochronę znaku towarowego na okres 10 lat od chwili zgłoszenia, przy czym ochrona może być przedłużana bez ograniczeń (w nieskończoność),

⁵⁴ Szerzej: J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, *Komentarz do art. 296*, [w:] M. Kondrat (red.), op. cit.

⁵⁵ U. Promińska, [w:] *Prawo własności przemysłowej...*, s. 370–371; P. Podrecki, *Komentarz do art. 296*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), op. cit.

⁵⁶ Podrecki P., *Komentarz do art. 296...*

⁵⁷ Szerzej: E. Lewandowska, *Zadośćuczynienie za naruszenie autorskich praw osobistych po śmierci twórcy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46, s. 216–217.

jeśli spełnione będą warunki udzielenia prawa ochronnego na dalsze okresy 10-letnie (art. 153 ust. 2 i ust. 3 p.w.p.).

Powyższe może zachęcać do wstrzymania się ze zgłoszeniem znaku towarowego do rejestracji. Przede wszystkim ochrona prawnoautorska obejmuje dość długi czasookres, a przy tym jest odformalizowana i nieodpłatna. W okolicznościach odsunięcia w czasie decyzji o rejestracji oznaczenia towarów, warto pamiętać o tym, że posłużenie się znakiem towarowym może być sposobem na wydłużenie ochrony poza czas trwania autorskich praw majątkowych⁵⁸. Wówczas należy odpowiednio wcześniej (przed wygaśnięciem autorskich praw majątkowych) podjąć stosowne działania celem rejestracji znaku towarowego.

Prawa autorskie jako podstawa sprzeciwu oraz unieważnienia

Na podjęcie decyzji o oparciu ochrony oznaczenia towarów na podstawie prawa autorskiego mogą mieć wpływ także regulacje p.w.p., które przewidują możliwość wniesienia sprzeciwu wobec zgłoszenia znaku towarowego (art. 152¹⁷ p.w.p.) oraz unieważnienie na wniosek prawa ochronnego na znak towarowy (art. 164 p.w.p.).

Prawa osobiste lub majątkowe osób trzecich stanowią względną przeszkodę rejestracji znaków towarowych (art. 132¹ ust. 1 pkt 1 p.w.p.). W drodze wykładni nie budzi wątpliwości, że w tym zakresie mieszczą się także autorskie prawa osobiste, jak i autorskie prawa majątkowe przysługujące uprawnionemu do oznaczenia towarów, zakładając, że oznaczenie towarów stanowi utwór w rozumieniu pr. aut. (np. rysunek, grafikę)⁵⁹. Niestety, w aktualnym stanie prawnym prawa osobiste lub majątkowe nie podlegają prewencyjnej ochronie prowadzonej przez UPRP⁶⁰. Innymi słowy, stosowne postępowanie, w którym bada się ewentualną kolizję zgłoszonego znaku towarowego, nie jest wszczynane przez UPRP z urzędu, lecz tylko w następstwie wniesienia sprzeciwu przez podmiot uprawniony do wcześniejszego znaku towarowego, uprawniony z wcześniejszego prawa osobistego lub majątkowego, a także osoba uprawniona do wykonywania praw wynikających z chronionej nazwy pochodzenia lub chronionego oznaczenia geograficznego. Jako przyczynę takiej regulacji podaje się, że UPRP z reguły nie dysponuje wystarczającą wiedzą o istnieniu przeszkód z art. 132¹ ust. 1 pkt 1 p.w.p.⁶¹. Przenosząc powyższe na grunt praw autorskich, podmiot uprawniony, czy to z autorskich praw osobistych, czy

⁵⁸ M. Kępiński, *Prawo autorskie a ochrona...*, s. 161.

⁵⁹ Por. np. M. Mazurek, R. Skubisz, [w:] R. Skubisz (red.), op. cit., s. 826; H. Fedorowicz, *Komentarz do art. 132¹*, [w:] M. Kondrat (red.), op. cit.

⁶⁰ M. Trzebiatowski, *Komentarz do art. 132¹*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), op. cit.

⁶¹ M. Mazurek, R. Skubisz, op. cit., s. 822.

z autorskich praw majątkowych, jeśli chce przeciwstawić się rejestracji znaku towarowego na rzecz innego podmiotu, może z własnej inicjatywy wnieść sprzeciw.

Postępowanie sprzeciwowe jest szczegółowo uregulowane w przepisach art. 152¹⁷–152²³ p.w.p.⁶² Co istotne, ta forma uniemożliwienia rejestracji znaku towarowego przez inny podmiot wiąże się z koniecznością aktywnego śledzenia ogłoszeń w Biuletynie Urzędu Patentowego o zgłoszeniu znaku towarowego (a w związku z tym także z kosztami), ponieważ wniesienie stosownego sprzeciwu jest ograniczone terminem, który nie podlega przywróceniu (art. 152^{6a} oraz art. 152¹⁷ w zw. z art. 132¹ ust. 1 pkt 1 p.w.p.). Co więcej, w postępowaniu sprzeciwowym to uprawniony z praw autorskich będzie obowiązany wykazać posiadanie prawa, na podstawie którego wnosi sprzeciw. Wskazuje się, że w przypadku powoływania się na prawa autorskie UPRP zobowiązuje stronę kwestionującą znak towarowy do wystąpienia w wyznaczonym terminie z pozwem, a następnie wykazania danego prawa na podstawie prawomocnego orzeczenia⁶³. Jest to przede wszystkim spowodowane potrzebą ustalenia, czy oznaczenie spełnia przesłanki utworu. Można zgodzić się z tezą, że system sprzeciwowy sprzyja silnym podmiotom, które nie zważają na koszty⁶⁴, tak postępowania sprzeciwowego, jak i związane z monitorowaniem ogłoszeń w Biuletynie Urzędu Patentowego.

Jak zasygnalizowano, uprawniony, któremu przysługują prawa autorskie (majątkowe lub osobiste) do utworu, może także – w razie skutecznego już zarejestrowania znaku towarowego przez inny podmiot – wnioskować o unieważnienie udzielonego temu podmiotowi prawa ochronnego (art. 164 i nast. p.w.p.). Również w tym przypadku brak podjęcia stosownych działań przez podmiot zainteresowany unieważnieniem znaku towarowego prowadzi do utraty prawa żądania unieważnienia prawa ochronnego. Zgodnie z art. 165 ust. 1 pkt 1 p.w.p. z wnioskiem o unieważnienie prawa ochronnego nie można wystąpić, jeżeli przez okres pięciu kolejnych lat używania zarejestrowanego znaku wnioskodawca, będąc świadomym jego używania, nie sprzeciwiał się temu (art. 165 ust. 1 pkt 1 p.w.p.). Może budzić wątpliwości użyte przez ustawodawcę odniesienie do „świadomości używania”. Jako przesłanka niedookreślona ma charakter uznaniowy, przy czym w przypadku podmiotów gospodarczych sugeruje się przyjąć domniemanie świadomości używania takiego znaku⁶⁵. Wydaje się zatem, że zainteresowany ochroną na podstawie prawa autorskie-

⁶² Szerzej o postępowaniu sprzeciwowym: M. Rutkowska-Sowa, *Uzyskanie oraz utrzymanie w mocy prawa ochronnego na znak towarowy (zagadnienia wybrane)*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 23, s. 1259 i nast.

⁶³ M. Trzebiatowski, *Komentarz do art. 132¹...*

⁶⁴ K. Sztobryn, *(Nie tylko) krytyczne spojrzenie na nowe przepisy ustawy o prawo własności przemysłowej dotyczące sprzeciwu wobec zgłoszenia znaku towarowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 8, s. 30.

⁶⁵ M. Kondrat, *Komentarz do art. 165*, [w:] M. Kondrat (red.), op. cit.

go chcąc skutecznie chronić swoje oznaczenie towarów, powinien kontrolować bazę znaków towarowym, celem ustalenia, czy przypadkiem inny podmiot nie narusza jego praw. Warto ponadto zauważyć, że jeżeli uprawniony z tytułu praw autorskich występował wcześniej ze sprzeciwem, który został prawomocnie oddalony, to wniosku o unieważnienie nie może opierać na tych samym prawach i na tych samym podstawach prawnych (art. 165 ust. 1 pkt 4 p.w.p.)⁶⁶.

Chociaż uprawniony z tytułu praw autorskich ma podstawy do tego, aby sprzeciwić się zgłoszeniu znaku towarowego przez inny podmiot, jak również na wypadek jego rejestracji wnosić o unieważnienie, to skuteczność tych działań zależy od wielu czynników. Przede wszystkim, na co zwrócono uwagę na samym początku, podmiot dochodzący ochrony oznaczenia towarów na podstawie prawa autorskiego będzie musiał wykazać, że owo oznaczenie stanowi utwór w rozumieniu pr. aut. Ponadto w jego gestii leży monitorowanie ogłoszeń w Biuletynie Urzędu Patentowego oraz bazy znaków towarowych. Z tego względu opieranie ochrony na prawie autorskim nie daje pewności, często jest kosztowne i czasochłonne. Aczkolwiek, biorąc pod uwagę, że również rejestracja znaku towarowego, której celem jest m.in. uniemożliwienie innym podmiotom skutecznej rejestracji tego samego znaku towarowego w zakresie tych samych klas, nie chroni całkowicie i zupełnie przed możliwością wkraczania przez inne podmioty w sferę prawa ochronnego (np. posługiwania się takim lub podobnym oznaczeniem). Jednakowoż, w celu realnej ochrony, niezbędna jest ciągła kontrola przez właściciela znaku towarowego, czy inny podmiot nie narusza prawa ochronnego na znak towarowy.

Podsumowanie

W konkluzji należy podkreślić, że ani ochrona prawnoautorska, ani ewentualna rejestracja znaku towarowego nie chronią całkowicie i zupełnie przed możliwością naruszania oznaczenia towarów przez osoby trzecie. Wysoce prawdopodobne jest, że oznaczenie towarów może być dostatecznie chronione przez zapisy ustawy pr. aut.

Uprawniony, podejmując decyzję o rejestracji lub jej braku, powinien przede wszystkim uwzględnić to, że w przypadku dochodzenia ochrony prawnoautorskiej na uprawnionym spoczywa ciężar wykazania, że oznaczenie towarów jest utworem w rozumieniu pr. aut. oraz że to jemu przysługują prawa autorskie. Jak zauważono, pod tym względem – w porównaniu z ochroną zarejestrowanego znaku towarowego – dochodzenie ochrony oznaczeń towarów niezarejestrowanych wiąże się z ryzykiem, ponieważ w pr. aut. ustawodawca nie przewiduje wydania dokumentu na wzór świadectwa ochronnego wydawanego przez

⁶⁶ K. Sztobryn, op. cit., s. 31.

UPRP potwierdzającego, że konkretne oznaczenie towarów stanowi przedmiot prawa autorskiego (utwór) i jako takie podlega ochronie. Ta prawidłowość przekłada się nie tylko na trudności dowodowe, ale również może przedłużać postępowanie i zwiększać jego koszty. Tę swoistą niedogodność mogą rekompensować inne „właściwości” ochrony prawnoautorskiej, jak np. brak formalności i kosztów z nich wynikających, które występują w przypadku zgłoszenia znaku do rejestracji w UPRP.

Pozostałe omawiane w pracy aspekty ochrony oznaczenia towarów jako utworu a jego ochrony jako zarejestrowanego znaku towarowego mogą stanowić argumenty za brakiem potrzeby rejestracji znaku towarowego. Wśród tych należy wymienić 1) wyłączość, jaką przyznaje ustawodawca na podstawie pr. aut. obejmuje wszelkie formy korzystania z chronionego oznaczenia towarów, a nie jak w przypadku znaku towarowego jedynie w zakresie jego używania w związku z wprowadzaniem wskazanych towarów (i usług) do obrotu; 2) autorskie prawa majątkowe są zbywalne, mogą więc stanowić przedmiot obrotu, a zatem tak jak w przypadku znaku towarowego, podmiot uprawniony może udzielić innym licencji na korzystanie z oznaczenia towarów; 3) przepisy p.w.p., co do zasady, nie przyznają roszczeń odmiennych niż wynikające z pr. aut., zatem w następstwie rejestracji znaku towarowego podmiot nie uzyskuje szczególnych kompetencji w zakresie przysługujących mu roszczeń; 4) długi czas przysługiwania ochrony (w przypadku autorskich praw osobistych ochrona jest nieograniczona w czasie, zaś w przypadku autorskich praw majątkowych wynosi co do zasady 70 lat), jak i jej odpłatność; 5) zarówno uprawniony do wcześniejszego znaku towarowego, jak i uprawniony z wcześniejszego autorskiego prawa osobistego lub majątkowego może wnieść sprzeciw wobec zgłoszenia znaku towarowego – w obu przypadkach realizacja tego uprawnienia wiąże się z koniecznością monitorowania ogłoszeń w Biuletynie Urzędu Patentowego; 6) zarówno w przypadku kolizji z wcześniejszym znakiem bądź naruszeniem autorskich praw osobistych lub majątkowych, uprawniony może wystąpić z wnioskiem o unieważnienie prawa ochronnego; w obu przypadkach realizacja tego uprawnienia wiąże się z koniecznością monitorowania bazy znaków towarowych, celem ustalenia, czy przypadkiem inny podmiot nie narusza jego praw.

Na podstawie przeprowadzonej analizy można stanąć na stanowisku, że *de lege ferenda* nie zachodzi potrzeba zmiany obowiązującego stanu prawnego. Aktualne rozwiązania prawne pozostawiają podmiotom zainteresowanym wybór metody ochrony oznaczenia towarów według ich preferencji, w tym skłonności do ryzyka. Bezpieczniejszym zachowaniem na pewno jest rejestracja oznaczenia towarów. Stąd zaleca się takie działanie. Autorka niniejszego artykułu uważa jednak, że brak rejestracji i dochodzenie ewentualnej ochrony na podstawie przepisów pr. aut. nie jest z góry skazane na niepowodzenie. Największą trudność/problem stanowi wykazanie, że oznaczenie towarów sta-

nowi utwór. Wobec dorobku literatury i obszernego orzecznictwa dotyczących utworów obecnie można z dużym prawdopodobieństwem skutecznie ocenić, czy dane oznaczenie towarów spełnia przesłanki utworu.

Wykaz literatury

- Andrzejewski A., Ostrowska J., Ślusarska-Gajek M., *Znaki towarowe*, [w:] A. Kuźniczka, A. Laskowska, K. Szczepanowska-Kozłowska, J. Wilczyńska-Baraniak (red.), *Własność intelektualna. Wybrane zagadnienia praktyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Andrzejewski M., *Komentarz do art. 121*, [w:] P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2014, Legalis.
- Barta J., Markiewicz R., *Obowiązek wymienienia pól eksploatacji w umowie licencyjnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2007, z. 100.
- Bleszyńska-Wysocka J., *Korzystanie ze znaku towarowego jako odrębne pole eksploatacji utworu*, „Acta Iuris Stetinensis” 2017, nr 2 (18).
- Bleszyńska-Wysocka J., *Użycie utworu w znaku towarowym jako pole eksploatacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2008, nr 2.
- Charkiewicz S., Chmura A., Chmura R., Dobosz E., Gędek M., Kruk M., Podgórska A., *Znaki towarowe w działalności małych i średnich przedsiębiorstw*, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2008, https://www.parp.gov.pl/storage/publications/pdf/4391_wynalazkiwynalazkiUPRPrp.pdf.
- Fedorowicz H., *Komentarz do art. 121*, [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2021, Lex.
- Fedorowicz H., *Komentarz do art. 132¹*, [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2021, Lex.
- Ferenc-Szydelko E., *Komentarz do art. 1*, [w:] E. Ferenc-Szydelko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Flisak D., *Pojęcie utworu w prawie autorskim – potrzeba głębokich zmian*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 12.
- Gierszewski W., *Skarb Państwa jako uprawniony do prawa ochronnego na znak towarowy*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 7.
- Giesen B., *Obowiązek wyraźnego wymienienia pól eksploatacji w umowach upoważniających do korzystania z autorskich praw majątkowych*, [w:] A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc (red.), *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- Grzybczyk K., *Komentarz do art. 1*, [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Hulicka M., *Wybrane aspekty wyceny wartości prawa do znaku towarowego i jej ujmowania w księgach rachunkowych*, [w:] D. Kasprzycki (red.), *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi*, 2015, Lex.
- Kępiński J., *Czy znak towarowy może być utworem?* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015 nr 2.
- Kępiński J., *Wzór przemysłowy i jego ochrona w prawie polskim i wspólnotowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

- Kępiński M., *Prawo autorskie a ochrona znaków towarowych. Zagadnienia granic ochrony*, [w:] M. Kępiński, J. Kępiński, K. Klafkowska-Waśniowska, R. Sikorski (red.), *Granice prawa autorskiego*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Kondrat M., *Komentarz do art. 165*, [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2021, Lex.
- Kowalczyk-Kędzierska M., *Nowa definicja znaku towarowego – nowelizacja polskiej ustawy w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 4.
- Laskowska-Litak E., *Komentarz do art. 1*, [w:] R. Markiewicz (red.), *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Lewandowska E., *Zadośćuczynienie za naruszenie autorskich praw osobistych po śmierci twórcy*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46.
- Marcinkowska J., Szwaja J., *Regulaminy i instrukcje bankowe jako przedmiot prawa autorskiego*, „Prawo Spółek” 1999, nr 12.
- Mazurek M., Skubisz R., [w:] R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 14B, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Mordwilko-Osajda J., *Znak towarowy. Bezwzględne przeszkody rejestracji*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Piszczek J.A., *Przejaw działalności twórczej jako przesłanka uznania fotografii za utwór*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 20.
- Podrecki P., *Komentarz do art. 296*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Podrecki P., *Środki ochrony praw własności intelektualnej*, 2010, Lex.
- Promińska U., [w:] E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Promińska U., *Kilka uwag w sprawie regulacji przeszkód rejestracji znaków towarowych w znowelizowanym prawie własności przemysłowej*, [w:] J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (red.), *Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Promińska U., *Polska regulacja znaków towarowych na tle unormowania unijnego – zagadnienia wybrane*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2014, z 126.
- Rutkowska-Sowa M., *Uzyskanie oraz utrzymanie w mocy prawa ochronnego na znak towarowy (zagadnienia wybrane)*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 23.
- Rzążewska D., Gawliczek T., Kupińska-Szczygielska A., Tołwińska K., *Własność intelektualna dla przedsiębiorcy*, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2020.
- Skubisz R., *Znaki towarowe – ewolucja przedmiotu ochrony prawnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 12.
- Stefańczyk-Kaczmarzyk J., *Komentarz do art. 296*, [w:] M. Kondrat (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2021, Lex.
- Szaciński M., *Ustalenie utworu jako przesłanka ochrony praw autorskich*, „Palestra” 2013, nr 9–10.
- Sztobryn K., *(Nie tylko) krytyczne spojrzenie na nowe przepisy ustawy o prawo własności przemysłowej dotyczące sprzeciwu wobec zgłoszenia znaku towarowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 8.
- Tkacz A., *Mem internetowy a definicja utworu w prawie autorskim. Próba analizy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2017, nr 2.

- Trzebiatowski M., [w:] R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 14B, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Trzebiatowski M., *Komentarz do art. 121*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Trzebiatowski M., *Komentarz do art. 132¹*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Witkowska M., Michalak A., *Komentarz do art. 121*, [w:] A. Michalak (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Wojcieszko-Głuszko E., *Ochrona prawna znaków towarowych powszechnie znanych w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1995, z. 65.
- Wyrwiński M., *Autorskie prawa osobiste w obrocie prawnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Ziółkowski M., *Zmiany w zakresie wymogu przedstawialności znaku towarowego w dyrektywie 2015/2436*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 12.
- Żelechowski Ł., [w:] P. Kostański, Ł. Żelechowski (red.), *Prawo własności przemysłowej*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Żelechowski Ł., *Glosa do wyroku SN z dnia 22 czerwca 2010 r., IV CSK 359/09*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011, nr 5.
- Żelechowski Ł., *Zdolność odróżniająca znaku towarowego – przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego o Naczelnego Sądu Administracyjnego z lat 2000–2004*, „Glosa” 2005, nr 3.

Summary

Copyright protection of good and services signs: registering trademark dilemma

Keywords: signs of goods, trademark, composition, Patent Office of the Republic of Poland.

The literature on the subject, there are no studies discussing the alternatives for the protection of signs of goods or services in relation to trademark registration. Therefore, this work analyzes the signs of goods, their protection, and the benefits of using them based on the provisions of copyright law. The considerations aimed at showing the differences that may indicate the need to register the signs of goods in the Patent Office of the Republic of Poland or the lack of such need. In conclusion, it was stated that the signs of goods may be sufficiently protected by the provisions of the Copyright Act, which is supported by such arguments as exclusivity for all forms of use of the protected sign, transferability of proprietary copyrights, the scope of claims to which the holder is entitled, expected duration of protection, its deformation and free of charge. However, it was emphasized that the most difficult in claiming protection under the Copyright Act may be its basic prerequisite, namely proving that the signs of goods are a composition within the meaning of the Copyright Act.

Grzegorz Lubeńczuk

Maria Curie-Skłodowska University in Lublin

ORCID: 0000-0001-5028-8020

grzegorz.lubenczuk@mail.umcs.pl

The legality of acts of local law restricting the possibility of pursuing circus activity with the use of animals in Poland*

Introduction

The study aims to analyse the admissibility of the solutions applied by local authorities in Poland to limit the possibility of circus activities involving animals in the context of the statutory provisions set out the rules for the exercise of this activity, as well as the provisions of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997¹, which express the principle of economic freedom and the provisions of the Act of 6 March 2018 Entrepreneurs' Law² under which the undertaking, exercise and termination of economic activity is free for everyone, on an equal footing, and the entrepreneur may take all actions, except those prohibited by law and may be obliged to a certain behaviour only under the law.

* The publication was prepared as part of the research entitled "The Administrative Law Animal Protection Model" included in the application registered in the Funding Stream Service system administered by the National Information Processing Institute No. 2016/23/D/HS5/01820 and accepted for financing within the competition announced by the National Science Centre, Poland – "SONATA 12" on the basis of the decision made by the Director of National Science Centre in Kraków of 16 May 2017 (decision No. DEC-2016/23/D/HS5/01820, contract No. UMO2016/23/D/HS5/01820).

¹ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws of 1997, No. 78, item 483), hereinafter referred to as the Polish Constitution. The English translation of the Constitution may be found at: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

² Act of 6 March 2018, Law of Entrepreneurs (consolidated text: Journal of Laws of 2021, item 162).

Conditions for the limitation of the use of animals in circus activity

Animals have been used for economic purposes for such a long time and in such a widespread manner that this activity is generally considered an obvious part of modern civilisation. The possibility of slaughtering animals for meat or leather, obtaining products such as eggs or milk, using animals as a means of transport, as traction power or for entertainment purposes is in principle beyond doubt, provided that such activities must not cause unnecessary suffering to the animal. The technological growth over the last few decades has made it possible to reduce almost completely the use of animals as traction power or means of transport and, to a certain extent, also the demand for animal products.

How animals are treated, especially about humanitarian protection, i.e. based on ethical (non-economic) considerations, is regarded as one of the measures of civilisational development³. Following the economic and social changes, there are also calls to reduce the use of animals in all sectors of the economy where it is not necessary. This postulate is referred especially to the use of animals for entertainment purposes, including circus activities.

Animals have been used for entertainment since the beginning of history⁴. For many centuries, animal acts were treated as an inherent part of circus art. Animal training handbooks allowing the use of force to compel animals to be obedient were still published in the 20th century⁵. Even today, animal taming is classified as one of three basic branches of circus art, in addition to acrobatics and clowning⁶. An increasing number of people thinks that entertainment purposes are not important enough to justify the suffering and reprehensible conditions in which such animals are kept⁷, and emphasis is placed on the inhumane treatment of animals in circus operations⁸, and on the fact that the idea of animal training for entertainment excludes the possibility of

³ Cf. E. Kruk, *Polskie i estońskie uregulowania prawne dotyczące zwierząt bezdomnych (bezzańskich)*, "Studia Iuridica Lublinesia" 2021, Vol. XXXI, No. 1, p. 145.

⁴ More on the issue in, i.a., A. Jastrzębska, A. Gugolek, J. Strychalski, *Zwierzęta w sporcie, rekreacji i rozrywce. Cz. I*, "Wiadomości Zootechniczne [Zootechnical News]" 2017, Vol. LV(2), pp. 87–93 and A. Jastrzębska, A. Gugolek, J. Strychalski, *Zwierzęta w sporcie, rekreacji i rozrywce. Cz. II*, "Wiadomości Zootechniczne" 2017, Vol. LV(2), pp. 173–182.

⁵ For example: F.C. Bostock, *The training of wild animals*, New York 1903; A. Court, *Wild Circus Animals*, London 1954.

⁶ A. Serena, *Storia del circo*, Milan 2008, pp. XIII–XIV.

⁷ D. DeGrazia, *Prawa zwierząt. Bardzo krótkie wprowadzenie*, Kraków 2014, p. 128 et seq.

⁸ M. Januszczuk, *Niehumanitarność przepisów w zakresie działalności cyrkowej z udziałem zwierząt jako argument za nowelizacją ustawy o ochronie zwierząt i aktów pochodnych*, "Studia Iuridica" 2020, No. 86, p. 74 et seq.

treating animals as equal to humans⁹. It is noted that performances in the circus arena may negatively affect the well-being of animals, for example, due to the increased stress levels, as the animals are exposed to music playing in the background, the lights illuminating the arena, and the presence of an audience spontaneously reacting to individual acts of the circus show¹⁰, and that in the locations where circuses camp it is impossible to create conditions resembling the ones the animals would experience in their natural habitats¹¹. As a consequence, there is a call for a prohibition of using animals in circuses¹².

The explanatory memorandum to the parliamentary bill amending the Animal Protection Act and certain other acts of 11 September 2020, which provides for a prohibition of the organisation and performance of circus shows and similar shows involving the use of animals for entertainment purposes points out that circuses are unable to provide animals with conditions appropriate to their needs, including contact with their herd, the possibility of isolation when they need it, full-size enclosures, mental and motor stimulation, a sense of security, the possibility for wild animals to find their food themselves and adapt their diet to their individual needs¹³. It has also been stressed that animals in circuses, both wild and domesticated, suffer from a range of medical conditions from mental disorders to injuries and diseases associated with training and adopting unnatural postures, and that learning tricks that are unnatural for wild animals often requires brutal methods of training which can seriously endanger the health and sometimes even lives of the animals¹⁴.

Normative bases for the running of circus activity involving animals

The arguments presented above have not been reflected in the general ban on performing circus activities with the use of animals. At the same time, the provisions of generally applicable law, essentially directly indicate that this type of activity is permissible in the territory of the Republic of Poland. Importantly, such a possibility is even provided for by provisions that are intended to protect animals, in particular the provisions of the Act of 21 August

⁹ Z. Snelawska-Stempień, *Bestia na arenie cyrkowej – zjawisko „Nowego Cyrku” jako przykład zmian w relacjach pomiędzy człowiekiem a zwierzęciem*, „Edukacja Humanistyczna” 2013, Issue 2(29), p. 252.

¹⁰ T. Franc, *Kilka uwag o ochronie zwierząt wykorzystywanych w cyrkach*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2019, No. 46 (1), p. 261.

¹¹ *Ibidem*, p. 262.

¹² *Ibidem*, p. 269.

¹³ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz niektórych innych ustaw z dnia 11 września 2020 r., druk nr 597, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX kadencja.

¹⁴ *Ibidem*.

1997 on the protection of animals¹⁵. Such provisions include, inter alia, Article 18 (1) APA which, while allowing the use of animals for entertainment, shows, films, sports and special purposes, stipulates that such animals may be kept, bred and presented only in stud farms, circuses or circus bases and in places intended for animals used for special purposes, under the supervision of the Veterinary Inspectorate. Thus, this provision explicitly mentions circuses as one of the permitted forms of using animals for entertainment purposes. The possibility of using animals in the activities of circuses is also confirmed by Article 17 (1)–(4) APA, which define the rules of training and showing animals for entertainment purposes, provided that only animals born and raised in captivity may be used for such activities and only those that can be provided with living conditions appropriate to the needs of a given species, prohibiting training in a way that causes them suffering, training only to increase the aggressiveness of the animals and forcing the animals to perform activities that cause pain or are contrary to their nature. Another regulation that directly points to the possibility of using animals for circus activities is Articles 24i and 24j of the Act of 11 March 2004 on the protection of animal health and combating infectious animal diseases¹⁶, which define the powers of the Chief Veterinary Officer and District Veterinary Officers with respect of performing tasks under the provisions of Commission Regulation (EC) No. 1739/2005 of 21 October 2005 laying down animal health requirements for the movement of circus animals between the Member States¹⁷. The provisions of this regulation define a circus as a travelling exhibition or fair that includes one or more animals and set out the rules for the movement of circuses between the Member States of the European Union, thus confirming the legality of such activity.

The Act of 11 August 2021 on alien species¹⁸, which came into force on 21 December 2021, through the amendment of Article 73 (2) of the Act of 16 April 2004 on nature protection¹⁹, has excluded the possibility to hold and import for circus purposes animals of species which are dangerous to the life and health of people. According to the statement of reasons for the proposed Alien Species Act, the prohibition was introduced because the activities related to circus operations pose a significant threat to the health and lives of

¹⁵ Act of 21 August 1997 on animal protection (consolidated text Journal of Laws of 2020, item 638).

¹⁶ Act of 11 March 2004 on the protection of animal health and combating infectious animal diseases (consolidated text Journal of Laws of 2020, item 1421).

¹⁷ Commission Regulation (EC) No. 1739/2005 of 21 October 2005 laying down animal health requirements for the movement of circus animals between Member States (Official Journal L 279 of 22.10.2005, p. 47).

¹⁸ Act of 11 August 2021 on alien species (Journal of Laws of 2021, item 1718).

¹⁹ The Act of 16 April 2004 on nature protection (consolidated text Journal of Laws of 2021, item 1098, as amended).

people, resulting in the need to introduce changes that would eliminate dangers caused by such types of entities²⁰. Consequently, this prohibition cannot be extended to animals that do not belong to dangerous species within the meaning of Article 73 of the Nature Protection Act.

The content of these provisions allows for the formulation of the rule according to which, while complying with the legal requirements to ensure animal welfare, domesticated and wild animals can be used in circus activities in the territory of Poland, including their training and movement. It should be assumed that this possibility is not restricted by the wording of Article 17 5 APA, which prohibits the operation of travelling menageries. In the literature, it is assumed that this is an absolute prohibition, which is an exception to the principle of economic freedom²¹. By art. 4 (4) APA, activities of such menageries consist in the organization of touring animal exhibitions. The doctrine notes that the difference between a circus and a travelling menagerie is relatively small, especially when it comes to the situation of animals used as a kind of attraction and the 'itinerant' nature of these activities²². It is also pointed out that circuses often carry also animals that are treated as exhibits and can be viewed by viewers for an extra fee, for example, during breaks in the show²³. However, these two activities cannot be considered identical. Following the content of Article 17(5) and Article 18 (1) APA, circus and travelling menagerie activities should be considered as separate entertainment activities. Consequently, having regard to the interpretation rule according to which any restriction or prohibition must be interpreted strictly, it must be presumed that the prohibition laid down in Article 17 (5) APA only concerns the organization of travelling exhibitions, and it seems to be crucial for delimiting the scope of this prohibition to state that these activities usually employ untrained animals²⁴. Apart from the teleological aspect and advisability of such a solution given the impact of both activities on the welfare of animals used for these purposes and the fact that it appears that the circus activity which is associated with the use of training is more bothersome for the animal, it should be assumed that the current ban on the activities of travelling menageries in Poland does not exclude the use of animals in circus activities.

²⁰ Rządowy projekt ustawy o gatunkach obcych z dnia 12 maja 2021 r., druk nr 1187, Sejm Rzeczypospolitej Polskiej IX kadencja.

²¹ W. Radecki, *Ustawy o ochronie zwierząt*, Warszawa 2015, s. 134; idem, *Ustawa o ochronie zwierząt*, Wrocław 2003, s. 76.

²² K. Kuszlewicz, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2021, p. 223.

²³ Report "Cyrki ze zwierzętami w Polsce", Fundacja Międzynarodowy Ruch Na Rzecz Zwierząt Viva, 2016, <https://www.cyrkbezzwierzat.pl/wp-content/uploads/2016/04/raport-cyrki.pdf>.

²⁴ Cf. M. Rudy, M. Hejduk, *Stanowisko w sprawie „menażerii objazdowych”*, <http://www.prawoweterynaryjne.pl/artykuly/stanowisko-w-sprawie-menazerii-objazdowych/>.

Actions of local government bodies for the limitation of the possibility to pursue circus activity involving animals

The lack of a nationwide prohibition of the use of animals in circuses and at the same time high social expectations to restrict the possibility to perform such activities resulted in attempts to introduce such restrictions at the local level. These actions take different forms. In most cases, they consist in introducing, using an executive order of municipal executive body (village mayor, town mayor, city president), restrictions on making the areas owned or managed by local government unit available for purposes related to carrying out circus activities involving animals as well as a ban on distributing tickets for circus shows with the participation of animals in local government organisational units and a ban on promoting such events using local government unit's property²⁵. Another type of action is specifying in the ordinance on the lease of municipal land for commercial activities higher rates of rent for non-tender rental of communal property for circuses with animals²⁶. Other forms of action taken include: appeals to property owners not to allow access to the property to organise shows involving the training of wild animals²⁷, or resolutions of local authorities on taking action to prevent the location of travelling perfor-

²⁵ Examples include: ordinance No. 51/2016 of the President of the Capital City of Warsaw of 19 January 2016 on the prohibition of organizing travelling circus performances with the participation of animals in the areas owned by the Capital City of Warsaw, ordinance No. 664/KST/2016 of the President of the City of Kędzierzyn-Koźle of 22 January 2016 on the lack of consent to make available the property owned by the Municipality of Kędzierzyn-Koźle for the purposes of organizing shows including training of wild animals; Ordinance No. 49/2016 of the President of the City of Bydgoszcz of 27 January 2016 on the prohibition of organizing travelling circus shows with the participation of animals; Ordinance No. 110/2016 of the President of the City of Wałbrzych of 10 February 2016 on the prohibition of organizing travelling circus shows with the participation of animals in the areas belonging to the Municipality of Wałbrzych; Ordinance No. 507/2016 of the President of the City of Elk of 28 January 2016 on the prohibition of organizing travelling circus shows with the participation of animals in the areas owned by the Municipality of Elk; Ordinance No. 131/2016 /P of the President of the City of Poznań of 16 February 2016 on the prohibition of organising travelling circus shows with the participation of animals in the areas owned by the City of Poznań; Ordinance No. 93/2016 of 23 March 2016 on the prohibition of entering into lease agreements for municipal land of the City of Suwałki and land under the management of the City of Suwałki, for the purposes related to the organisation of circus shows with the participation of animals; Ordinance No. 83/2016 of the Mayor of Aleksandrów Łódzki of 28 April 2016 on the prohibition of making available the land owned by the Municipality of Aleksandrów Łódzki and the State Treasury for the purposes related to organizing travelling circus shows with the participation of animals.

²⁶ An example may be: ordinance No. 296/2018 of the Mayor of Tomaszów Mazowiecki of 14 August 2018 on the lease of land for the purpose of conducting commercial activities.

²⁷ An example may be: the appeal of the President of the City of Kędzierzyn-Koźle of 1 February 2016, No. Or.033.6.2.2016 regarding not making property available for the purposes of organizing shows involving training of wild animals.

mances, shows and exhibitions for entertainment and shows involving the training of animals on land owned by local government²⁸.

Actions involving appeals or resolutions aimed at limiting the possibility of organizing circus shows with the use of animals on local government-owned properties do not raise much doubt, however, it is noted that the calls for restricting circus animal acts may affect final decisions taken under specified factual circumstances about applying for the lease of commune grounds²⁹. The case-law of the administrative courts processing complaints against such acts generally states that such acts are not binding and can only be considered as acts of an informative nature presenting a specific view (opinion) of the authority on a specific matter which does not have a direct effect in the area of the rights of individuals³⁰. It is noted that such acts are issued without any legal basis in the form of substantive law provisions³¹ and that they do not contain conclusive decisions, but only calls, information, instructions or other content, not imposing any obligation or conferring any power, in particular in the relationship between the body and a third-party entity³². In the opinion of administrative courts, such acts shall not be public administrative matters within the meaning of Article 101 of the Act on municipal government³³. Attributing to such acts the nature of only a postulate, we must consider them an acceptable form of action by public authorities, which, according to the case law, is merely an external expression of the expectations of the authority concerned³⁴.

While the action of formulating appeals or adopting resolutions aimed at limiting the possibility of organising circus shows with animals on land owned by the local government does not raise any major doubts, the assessment of the legality of ordinances issued by those bodies, containing prohibitions on providing land to organise circus shows involving animals, the distribution

²⁸ Examples include: Resolution XVI/355/15 of the City Council of Łódź of 16 September 2015 the statement – appeal to prevent the location of travelling performances and shows with the participation of animals in areas owned by the city of Łódź; Statement No. XX / 5/16 of the Wrocław City Council of 21 January 2016 on taking measures to prevent the location of touring performances, shows and shows for entertainment purposes with the use of animal training in areas owned by the City of Wrocław.

²⁹ M. Januszczyk, *op. cit.*, pp. 85–86.

³⁰ Cf. decision of the Regional Administrative Court in Opole of 7 November 2016, II SA/Op 429/16, *Legalis*; decision of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 466/16, *Legalis*.

³¹ Decision of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 466/16, *Legalis*.

³² Decision of the Supreme Administrative Court of 5 April 2017, I OSK 172/17, *Legalis*.

³³ Decision of the Supreme Administrative Court of 11 July 2017, I OSK 275/17, *Legalis*; decision of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 466/16, *Legalis*; decision of the Regional Administrative Court in Opole, 7 November 2016, II SA/Op 429/16, *Legalis*.

³⁴ Decision of the Supreme Administrative Court of 11 July 2017, I OSK 275/17, *Legalis*.

of tickets for such circus shows with animals in organisational units and the promotion of such events using the assets of the local government unit is subject to numerous problems.

In the content of these ordinances, the following provisions are usually considered the basis for introducing the limitations specified therein: Article 7 (1) item 1, Article 30 (2) item 3 and Article 33 (5) of the Act of 8 March 1990 on municipal government³⁵, and Article 25 (1) of the Act of 21 August 1997 on real estate management³⁶, and in the case of municipalities with poviats rights also Article 23 (1) of the Act on real estate management and Article 92 (1) item 2 of the Act of 5 June 1998 on poviats (district) government³⁷. These regulations include as municipality's tasks the matters of spatial development, real estate management, environmental and nature protection and water management, and entrust the municipal executive body with the management of municipal property, indicating that the municipal real estate resources are managed by the village mayor, town mayor or city president, and also define the powers responsibilities of the poviats head (*starosta*) in the field of management of the real estate of the State Treasury, pointing out that in cities with poviats rights, the functions of the poviats authority are exercised by the city president. Article 33 (5) of the Act on municipal government entrusts the executive body of the municipality, as the head of the municipal office, with the exercise of the powers of the official superior about the employees of the office and heads of municipal organisational units. The analysis of those provisions leads to the conclusion that the measures taken by the municipal authorities to limit the possibility of operation by animal circuses are based entirely on powers of those authorities in the area of management of municipal property and, to the extent entrusted to them, also the property of the State Treasury. In this context a doubt appears whether, as part of these powers, municipal authorities may refuse certain groups of entrepreneurs the possibility of pursuit of economic activity on the premises of real estate managed by these authorities in a situation where the provisions of generally applicable law do not prohibit such activity, do not make the possibility of its performance conditional upon the fulfilment of any specific requirements, resulting in e.g. from subjecting this activity to restrictions, and do not provide for the exclusion of the possibility of its performance in a specific area. Doubts may also arise from the fact that such restrictions are introduced in the form of internal acts. This circumstance raises questions, on the one hand, about the effectiveness of such acts

³⁵ Act of 8 March 1990 on municipal government (consolidated text Journal of Laws of 2021, item 1372, as amended).

³⁶ Act of 21 August 1997 on real estate management (consolidated text Journal of Laws of 2021, item 1899, as amended).

³⁷ Act of 5 June 1998 on poviats government (consolidated text: Journal of Laws of 2020, item 920, as amended).

and, on the other hand, about the protection of the rights of entrepreneurs affected by the provisions of these acts.

Based on numerous cases concerning the admissibility of the adoption by local authorities of acts aimed at limiting the possibility of operation of animal circuses on their territory, two different groups of views have developed in the case-law of the administrative courts deciding those cases. Some administrative courts allow such acts to be adopted, while on the other hand a view is presented which excludes such a possibility.

The first view is based on the assumption that acts of local government units introducing restrictions on making the real property available for such activities, distribution of tickets or promotion of circus shows with animals are of internal nature and, as a consequence, do not limit the free operation of circuses using animals³⁸. Such position is presented, *inter alia*, by the Supreme Administrative Court in the decision of 21 April 2017, I OSK 161/17, pointing out that the ordinances issued by bodies of local government units should be attributed the character of externally non-binding declarations as to how they will behave in the future, and their issuance does not exclude the possibility of concluding a civil contract under which it would be possible to obtain the right to use the property by third-party entities³⁹. According to the standpoint presented by the Supreme Administrative Court, in this case, there is no option of a civil claim for granting the right to lease or rent and the violation of the legal interest of the applicants for the conclusion of such agreement cannot be derived from the constitutional provisions of Article 20 and Article 22 of the Constitution of the Republic of Poland, which establishes the principle of freedom of economic activity, because these provisions do not create, on the part of the economic operator, a right consisting in a claim for the conclusion of a contract of lease, tenancy or lending of local government's or state treasury's property to conduct this activity on such property⁴⁰. A similar view was presented by the Supreme Administrative Court in the decision of 5 April 2017, I OSK 27/17⁴¹, indicating that the right to carry out circus performances on municipal property, including with the participation of animals, does not stem from any provision of the law in force, and economic operators do not have a claim to rent the property, while the municipality, being an equal participant in civil law transactions, is free to choose contractors and form legal relations with them based on freedom of contract, as well as to determine the principles of making the property available, including its purpose, allocation, period and conditions⁴². As a consequence, it is assumed that it is not possible

³⁸ Cf. decision of the Supreme Administrative Court of 21 April 2017, I OSK 161/17, *Legalis*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Decision of the Supreme Administrative Court of 5 April 2017, I OSK 27/17, *Legalis*.

⁴² Decision of the Supreme Administrative Court of 5 April 2017, I OSK 27/17, *Legalis*.

to recognise that such ordinances may infringe the legal interest or right of entrepreneurs performing circus activities⁴³. Courts that accept the aptness of such standpoint dismiss complaints of entrepreneurs attempting to challenge the legality of such acts, indicating that such acts do not infringe an individual legal interest of entrepreneurs and thus cannot be challenged under Article 101 of the Act on municipal government.

It should be noted that this standpoint is, at least to some extent, also reflected in the literature on the subject, which states that in a situation where the prohibition on the organisation of circus shows with animals only applies to real property owned by the municipality, including the property given in permanent management to municipal organisational units or managed by the municipality itself, and in the case of cities enjoying rights of a poviát also to real property owned by the State Treasury and managed by the president of the city pursuant to Article 23 (1) of the Act on real estate management, there is no breach of statutory delegation to issue ordinances by the executive body of the municipality, nor a breach of constitutional guarantees of ownership and freedom of economic activity, and such actions fall both within the scope of municipal property management referred to in Article 30 (2) item 3 of the Act on municipal government, as well as management of the municipal real property resources referred to in Article 25 (1) of the Act on real estate management⁴⁴. Furthermore, it is pointed out that the prohibition on the organisation of circus shows with animals on municipal real property is an acceptable form of determination of the use of such property and is an activity of ordinary management falling within powers of the municipal executive body and that the municipal executive body, as an entity managing municipal property, has the full right to decide on the use of the municipal real property and thus to indicate which forms of activity are acceptable on their territory and which are not⁴⁵.

The second view is based on the assertion that the ordinances on the prohibition of the provision of municipal land or land owned by the State Treasury to organize travelling circus shows with animals are of a sovereign nature, both in the internal system (the ban is directed to the heads of municipal organisational units), and in the external system (unilateral limitation of the possibility of concluding contracts by a specific group of economic entities), and thus, even though they are internal and aim indirectly at causing civil-law effects, they must be qualified as acts taken in a matter of public administration within the meaning of Article 101 (1) of the Act on municipal govern-

⁴³ Cf. decision of the Supreme Administrative Court of 21 April 2017, I OSK 161/17, *Legalis*.

⁴⁴ M. Karciarz, *Prawne aspekty zakazu organizowania przedstawień cyrkowych z udziałem zwierząt*, <https://prawodlasamorządu.pl/drukuj/6256>.

⁴⁵ *Ibidem*.

ment⁴⁶. According to this position, the prohibition on concluding contracts of the provision of real estate managed by local government units to organise and hold such events is a unilateral interference of a local government body in the sphere of a freedom-related public right due to a limitation of freedom stemming from this right and results in a narrowing of the limits of economic freedom vested in entrepreneurs conducting activities involving the organisation of travelling circus shows with the participation of animals⁴⁷. Consequently, such ordinances constitute an unlawful breach of a legal interest which is directly grounded in the constitutional public right to freedom of economic activity and should be perceived as a breach of Article 20 in conjunction with Article 22 and Article 32 of the Polish Constitution, as well as Article 2 of the Polish Constitution, by violating the principle of a democratic state ruled by law and breaching the principle of proportionality⁴⁸. It is also noted that the protection of animals used for, *inter alia*, entertainment purposes are outside the statutory powers of municipal executive bodies, since, by Article 18 APA, the keeping, breeding and presentation of animals used for entertainment purposes are subject to the supervision of the Veterinary Inspectorate and municipal bodies do not have the authority to adopt normative acts in this respect⁴⁹. From this perspective, the ordinances that prohibit the organisation of circus shows with animals do not fall within the concept of managing municipal real estate and real estate owned by the State Treasury, which means that the issuing authority enters without the appropriate statutory authorization the sphere of constitutionally guaranteed subjective rights of organizers of such shows⁵⁰. It is also argued that such ordinances breach the principle of equal treatment by public authorities contained in Article 32 of the Constitution of the Republic of Poland, which principle is also referred to in Article 2 of the Entrepreneurs' Law, which stipulates that the undertaking, performance and termination of business activity are free for everyone on an equal footing, and which means that it is forbidden to pass discriminatory provisions or clauses in legal acts as regards access to material, capital or personal elements of business activity⁵¹. In line with this position, differentiating the situation

⁴⁶ E.g. judgment of the Regional Administrative Court in Łódź of 17 October 2017, II SA/Ld 506/17, Legalis; judgment of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 372/16, Legalis; judgment of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 391/16, Legalis; judgment of the Regional Administrative Court in Warsaw of 14 September 2016, I SA/Wa 604/16, Legalis; judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 17 November 2016, II SA/Gl 828/16, Legalis.

⁴⁷ Judgment of the Regional Administrative Court in Łódź of 17 October 2017, II SA/Ld 506/17, Legalis.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Judgment of the Regional Administrative Court in Gliwice of 8 October 2019, II SA/Gl 865/19, Legalis.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

of circus operators depending on whether the repertoire includes animal performances would be permissible only if such a differentiating criterion was provided for in the legal system⁵².

Admissibility of the limitation of the use of animals in circus activity by local government bodies

Analysing both of the presented positions, one should support the accuracy of the second one. Leaving aside entirely non-legal aspects of conducting circus activities with animals, including, in particular, the issue of concern for the welfare of animals used in circuses, and thus abandoning the assessment of the reasonableness of the currently binding provisions of generally applicable law, it must be stated that those provisions allow circus activities with animals. Since the legislature explicitly points to the possibility of carrying out such activity, it should be assumed that it is covered by the freedom of economic activity and, consequently, by Article 22 of the Polish Constitution, such possibility could only be limited by way of a statute. Attempts to limit the ability to carry out such activity in any other way should be regarded as inadmissible. As a result, one should consider accurate the view that in a situation where entrepreneurs carry out a legitimate business regularly supervised by the state, and an important condition for the success of this business is the possibility to use municipal real estate, then the prior exclusion of the possibility to conclude contracts allowing for such use and the manifestation of this prohibition in an act of public administration directly affects the legal sphere of these entrepreneurs because of their subjective rights arising from the Constitution of the Republic of Poland and related to their status as entrepreneurs⁵³. There should be no doubt that the *a priori* exclusion of the possibility to provide to entrepreneurs running lawful businesses with land necessary for the performance of business activity should be perceived as a limitation of the constitutionally guaranteed freedom of economic activity. This freedom includes not only the right to undertake and pursue an economic activity but also the possibility of choosing the place where such activity is to be pursued. It is worth concurring with the view that the restrictions of the territorial and temporal framework of given business activity are justifiable from the point of view of the proportionality rule only in a limited number of cases⁵⁴. As a rule, it should be possible to carry out this activity on the entire

⁵² Ibidem.

⁵³ Judgment of the Regional Administrative Court in Wrocław of 25 October 2016, II SA/Wr 372/16, Legalis.

⁵⁴ J. Kołacz, *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2008, Vol. LXX, Issue 2, p. 89.

territory of the country. In this context, it is worth noting that under Article 44 (1) of the Entrepreneurs' Law, a licence, permit or entry in the register of regulated activity entitles to conduct business activity in the entire territory of Poland unless separate provisions provide otherwise. If the legislature introduced such a rule about activities subject to administrative restrictions, it seems that the rule should apply even more to those activities which are not subject to restrictions, and the possibility of introducing exceptions to this rule should have a clear basis in statutory provisions. It should be regarded as unacceptable to exclude the possibility for a certain group of entrepreneurs and their customers to use certain public property, which, as the Supreme Administrative Court correctly indicated in its case law, should in its essence serve everyone⁵⁵.

It would seem that the condition which could justify a restriction or even an exclusion of the possibility of making available land under the management of a local government unit to operators engaged in circus activities using animals would be, for example, exclusion of certain real estate from the possibility of doing business in the local land development plan. However, where no such restriction is in place, it is not possible to exclude in advance, in general terms, the possibility of making certain properties available to entrepreneurs without taking into account all the circumstances of the particular case. The decision to make the real property available to the entrepreneur should, in any event, be based on the provisions of generally applicable law and in particular, the principle defined in Article 12 of the Act on real estate management that the authorities acting for the State Treasury and the local government are obliged to administer the property in compliance with the rules of economy. By the principle of equality, one should be cautious about the possibility of leasing land on preferential terms to entities that perform circus activities without the participation of animals, which is indicated in the literature⁵⁶.

Summary and conclusions

The foregoing considerations require that, under the legislation currently in force, the running of circus activities with animals in the territory of the Republic of Poland remains legal and that such operators may enjoy the constitutionally guaranteed freedom of economic activity, including the possibility of doing business throughout the country. In the light of that principle, acts adopted by local authorities, which are intended to prevent or even restrict

⁵⁵ Judgment of the Supreme Administrative Court of 21 June 2018, I OSK 130/18, Legalis.

⁵⁶ G. Manjura-Niśkiewicz, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, 2022, Legalis.

the possibility of conducting such an activity in a particular area by refusing *a priori* making public land available to economic operators running such businesses must be considered inadmissible. In this situation, given the need to protect and ensure animal welfare, it should be suggested that a total ban on the use of animals in circus activities should be adopted as soon as possible by an appropriate amendment to the Animal Protection Act currently in force. In doing so, it seems appropriate that this prohibition should cover all animal species and not only wild animals. Admittedly, in most countries where similar prohibitions apply only to wild animals, it is difficult to justify a specific restriction of such a prohibition to that category of animals, based on animal welfare and taking into account the specificities of the circus activity. In purely legal terms, the introduction of such a prohibition should not raise much concern. There is currently a total prohibition of the operation of travelling menageries in Poland, which activity, as mentioned above, appears to have less negative effects on animal welfare than the activities involving the use of animals in circuses.

As long as such a prohibition is not introduced, the possibilities for local authorities to take action to protect animals used in circus activities will be very limited and may boil down only to formulating non-binding postulates for the abandonment of the use of animals for circus activities and very limited measures provided for by generally applicable law, such as the possibility, under Article 60 (1) of the Entrepreneurs' Law, allowing the village mayor, town mayor or city president to report irregularities to the competent authorities, including in particular the Veterinary Inspectorate, which, by Article 18 (1) APA, is the authority responsible for supervising the activities relating to the keeping, breeding and presentation of animals in circuses.

References

- Bostock F.C., *The training of wild animals*, New York 1903.
- Court A., *Wild Circus Animals*, Burke, London 1954.
- DeGrazia D., *Prawa zwierząt. Bardzo krótkie wprowadzenie*, Nomos, Kraków 2014.
- Franc T., *Kilka uwag o ochronie zwierząt wykorzystywanych w cyrkach*, "Przegląd Prawno-Ekonomiczny" 2019, No. 46(1).
- Januszczuk M., *Niehumanitarność przepisów w zakresie działalności cyrkowej z udziałem zwierząt jako argument za nowelizacją ustawy o ochronie zwierząt i aktów pochodnych*, "Studia Iuridica" 2020, no. 86.
- Jastrzębska A., Gugolek A., Strychalski J., *Zwierzęta w sporcie, rekreacji i rozrywce. Cz. I*, "Wiadomości Zootechniczne" 2017, Vol. LV(2).
- Jastrzębska A., Gugolek A., Strychalski J., *Zwierzęta w sporcie, rekreacji i rozrywce. Cz. II*, "Wiadomości Zootechniczne" 2017, Vol. LV(2).
- Karciaz M., *Prawne aspekty zakazu organizowania przedstawień cyrkowych z udziałem zwierząt*, <https://prawodlasamorządu.pl/drukuj/6256>.

- Kołacz J., *Swobody cząstkowe a swoboda działalności gospodarczej*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2008, Vol. LXX, Issue 2.
- Kruk E., *Polish and Estonian Regulations on Homeless (Stray) Animals*, "Studia Iuridica Lublimesia" 2021, Vol. XXXI, No. 1.
- Kuszelewicz K., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Manjura-Niśkiewicz G., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, 2022, Legis.
- Radecki W., *Ustawa o ochronie zwierząt*, Towarzystwo Naukowe Prawa Ochrony Środowiska, Wrocław 2003.
- Radecki W., *Ustawy o ochronie zwierząt*, Difin, Warszawa 2015.
- Rudy M., Hejda M., *Stanowisko w sprawie „menażerii objazdowych”*, <http://www.prawoweterynaryjne.pl/artykuly/stanowisko-w-sprawie-menazerii-objazdowych/>.
- Serena A., *Storia del circo*, Campus, Milan 2008.
- Snelewska-Stempień Z., *Bestia na arenie cyrkowej – zjawisko „Nowego Cyrku” jako przykład zmian w relacjach pomiędzy człowiekiem a zwierzęciem*, "Edukacja Humanistyczna" 2013, Issue 2(29).

Summary

The legality of acts of local law restricting the possibility of pursuing circus activity with the use of animals in Poland

Keywords: local law, circuses, animals, limitations, economic freedom.

The article is of a scientific-research nature. It aims to assess the admissibility of solutions applied by local authorities in Poland intended to limit the possibility of organising circus shows involving animals in the context of statutory provisions which indicate the possibility of lawful pursuit of such activities, as well as the provisions of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 and the provisions of the Act of 6 March 2018 Entrepreneurs' Law, which express the principle of economic freedom and guarantee the right to undertake and pursue an economic activity on an equal footing. This assessment is based on an analysis of the acts adopted by local government authorities to limit the possibility of organising circus shows involving animals based on the case-law of Polish administrative courts processing complaints lodged by circus operators. This analysis allowed identification of the scope of possible activities of local government authorities and the formulation of conclusions on the need to prohibit the use of animals in circus activities.

Streszczenie

Legalność aktów prawa miejscowego, ograniczających możliwość wykonywania działalności cyrkowej z wykorzystaniem zwierząt

Słowa kluczowe: prawo miejscowe, cyrki, zwierzęta, ograniczenia, wolność gospodarcza.

Artykuł ma charakter naukowo-badawczy. Jego celem jest ocena dopuszczalności stosowanych przez władze lokalne w Polsce rozwiązań, mających na celu ograniczenie możliwości organizowania przedstawień cyrkowych z udziałem zwierząt w kontekście przepisów ustawowych, które jednoznacznie wskazują na możliwość legalnego wykonywania takiej działalności, a także przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. i przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, które wyrażają zasadę wolności gospodarczej oraz gwarantują prawo do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej na równych prawach. Podstawą tej oceny jest analiza aktów wydawanych przez organy jednostek samorządu terytorialnego w celu ograniczenia możliwości organizowania przedstawień cyrkowych z udziałem zwierząt w oparciu o dorobek polskich sądów administracyjnych rozpatrujących skargi wnoszone przez przedsiębiorców wykonujących działalność cyrkową. Analiza ta pozwoliła na określenie zakresu możliwych działań organów jednostek samorządu terytorialnego oraz sformułowania wniosków dotyczących potrzeby wprowadzenia zakazu wykorzystywania zwierząt w działalności cyrkowej.

Michał Mariański

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6212-914X

michal.marianski@uwm.edu.pl

Formy innych fakultatywnych podatków gminnych w świetle regulacji francuskiego Generalnego kodeksu podatków

Wprowadzenie

Specyfika francuskiego systemu podatkowego wyraża się m.in. w dość rozbudowanym katalogu podatków lokalnych oraz regulacji prawnych do finansów jednostek samorządu terytorialnego się odnoszących (fr. *fiscalité locale*)¹. Jedną z kategorii wchodzącej w skład ww. zbioru są inne fakultatywne podatki gminne. Aktualny sposób regulacji przedmiotowej materii wynika bezpośrednio z zapisów Generalnego kodeksu podatków we Francji (*Code général des impôts*)², natomiast pośrednio również z ustawy z dnia 2 marca 1982 r. o prawach i wolnościach gmin, departamentów i regionów³ oraz Kodeksu ogólnego jednostek samorządu terytorialnego (*Code général des collectivités territoriales*)⁴.

Podatki lokalne (fr. *impôts locaux*), w tym te zawarte w sekcji VII Generalnego kodeksu podatków we Francji (dalej jako CGI) dzielą się na poziomie gminy na podatki obligatoryjne⁵ oraz fakultatywne. Ich wspólną cechą jest fakt, że stanowią one dochód jednostek samorządu lokalnego różnych szczebli jak również związków gminnych oraz, w pewnych przypadkach, niektórych

¹ J.-C. Zarka, *Fiscalité locale. Une présentation rigoureuse des impôts locaux*, Paryż 2020, s. 5–6.

² A. Machowska, K. Wojtyczek, *Prawo francuskie*, t. 2, Kraków 2005, s. 198 i nast.

³ Ustawa – du 2 mars 1982 nr 82-213 – *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

⁴ Szerzej: J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, Paryż 2015, s. 316 i nast.

⁵ M. Mariański, *Inne obowiązkowe podatki gminne we Francji według francuskiego Generalnego Kodeksu Podatków*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXIX, s. 193 i nast.

innych podmiotów o charakterze publicznym, jak np. izby rolnicze czy izby przemysłowo-handlowe⁶.

Wspomniany już CGI w swojej drugiej części pt. „Podatki pobierane na rzecz społeczności lokalnych i różnych organizacji” (*Impositions perçues au profit des collectivités locales et de divers organismes*) w tytule I dotyczącym podatków gminnych (*Titre premier: Impositions communales*) w ramach pierwszego rozdziału pt. „Podatki bezpośrednie i podatki z nimi związane” (*Chapitre premier: Impôts directs et taxes assimilées*) zawiera w art. od 1519 à do art. 1530 bis sekcję VII zatytułowaną „Inne podatki gminne” (*Section VII: Autres taxes communales*).

W ramach ww. kategorii innych podatków gminnych (*autres taxes communales*) wspomniana sekcja VII pt. „Inne podatki gminne” (*Section VII: Autres taxes communales*) zawiera dwa zasadnicze punkty: pierwszy dotyczy innych podatków obowiązkowych (art. od 1519 do art. 1519 I), natomiast drugi dotyczy innych podatków fakultatywnych, uregulowanych w art. od 1520 do art. 1530 bis.

W zakresie innych gminnych podatków obowiązkowych francuski ustawodawca wymienił pięć form podatków lokalnych: gminny podatek górniczy⁷, zryczałtowany podatek od pylonów⁸, podatek od morskich turbin wiatrowych⁹, podatek dodatkowy do podatku od nieruchomości niezabudowanych¹⁰ oraz zryczałtowany podatek od spółek sieciowych¹¹. Powyższe kontrybucje stanowiły już przedmiot odrębnych opracowań – bądź to w zakresie poszczególnych typów podatków¹², bądź też w zakresie większej ich grupy¹³.

Przedmiotem analizy w ramach niniejszego artykułu autor uczynił jednak trzy z czterech innych fakultatywnych podatków gminnych. Tym samym analizie poddane zostały przepisy CGI dotyczące: podatku od przekazania gruntu, który stał się możliwy do zabudowania (art. 1529 – *Taxe sur la cession de terrains devenus constructibles*), podatku od nieużytków handlowych (art. 1530 – *Taxe sur les friches commerciales*) oraz podatku od zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom (art. 1530 bis – *Taxe pour la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations*). Co istotne, z uwagi na ramy niniejszego opracowania, czwarty z innych fakultatywnych podatków

⁶ A. Machowska, K. Wojtyczek, op. cit., s. 265 i nast.

⁷ Art. 1519 Generalnego kodeksu podatków – *Redevance communale des mines*.

⁸ Art. 1519 A Generalnego kodeksu podatków – *Imposition forfaitaire sur les pylônes*.

⁹ Art. od 1519 B do 1519 C Generalnego kodeksu podatków – *Taxe sur les éoliennes maritimes*.

¹⁰ Art. 1519 I Generalnego kodeksu podatków – *Taxe additionnelle à la taxe foncière sur les propriétés non bâties*.

¹¹ Art. 1519 D do 1519 HB Generalnego kodeksu podatków – *Imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux*.

¹² A. Kałużny, *Opodatkowanie infrastruktury podatkiem od nieruchomości*, Warszawa 2020, s. 302 i nast.

¹³ M. Mariański, op. cit., s. 193 i nast.

gminnych, tzn. podatek od wywozu śmieci z gospodarstw domowych¹⁴, zostanie poddany szczegółowej analizie w ramach odrębnego opracowania.

Podatek od przekazania gruntu, który stał się możliwy do zabudowania (*Taxe sur la cession de terrains devenus constructibles*)

Pierwszym analizowanym w ramach niniejszego opracowania fakultatywnym podatkiem gminnych jest podatek od przekazania gruntu, który stał się możliwy do zabudowania (fr. *Taxe sur la cession de terrains devenus constructibles*), któremu poświęcono art. 1529 CGI. Podatek ten stał się możliwy do wprowadzenia na podstawie tzw. ustawy ENL z 2006 r.¹⁵, doprecyzowany na mocy ustawy nr 2009-323 z 2009 r.¹⁶

Przywołany artykuł składa się z sześciu punktów, z których pierwszy stanowi, że gminy mogą, na podstawie uchwały rady gminy, ustanowić zryczałtowany podatek od odpłatnego przekazania nieużytków¹⁷, które zostały udostępnione do budowy w związku z ich klasyfikacją w miejscowym planie urbanistycznym lub w dokumencie urbanistycznym w obszar miejski lub na obszar przeznaczony do urbanizacji lub na podstawie karty miejskiej w obszar zabudowy. Jeżeli publiczny zakład współpracy międzygminnej¹⁸ jest właściwy do sporządzania miejscowych dokumentów urbanistycznych, o których mowa w akapicie pierwszym, może ustanowić i pobrać ten zryczałtowany podatek w miejsce i za zgodą wszystkich gmin¹⁹.

Ponadto, zgodnie z pkt. II art. 1529 CGI, podatek ten dotyczy cesji dokonywanych przez osoby fizyczne i spółki oraz grupy, podlegające opodatkowaniu podatkiem dochodowym w zakresie zysku odnoszące na warunkach przewidzianych w art. 150 U i przez podatników, którzy nie mają miejsca zamieszkania we Francji dla celów podatkowych i podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym, z zastrzeżeniem pobierania płatności, na warunkach przewidzianych w art. 244 bis A.

¹⁴ Uregulowany w art. 1520–1526 Generalnego kodeksu podatków – *Taxe d'enlèvement des ordures ménagères*.

¹⁵ Ustawa – Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

¹⁶ Ustawa – Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

¹⁷ Fr. *terrains nus*.

¹⁸ Fr. *établissement public de coopération intercommunale*. Zob. szerzej: M. Mariański, *Formy realizacji zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego we Francji ze szczególnym uwzględnieniem spółek handlowych*, „Prawo i Więź” 2021, nr 35, s. 128.

¹⁹ Publiczny zakład współpracy międzygminnej może również zdecydować o zwrocie części kwoty podatku gminom członkowskim.

Co, istotne podatek ten nie dotyczy trzech enumeratywnie wymienionych transakcji: 1) cesji, o których mowa w pkt. II ust. 3° do 8° art. 150 U, 2) zbycia gruntów, które od ponad osiemnastu lat są klasyfikowane jako grunty budowlane, 3) gdy cena sprzedaży gruntu, określona w art. 150 VA²⁰ jest niższa niż cena nabycia faktycznie zapłacona przez zbywcę i określona w umowie sprzedaży, powiększona o równą kwotę w wysokości 200% tej ceny.

Wartym podkreślenia jest, że zgodnie z pkt. III art. 1529 CGI przedmiotowa kontrybucja bazuje na kwocie równej cenie cesji gruntu określonej w art. 150 VA pomniejszonej o cenę zakupu określona w dokumentach, zaktualizowaną zgodnie z najnowszym wskaźnikiem cen konsumpcyjnych z wyłączeniem wyrobów tytoniowych opublikowanym przez Narodowy Instytut Statystyki i Studiów Ekonomicznych²¹. W przypadku braku elementów odniesienia, podatek opiera się na dwóch trzecich ceny transferowej (cesji) określonej na podstawie postanowień niniejszego artykułu. Podatek wynosi 10% tej kwoty. Staje się on wymagalny przy pierwszej sprzedaży za wynagrodzeniem gruntu po jego zaklasyfikowaniu jako grunt budowlany. Jest należny od cedenta.

Kolejnym ważnym aspektem konstrukcyjnym opisywanego podatku są elementy wskazane w pkt. IV art. 1529 CGI. Francuski ustawodawca doprecyzowuje bowiem, że to w deklaracji przedmiotowego podatku, sporządzonej zgodnie ze wzorem ustalonym przez administrację, znajdują się elementy użyte do rozliczenia podatku. Deklarację składa się na warunkach przewidzianych w ust. 1° i 4° I oraz w pkt. II art. 150 VG Generalnego kodeksu podatków. W przypadku gdy cesja jest zwolniona na podstawie dwóch pierwszych kryteriów wskazanych w pkt. II, nie trzeba składać deklaracji²².

Opisywany podatek płaci się, zgodnie z dyspozycją pkt. V art. 1529, przy składaniu deklaracji, o której mowa w pkt. IV²³. Dodatkowo, w myśl pkt. VI art. 1529, uchwała, o której mowa w pkt. I²⁴, dotyczy cesji dokonanych od pierwszego dnia trzeciego miesiąca następującego po dacie, w której uchwała ta została podjęta. Zawiadamia się o tym służby podatkowe nie później niż pierwszego dnia drugiego miesiąca następującego po dniu, w którym to nastąpiło podjęcie uchwały. W przeciwnym razie podatek nie jest należny.

²⁰ Art. 150VA Generalnego kodeksu podatków stanowi, że stosowana cena cesji jest ceną rzeczywistą, określoną w danym akcie. W przypadku ustalenia faktu zatajenia ceny, cena zapisana w danym akcie musi zostać powiększona o kwotę tego zatajenia. Kiedy składnik aktywów jest sprzedawany na dożywotnią rentę, cena sprzedaży użyta dla tego składnika aktywów jest wartością kapitałową renty, z wyłączeniem odsetek.

²¹ Fr. *Institut national de la statistique et des études économiques*.

²² W akcie przeniesienia (cesji) podlegającym właściwym formalnościom lub przedstawionym do rejestracji określa się, pod rygorem odmowy złożenia depozytu lub formalności rejestracyjnej, charakter i podstawę tego zwolnienia lub brak opodatkowania. Obowiązują postanowienia drugiego i trzeciego akapitu pkt. III art. 150 VG.

²³ Stosuje się również pomocniczo postanowienia pkt. I i pkt. II art. 150 VF, drugiego akapitu pkt. I oraz pkt. II i III art. 150 VH oraz pkt. IV art. 244 bis A.

²⁴ Uchwały rady gminy.

Podatek od nieużytków handlowych (*Taxe sur les friches commerciales*)

Drugim z fakultatywnych podatków gminnych jest podatek od nieużytków handlowych (fr. *Taxe sur les friches commerciales*), któremu poświęcono art. 1530 CGI. Aktualna konstrukcja przedmiotowego podatku została ukształtowana ustawami z 2009 r.²⁵ oraz z 2012 r.²⁶

Artykuł 1530 CGI składa się z ośmiu punktów, a pierwszy z nich stanowi, że podatek ten może być ustanowiony przez gminy w drodze uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w I art. 1639 A bis. Podatek od nieużytków handlowych ma wymiar roczny i dotyczy terenów znajdujących się na terytorium danej gminy. Dodatkowo publiczne zakłady kooperacji międzygminnej (fr. *les établissements publics de coopération intercommunale*), posiadające własny system podatkowy i kompetencje w zakresie rozwoju stref działalności gospodarczej²⁷, mogą, w drodze uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w art. 1639a bis I, wprowadzić ten podatek w zastępstwie gminy²⁸.

Dodatkowo w pkt. II art. 1530 CGI francuski ustawodawca precyzuje, że podatek należny jest od majątku wycenionego na podstawie art. 1498, z wyjątkiem elementów, o których mowa w art. 1500 CGI, tzn. które nie są objęte zakresem podatku od nieruchomości od firm (fr. *cotisation foncière des entreprises*), określonego w art. 1447 CGI, przez co najmniej dwa lata lub od 1 stycznia roku, w którym podatek ten został nałożony, i które w tym samym okresie pozostawały niezamieszkałe.

W celu ustanowienia przedmiotowego podatku podatków rada gminy lub organ orzekający publicznego zakładu współpracy międzygminnej corocznie przekazuje administracji podatkowej, przed 1 października roku poprzedzającego rok podatkowy, wykaz adresów majątków, które mogą być przedmiotem niniejszego podatku.

Następnie w pkt. III art. 1530 CGI doprecyzowano, że podatek jest płacony przez osobę zobowiązaną do zapłaty podatku od nieruchomości w rozumieniu art. 1400 CGI. W zakresie podstawy opodatkowania w pkt. IV art. 1530 wskazano na dochód netto stanowiący podstawę podatku od nieruchomości zabudowanych, określonego w artykule 1388 CGI²⁹.

²⁵ Ustawa – Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010.

²⁶ Ustawa – Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

²⁷ P. Serrand, *Manuel d'institutions administratives françaises*, Paryż 2012, s. 193.

²⁸ J.-C. Zarka, op. cit., s. 38 i nast.

²⁹ W zakresie francuskiego podatku od nieruchomości zob. G. Nowecki, *Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji*, [w:] L. Etel (red.), *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, Warszawa 2003, s. 25 i nast.

W zakresie stawki przedmiotowego podatku, zgodnie z pkt. V art. 1530 CGI, wynosi ona 10% w pierwszym roku podatkowym, 15% w drugim i 20% w trzecim roku podatkowym. W drodze uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w pkt. I art. 1639 A bis stawki te mogą zostać podwyższone do maksymalnie dwukrotności powyższych stawek przez radę gminy lub radę publicznego zakładu współpracy międzygminnej.

W myśl pkt. VI art. 1530 CGI podatek ten nie jest należny, gdy brak eksploatacji danych dóbr wynika z przyczyn niezależnych od woli podatnika³⁰. Ponadto, zgodnie z pkt. VII przedmiotowego artykułu, kontrola, pobór, spory sądowe, gwarancje i kary podatkowe są uregulowane jak w sprawach podatku od nieruchomości zabudowanych (fr. *taxe foncière sur les propriétés bâties*).

W ostatnim VIII pkt. art. 1330 wskazano, że obniżki podatku przyznane na podstawie pkt. VI lub w wyniku opodatkowania błędnie ustalonego na podstawie pkt. II i leżą w zakresie kompetencji gminy lub publicznego zakładu współpracy międzygminnej. Są one uwzględniane w miesięcznych odpisach podatkowych i opłatach bądź podatkach pobieranych za pośrednictwem tzw. wykazu (fr. *perçues par voie de rôle*)³¹.

Podatek od zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom (*taxe pour la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations*)

Trzecim i zarazem ostatnim z opisywanych w ramach niniejszego opracowania fakultatywnych podatków gminnych jest podatek od zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom (fr. *taxe pour la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations*), któremu poświęcono art. 1530 bis CGI. Podatek ten został po raz pierwszy wprowadzony ustawą z 2017 r.³², z mocą obowiązującą od 1 stycznia 2018 r. Obecna treść przywoływanego artykułu została następnie zmieniona ustawami z 2019 r.³³ oraz z 2021 r.³⁴

Przedmiotowy artykuł składa się z ośmiu punktów, z których ostatni został wykreślony na mocy ustawy nr 2020-1721 z 29 grudnia 2020 r. Tak też w pkt. I czytamy, że gminy, które wykonują, stosując pkt. I bis art. L.211-7

³⁰ Fr. *la taxe n'est pas due lorsque l'absence d'exploitation des biens est indépendante de la volonté du contribuable.*

³¹ Fr. *rôles* – tzn. tytuły, pod którymi księgowi publiczni prowadzą i dążą do poboru podatku dochodowego, lokalnych podatków bezpośrednich i podobnych podatków. Jest to wykaz podatników podlegających opodatkowaniu, obejmujący dla każdego z nich podstawę opodatkowania, rodzaj składek i podatków, stawkę podatku oraz wysokość składek.

³² Ustawa – Loi 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017.

³³ Ustawa – Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020.

³⁴ Ustawa – Loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022.

Kodeksu ochrony środowiska³⁵, kompetencje zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom mogą – przez uchwałę podjętą na warunkach przewidzianych w pkt. I artykułu 1639 A bis CGI – ustanowić i pobierać podatek w celu finansowania zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom³⁶. Jednakże publiczne zakłady współpracy międzygminnej z własnym systemem podatkowym, które zastępują gminy członkowskie w wykonywaniu kompetencji w zakresie zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom, również mogą na podstawie uchwały podjętej na warunkach przewidzianych w I art. 1639 a bis tego kodeksu ustanowić i pobierać niniejszy podatek w miejsce swoich gmin członkowskich.

Ponadto, zgodnie z pkt. II art. 1530 bis, wpływy z tego podatku są określane każdego roku na warunkach przewidzianych w artykule 1639 A przez organ uchwałodawczy gminy lub, tam gdzie ma to zastosowanie, publicznego zgromadzenia współpracy międzygminnej w ramach ustalonego limitu 40 euro na mieszkańca, w rozumieniu art. L. 2334-2 Kodeksu ogólnego jednostek samorządu terytorialnego, zamieszkałego na terytorium podlegającym jego jurysdykcji³⁷. Dochód z tego podatku przeznaczany jest wyłącznie na finansowanie kosztów eksploatacyjnych i inwestycyjnych, w tym kosztów remontów instalacji, jak również na spłatę rat pożyczek, wynikających z wykonywania kompetencji w zakresie zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom.

W pkt. III analizowanego artykułu doprecyzowano, że dochód z podatku rozdziela się między wszystkie osoby fizyczne lub prawne podlegające podatkowi od nieruchomości zabudowanych i niezabudowanych, podatkowi mieszkaniowemu i aportowi majątkowemu spółek, proporcjonalnie do przychodów, jakie każdy z tych podatków przyniósł w poprzednim roku. Po pierwsze, na terenie gminy wprowadzającej ww. podatek na rzecz tej gminy oraz publicznych zakładów współpracy międzygminnej, których jest członkiem. Po drugie, na terenie publicznego zakładu współpracy międzygminnej posiadającego własny system podatkowy, na rzecz gmin członkowskich które taki podmiot ustanawiają oraz do innych publicznych zakładów współpracy międzygminnej których są członkami danego związku³⁸. Warto również nadmienić, że od podatków ustalonych na rok 2021 wpływy rozdzielone w 2020 r. między osoby podlega-

³⁵ Fr. *code de l'environnement*.

³⁶ W tym również w sytuacji przeniesienia całości lub części tych kompetencji na jeden lub więcej związków mieszanych na warunkach przewidzianych w art. L. 5711-1 do L. 5721-9 Kodeksu ogólnego jednostek samorządu terytorialnego.

³⁷ Z zastrzeżeniem przestrzegania wskazanego limitu kwota wpływów z podatku jest co najwyżej równa szacowanej rocznej kwocie kosztów operacyjnych i inwestycyjnych, wynikających z wykonywania kompetencji w zakresie zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom, w rozumieniu pkt. I bis art. L.211-7 Kodeksu ochrony środowiska.

³⁸ P. Mouzet, *L'essentiel des finances locales. Tout savoir des réformes financières et territoriales*, Paryż 2017, s. 29 i nast.

jące opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości zabudowanych a osoby podlegające podatkowi od nieruchomości od spółek, w przypadku lokali ocenianych zgodnie z postanowieniami art. 1499, są w połowie pokrywane przez państwo³⁹.

Kolejna dyspozycja zawarta w pkt. III bis stanowi w ustępie 1, że w przypadku zarządzenia o utworzeniu nowej gminy wydanego przed 1 października danego roku gmina może podejmować uchwały, o których mowa w pkt. I (tzn. dotyczące ustanowienia podatku), do 15 stycznia roku następnego.

Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku publicznych zakładów współpracy między gminnej, które zgodnie z pkt. III ter art. 1530 bis CGI, które jeżeli zostały utworzone w wyniku połączenia przeprowadzonego na warunkach przewidzianych w artykule L. 5211-41-3 Kodeksu ogólnego jednostek samorządu terytorialnego, mogą podejmować uchwały, o których mowa w pkt. I (tzn. dotyczące ustanowienia podatku), do 15 stycznia roku następnego.

Podstawa opodatkowania została opisana przez francuskiego ustawodawcę w pkt. IV analizowanego artykułu. W myśl ww. punktu jest ustalana na takich samych warunkach jak dla części gminnej lub – w przypadku braku części gminnej – na takich samych warunkach jak dla międzygminnej części podatku głównego, do którego podatek ten jest doliczany. Z podatku zwolnione są organizacje mieszkaniowe o niskich czynszach i specjalne spółki gminne⁴⁰ za lokale mieszkalne i budynki gospodarcze, których są właścicielami i które przydzielane są na warunkach podlegających kontroli dochodów⁴¹.

Warto również odnotować regulację zawartą w pkt. V przedmiotowego artykułu, która stanowi, że dochód z podatku jest wypłacany beneficjentowi na warunkach przewidzianych w art. L. 2332-2 Kodeksu ogólnego jednostek samorządu terytorialnego. Ponadto w myśl pkt. VI wszelkie kwoty są ustalone, kontrolowane, gwarantowane i pobierane jak w przypadku podatków bezpośrednich⁴². Reklamacje i spory są przedstawiane i oceniane podobnie jak w przypadku wpłat bezpośrednich (fr. *impôts directs*)⁴³.

Podsumowanie

Opisane w ramach niniejszego opracowania trzy inne lokalne podatki fakultatywne – podatek od przekazania gruntu, który stał się możliwy do zabu-

³⁹ Na terenie miasta Paryża wpływy z podatku od nieruchomości od nieruchomości wybudowanych, które należy wziąć pod uwagę przy dokonywaniu tego podziału, są pomniejszane o udział, jaki ten podatek zapewnił departamentowi paryskiemu za rok 2018.

⁴⁰ Fr. *sociétés d'économie mixte*.

⁴¹ Ponadto z podatku zwolnieni są również podatnicy, w imieniu których ustalana jest składka na podatek mieszkaniowy z tytułu ww. lokali.

⁴² Podobnie w przypadku reklamacji i sporów, które również oceniane są i prowadzone analogicznie do tych odnoszących się do podatków bezpośrednich.

⁴³ P. Mouzet, op. cit., s. 27 i nast.

dowania, podatek od nieużytków handlowych oraz podatek od zarządzania środowiskiem wodnym i zapobiegania powodziom – wskazują jak bardzo złożony jest francuski system podatkowy. Niemniej jednak, mimo wielości fakultatywnych i obligatoryjnych form opodatkowania, przedstawione w ramach niniejszej pracy formy podatków lokalnych stanowią bardzo interesującą formę potencjalnie zwiększającą dochody gmin, mogących z tych form podatków lokalnych korzystać. Istotny jest również fakt, że przytoczone konstrukcje podatkowe zostały wprowadzone stosunkowo niedawno, dlatego też ich dalsza pogłębiona analiza może dostarczyć dodatkowych informacji co do ich efektywności, w postaci analizy wpływów z danych podatków, kosztów ich poboru czy problemów praktycznych jakie w tym aspekcie się pojawiają. Bezspornym jest natomiast, że wprowadzenie tego typu fakultatywnych kontrybucji daje znacznie szersze możliwości zarządzania finansami na poziomie lokalnym. Tak też np. gminy zagrożone powodzią dysponują dodatkową możliwością pozyskania środków na zwiększenie bezpieczeństwa lokalnej społeczności w tym aspekcie, bez konieczności czynienia tego z uszczupleniem pozostałych dochodów gminnych.

Powyższe uprawnia do stwierdzenia, że francuski system podatkowy oraz jego podstawowe źródło – Generalny kodeks podatków (*Code général des impôts*) mogą potencjalnie stanowić źródło inspiracji dla polskiego ustawodawcy, który z francuskich wzorców niejednokrotnie, zwłaszcza w zakresie prawa cywilnego czy prawa rynku finansowego, już korzystał. Warto również podkreślić, że w swoim raporcie dot. finansów lokalnych z 2017 r. francuski *Cour des comptes*, opisując najważniejsze wyzwania w tym zakresie, wskazał m.in. na fakt, iż finanse lokalne we Francji w około 80% zależne są od podatków związanych z konstrukcją prawną podatku od nieruchomości⁴⁴. Wprowadzenie i rozwój innych fakultatywnych podatków gminnych może niewątpliwie przyczynić się do większej dywersyfikacji dochodów w tym zakresie oraz do wzmocnienia anonsowanego w doktrynie francuskie procesu oparcia tych finansów o gminy i związki międzygminne⁴⁵.

Dywersyfikacja możliwych do wprowadzenia na poziomie gminy obciążeń podatkowych stanowi z jednej strony krok w stronę dalszego skomplikowania systemu, jednak umiejętne wykorzystanie zasady fakultatywności wprowadzenia wybranych podatków lokalnych może skutkować lepszym dostosowaniem opodatkowania danych gmin do specyfiki tak geograficznej, jak i społeczno-ekonomicznej, w której funkcjonują. Warto odnotować również możliwość wpro-

⁴⁴ M. Mariański, *Challenges and problems of local government finances in the light of the French Cour des Comptes reports as a guide for the Polish legislature*, [w:] P. Mrkyvka, J. Gliniecka, E. Tomaskova, E. Juchniewicz, T. Sowiński, M. Radvan (red.), *The challenges of local government financing in the light of European Union regional policy*, Brno 2018, s. 89 i nast.

⁴⁵ P.-Y. Monjal, *La communautarisation de l'organisation décentralisée en France*, [w:] *Journées juridiques franco-polonaises: le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paryż 2013, s. 449.

wadzania fakultatywnych obciążeń podatkowych za pośrednictwem publicznych jednostek współpracy międzygminnej, co w sposób istotny może wpłynąć na zmniejszenie kosztów obsługi poboru takich danin.

Wykaz literatury

- Auby J.-B., Auby J.-F., Noguellou R., *Droit des collectivités locales*, PUF, Paryż 2015.
- Etel L., *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, Biuro Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Warszawa 2003.
- Kałużny A., *Opodatkowanie infrastruktury podatkiem od nieruchomości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Machowska A., Wojtyczek K., *Prawo francuskie*, t. 2, Zakamycze, Kraków 2005.
- Mariański M., *Challenges and problems of local government finances in the light of the French Cour des Comptes reports as a guide for the Polish legislature*, [w:] P. Mrkyvka, J. Gliniecka, E. Tomaskova, E. Juchniewicz, T. Sowiński, M. Radvan (red.), *The challenges of local government financing in the light of European Union regional policy*, Masaryk University, Brno 2018.
- Mariański M., *Inne obowiązkowe podatki gminne we Francji według francuskiego Generalnego Kodeksu Podatków*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXIX.
- Mariański M., *Formy realizacji zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego we Francji ze szczególnym uwzględnieniem spółek handlowych*, „Prawo i Więż” 2021, nr 35.
- Monjal P.-Y., *La communautarisation de l'organisation décentralisée en France*, [w:] *Journées juridiques franco-polonaises: le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Marre & Martin, Paryż 2013.
- Mouzet P., *L'essentiel des finances locales. Tout savoir des réformes financières et territoriales*, Gualino, Paryż 2017.
- Nowecki G., *Charakterystyka systemu katastralnego oraz systemu opodatkowania nieruchomości we Francji*, [w:] L. Etel (red.), *Europejskie systemy opodatkowania nieruchomości*, Biuro Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Warszawa 2003.
- Serrand P., *Manuel d'institutions administratives françaises*, PUF, Paryż 2012.
- Zarka J.-C., *Fiscalité locale. Une présentation rigoureuse des impôts locaux*, Gualino, Paryż 2020.

Summary

Forms of other optional municipal taxes in the French General Tax Code

Keywords: French law, local taxes, commune, property tax.

This publication is a part of the study of the *Code général des impôts* in the field of local taxes including taxes collected by municipalities. The purpose

of this publication is to describe the specificity of the so-called other facultative municipal taxes in France, which were introduced by the French legislator next to the obligatory municipal taxes. In this study, three out of four other local facultative taxes were analyzed: a tax on the transfer of land which has become buildable (Art. 1529 – *Taxe sur la cession de terrains devenus constructibles*); a tax on commercial waste (Art. 1530 – *Taxe sur les friches commerciales*) and a tax on aquatic environmental management and flood prevention (Art. 1530 bis – *Taxe pour la gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations*). This study not only describes the chosen aspects of the French tax system but is the first step towards a further in-depth analysis of individual types of taxes, and thus the possible application of structures and solutions that are present in French tax law by the Polish legislator.

Anna Młostoń-Olszewska

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0003-2274-269X

amlostonolszewska@gmail.com

Amadeusz Małolepszy

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0001-9737-9923

amalolepszy@wpia.uni.lodz.pl

Uprawnienia procesowe powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów w postępowaniu w sprawach o wykroczenia – wybrane zagadnienia praktyczne na gruncie wykroczenia z art. 114 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Wprowadzenie

Status prawny powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów określa art. 40 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako u.o.k.k.). Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jest pracownikiem samorządowym bezpośrednio podporządkowanym staroście (prezydentowi miasta). Nie mamy tu jednak do czynienia ze zwyczajnym stosunkiem pracy. Ustawodawca bowiem skoncentrował obowiązki rzecznika konsumentów wokół realizacji zadania samorządu powiatowego w zakresie ochrony praw konsumentów i wyposażył go w tym celu w procesowe oraz pozaprocessowe uprawnienia. Może on m.in. wytaczać powództwa na rzecz konsumentów oraz wstępować za ich zgodą do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów, w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów być oskarżycielem publicznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹, a tak-

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 457, dalej jako k.p.w.

że występować do przedsiębiorców w sprawach ochrony praw i interesów konsumentów.

W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się, że powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów nie ma uprawnienia do wydawania jednostronnych, władczych aktów administracyjnych, zaś pisma sporządzone przez niego, jako niedotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, nie podlegają kontroli sądowej². Powyższe, w ocenie tych sądów, przemawia za tym, że powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów nie jest organem administracji publicznej³. Stanowisko to nie jest jednolite. W literaturze bowiem wyrażane są przeciwstawne poglądy m.in.:

1. uznający rzecznika konsumentów za organ powiatu⁴,
2. uznający, że co prawda rzecznik konsumentów nie jest organem powiatu *stricto*, ale jest organem administracji publicznej, ponieważ: 1) znajduje się w strukturze organizacyjnej administracji samorządowej – strukturach powiatu (miasta na prawach powiatu); 2) realizuje normy prawa administracyjnego – ma kompetencję do władczego żądania od przedsiębiorców wyjaśnień i informacji; 3) ma ściśle określone przepisami prawa kompetencje⁵,
3. uznający, że rzecznik jest organem ochrony prawnej⁶.

Na gruncie postępowania w sprawach o wykroczenia ustawodawca w art. 42 ust. 3 u.o.k.k.⁷ powierzył powiatowemu (miejskiemu) rzecznikowi konsumentów funkcje oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia na szkodę konsumentów. Rozwiązanie to koresponduje z art. 17 § 1 k.p.w. i wyłącza od udziału w sprawie Policję.

Organ oskarżycielski w art. 42 ust. 3 u.o.k.k. został wskazany w zindywidualizowany sposób. Dlatego też to powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów, a nie jego pracodawca, powinien występować przed sądem, realizując

² Zob. postanowienie NSA z 12 listopada 2019 r., sygn. akt I OSK 2617/19, Lex nr 2741039; postanowienie WSA w Łodzi z 28 czerwca 2019 r., sygn. akt III SAB/Łd 18/19, Lex nr 2687099; postanowienie WSA w Poznaniu z 18 lutego 2014 r., sygn. akt IV SA/Po 154/14, Lex nr 1433217; postanowienie WSA w Poznaniu z 30 grudnia 2016 r., sygn. akt II SA/Po 809/16, Lex nr 2181082.

³ Podobnie: S. Koroluk i A. Powałowski, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 39 teza 3, którzy wskazują, że rzecznik konsumentów nie jest organem powiatu.

⁴ E. Łętowska, *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 169; eadem, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 606; D. Bunikowski, *Powiatowy rzecznik konsumentów*, „Jurysta” 2006, nr 11, s. 8.

⁵ M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 39 teza 1; E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 606; D. Bunikowski, op. cit., s. 8.

⁶ J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*, Warszawa 2016, s. 24 i 492, także: W. Lis, *Powiatowy rzecznik konsumentów – strażnik ochrony interesów i praw konsumentów czy organ o pozorowanych kompetencjach?*, [w:] M. Zdyb, E. Kruk, G. Lubeńczuk, *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2018, s. 142.

⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275.

funkcję oskarżania⁸. Ustawodawca w art. 42 ust. 3 u.o.k.k., podobnie jak w art. 17 § 1 k.p.w., stanowi o „oskarżycielu publicznym”. Nie może być zatem wątpliwości, że będzie nim właśnie rzecznik konsumentów. Odróżniono go w ten sposób od organów, które mają jedynie nadane uprawnienia oskarżyciela na podstawie art. 17 § 3 i 4 k.p.w.⁹, tj. organów administracji rządowej i samorządowej, organów kontroli państwowej i samorządu terytorialnego oraz straży gminnych (miejskich), jak również innych instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych.

Z uprawnieniami oskarżycielskimi związane jest prawo rzecznika do przeprowadzenia czynności wyjaśniających. Skoro bowiem może być oskarżycielem publicznym, to tym samym może przeprowadzić czynności wyjaśniające (*argumentum a maiori ad minus*), nawet w sytuacji, gdyby takie uprawnienie nie wynikało *expressis verbis* z ustawy¹⁰. Pogląd ten należy zaaprobować, ale nie jest on pozbawiony wątpliwości. Wskazane uprawnienie nie wynika bowiem z art. 56 § 2 i 3 k.p.w. Przepis ten upoważnia inne organy niż Policja i prokuratura do przeprowadzania czynności wyjaśniających. Odwołuje się on wprost do organów, o których mowa w art. 17 § 2 i 3 k.p.w. i nie obejmuje powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów. Z kolei w art. 42 ust. 3 u.o.k.k. ustawodawca nie zastrzegł prawa do przeprowadzania czynności wyjaśniających, tak jak to uczynił np. w przypadku straży gminnej w art. 12 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych¹¹. Wyłączenie możliwości przeprowadzenia czynności wyjaśniających spowodowałoby, że rzecznik – oskarżyciel publiczny nie mógłby wnieść skutecznie wniosku o ukaranie. Oskarżyciel publiczny do swojej skargi dołącza materiały czynności wyjaśniających oraz wskazuje dowody, na których opiera obwinienie (art. 57 § 2 i 4 k.p.w.). Ich brak oznaczałby niemożność wszczęcia postępowania.

Warto też zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt. Zgodnie z art. 40 ust. 2 u.o.k.k. rzecznikiem konsumentów może być osoba posiadająca wyższe wykształcenie, w szczególności prawnicze lub ekonomiczne, i co najmniej pięcioletnią praktykę zawodową. Zatem nie musi mieć doświadczenia w zakresie prowadzenia postępowań w sprawach o wykroczenia. Organy wymienione w art. 17 § 4 k.p.w., którym nadano w drodze rozporządzenia Rady Ministrów uprawnienia oskarżyciela publicznego mogą na podstawie art. 56 § 3 k.p.w. wystąpić do Policji o przeprowadzenie czynności wyjaśniających. Nie odnosi się to jednak do rzecznika konsumentów. Posiada on bowiem status oskarży-

⁸ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 92.

⁹ K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 17 teza 2.

¹⁰ C.P. Kłak, *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 9, s. 84.

¹¹ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1795 z późn. zm.

ciela publicznego wynikający z przepisu art. 42 ust. 3 u.o.k.k., a zatem nie dotyczy go dyspozycja art. 17 § 4 k.p.w.

Wniesienie wniosku o ukaranie przez innego niż Policja oskarżyciela publicznego nie zwalnia jednakże sądu z obowiązku powiadomienia Policji o miejscu i terminie rozprawy lub posiedzenia – stosownie do art. 65 § 1 i 2 k.p.w. Nie można bowiem wykluczyć, że aktywność innego oskarżyciela publicznego zakończy się z chwilą złożenia wniosku o ukaranie do sądu. W takim przypadku, gdy nie stawi się oskarżyciel – wnioskodawca, a stawi się przedstawiciel Policji, oskarżycielem publicznym pozostaje Policja. Jeżeli jednak stawi się przedstawiciel oskarżyciela – wnioskodawcy, to fakt ten wyłączy Policję od udziału w sprawie. W obu przypadkach wyłączenia mają charakter trwały i rozciągają się na całe postępowanie, aż do jego zakończenia¹².

Ustawodawca pozostawia w ten sposób „wentyl bezpieczeństwa”, na wypadek gdyby oskarżyciel szczególnie nie wykonywał praw oskarżycielskich. Wydaje się, że podobna sytuacja będzie mogła mieć miejsce na etapie czynności wyjaśniających. Policja może przeprowadzić czynności wyjaśniające także w sprawie, w której oskarżycielem publicznym może być rzecznik konsumentów. Policja jest bowiem oskarżycielem zasadniczym (art. 17 § 1 k.p.w.), w każdym wypadku uprawnionym do wniesienia wniosku o ukaranie.

Rzecznik konsumentów jako oskarżyciel publiczny

Ustawodawca ograniczył przedmiotowo zakres spraw, w których rzecznik konsumentów może występować jako oskarżyciel publiczny. Są to wyłącznie wykroczenia popełnione na szkodę konsumentów. Będą to zatem czyny stypizowane w rozdziale XV ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń¹³, jak też czyny określone w ustawach szczególnych. Rzecznik konsumentów ścigający wykroczenia popełnione na szkodę konsumentów nie działa w imieniu pokrzywdzonych (tych nie musi wcale być), lecz realizuje nałożone na niego zadania ustawowe.

¹² K. Dąbkiewicz, op. cit., komentarz do art. 17 teza 12.

¹³ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 281 z późn. zm., dalej jako k.w. Mowa tu o następujących wykroczeniach: spekulacja (art. 133 k.w.), oszukanie nabywcy (art. 134 k.w.), ukrywanie towaru (art. 135 k.w.), usuwanie ceny (art. 136 k.w.), brak faktur (art. 137 k.w.), pobieranie nienależnych opłat (art. 138 k.w.), naruszenie orzeczenia sądu zobowiązującego do zaniechania stosowania niedozwolonych wzorców umownych (art. 138b k.w.), naruszenie wymagań dotyczących kredytu konsumenckiego (art. 138c k.w.), wprowadzenie w błąd co do posiadanych uprawnień przez podejmującego się zadania przewodnika turystycznego lub pilota wycieczek (art. 138d k.w.), wykroczenia związane z umową timeshare (art. 139a k.w.), wykroczenia niespełnienia wymagań dotyczących udzielenia informacji lub wydania dokumentu, przewidzianych w przepisach ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (art. 139b k.w.).

Przyjęta przez ustawodawcę w art. 42 ust. 3 u.o.k.k. metoda określenia kompetencji rzecznika konsumentów do występowania w charakterze oskarżyciela publicznego może przysparzać trudności wykładniczych, gdyż niekiedy trudno jest ocenić, jaką pozycję w katalogu dóbr prawnych chronionych przez dany przepis zajmują prawa konsumenta¹⁴. Tak jest np. w przypadku czynów zabronionych zawartych w ustawie z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia¹⁵, gdzie w art. 100 ust. 1 zawarto 17 punktów penalizujących wprowadzanie do obrotu i reklamowanie produktów dokonywane wbrew przepisom ustawy. Konstrukcja tych czynów pozwala na przyjęcie, że mogą być one popełnione na szkodę konsumentów. Nie wydaje się jednak, aby powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów mógł być oskarżycielem w tego rodzaju sprawach. Ustawodawca bowiem nadzór nad warunkami żywności, żywienia i produktów kosmetycznych powierzył organom, takim jak inspekcja sanitarna. Nawet gdyby rzecznik konsumentów ujawnił czyn zabroniony stypizowany w powołanej wyżej ustawie, to zasadne byłoby wówczas przekazanie sprawy właściwym organom powołanym do ścigania tego rodzaju czynów zabronionych, nie zaś wystąpienie z wnioskiem o ukaranie.

Wątpliwości w zakresie dopuszczalności wystąpienia w charakterze oskarżyciela publicznego przez powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów może budzić wykroczenie stypizowane w art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Przepis ten przewiduje odpowiedzialność karną w przypadku niewypełnienia przez przedsiębiorcę ustawowego obowiązku udzielenia rzecznikowi konsumentów wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub obowiązek ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika. Na tle stosowania tego przepisu powstała wątpliwość interpretacyjna, czy wykroczenie to jest wykroczeniem na szkodę konsumentów¹⁶. Stała się ona przedmiotem pytania prawnego do Sądu Najwyższego. Powstało ono w toku rozpoznawania zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania z powodu braku skargi uprawnionego oskarżyciela, gdzie wniosek o ukaranie za wykroczenie z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. sporządził i wniósł do sądu rzecznik konsumentów. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, jednakże tezy zawarte w uzasadnieniu postanowienia dają jasne wskazówki wykładnicze rozwiązujące zadany problem interpretacyjny¹⁷.

Zasadnie przyjęto, że wykroczenie z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. nie jest wykroczeniem na szkodę konsumentów, co oznacza, że rzecznik nie może być oskarżycielem publicznym. Zgodnie ze stanowiskiem przyjętym przez Sąd Najwyż-

¹⁴ A. Skowron, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 23/11*, 2013, Lex.

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2021 z późn. zm.

¹⁶ Przykładowo za uznaniem tego wykroczenia za wykroczenie na szkodę konsumentów opowiadali się: M. Król-Bogomilska, [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., s. 1735 oraz D. Bunikowski, op. cit., s. 9. Odmienne: C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 114, teza 6 oraz M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., s. 1294.

¹⁷ Postanowienie SN z 28 marca 2012 r., sygn. akt I KZP 23/11, OSNKW 2012/5/45.

szy, brak udzielenia rzecznikowi konsumentów wyjaśnień i informacji, będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub nieustosunkowanie się do uwag i opinii rzecznika, nie godzi w interes konsumenta. Pogląd powyższy znajduje uzasadnienie w: 1) systematyce wykroczeń przeciwko interesom konsumentów; 2) wykładni art. 114 ust. 1 u.o.k.k. oraz 3) braku bezpośredniego związku pomiędzy wykroczeniem z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. a naruszeniem lub zagrożeniem interesu konsumenta¹⁸.

Konsekwencją takiego stanowiska jest wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela. Oznacza ona niemożność wszczęcia postępowania, a jeżeli wniosek o ukaranie zostanie wniesiony do sądu, to postępowanie umarza się na podstawie art. 5 § 1 pkt 9 k.p.w. postanowieniem wydanym na posiedzeniu. Gdyby rozpoczęto przewód sądowy, wówczas – stwierdzając okoliczność wyłączającą orzekanie – sąd wyda wyrok umarzający postępowanie (art. 62 § 2 k.p.w.).

Zakreślonego problemu nie rozwiązuje także delegacja ustawowa dla Rady Ministrów zawarta w art. 17 § 4 k.p.w. Zgodnie z tym przepisem dopuszcza się upoważnienie do wyposażenia instytucji państwowych, samorządowych lub społecznych, innych niż wymienione w art. 17 § 1–3 k.p.w., w prawo do występowania w sprawach o wykroczenia w charakterze oskarżyciela publicznego. Należy jednak dostrzec, że powiatowy (miejski) rzecznik praw konsumentów nie jest instytucją państwową, samorządową lub społeczną, lecz pracownikiem samorządowym. Stąd nie może być ujęty w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 17 § 4 k.p.w. Wyposażenie rzecznika konsumentów w uprawnienie do ścigania wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. wymagałoby zatem interwencji ustawodawcy poprzez nadanie rzecznikowi konsumentów wprost, tak jak ma to miejsce w art. 42 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k., uprawnień oskarżycielskich w zakresie ścigania wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k.

Skoro wykroczenie, o którym mowa w art. 114 ust. 1 u.o.k.k., nie mieści się w katalogu wykroczeń z art. 42 ust. 3 u.o.k.k., jego ściganie będzie należało do Policji, która w świetle art. 17 § 1 k.p.w. jest oskarżycielem publicznym we wszystkich sprawach o wykroczenia. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w przypadku tego czynu uprawnienia oskarżyciela publicznego nie będą służyły staroście (prezydentowi miasta) jako organowi administracji samorządowej i w konsekwencji nie będzie mógł on delegować uprawnień do ścigania tego wykroczenia na rzecznika konsumentów¹⁹.

Jakkolwiek, zgodnie z art. 17 § 3 k.p.w., organom administracji rządowej i samorządowej, organom kontroli państwowej i kontroli samorządu terytorialnego oraz strażom gminnym (miejskim) uprawnienia oskarżyciela publicz-

¹⁸ M. Sieradzka, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 23/11*, 2012, Lex.

¹⁹ Odmienne: SN w postanowieniu z 28 marca 2012 r., sygn. akt I KZP 23/11, OSNKW 2012/5/45.

nego przysługują, gdy w zakresie swego działania, w tym w trakcie prowadzonych czynności wyjaśniających, ujawniły wykroczenia i wystąpiły z wnioskiem o ukaranie, to jednakże czyn z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. nie jest ujawniany w zakresie własnego działania przez starostę (prezydenta miasta), lecz w zakresie własnego działania przez rzecznika konsumentów, który przy wykonywaniu swoich ustawowych zadań i kompetencji jest autonomiczny względem wskazanych organów²⁰.

Rzecznik konsumentów działa samodzielnie, w imieniu własnym, w sposób niezależny od innych podmiotów²¹. W konsekwencji jedynym podmiotem uprawnionym do oskarżania w sprawach o wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. jest Policja²².

Rzecznik konsumentów jako zawiadamiający

Wyłączenie możliwości oskarżania nie oznacza końca aktywności powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów. Rzecznik będzie bowiem zawiadamiającym o możliwości popełnienia wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Zawiadomienie powinno spełniać wymogi pisma procesowego określone w art. 119 § 1 Kodeksu postępowania karnego²³ (dalej jako k.p.k.), stosowanego odpowiednio na podstawie art. 38 § 1 k.p.w. Do zawiadomienia powinny zostać dołączone dowody uzasadniające podejrzenie, że wypełnione zostały znamiona czynu. Będą to najczęściej potwierdzenia odbioru korespondencji i informacja o braku odpowiedzi w zakreślonym przez rzecznika terminie. Ewentualnie mogą jeszcze wchodzić w grę dowody w postaci zeznań świadków (pracowników biura) na okoliczność kontaktu z przedsiębiorcą lub samego powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów.

Kwestią wymagającą uwagi jest to, czy zawiadomienie o możliwości popełnienia wykroczenia jest obowiązkiem rzecznika. Wydaje się, że zasadniczo tak. Wprawdzie na gruncie postępowania w sprawach o wykroczenia rzecznik

²⁰ Zob. T. Grzegorezyk, op. cit., s. 91–92; M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., komentarz do art. 42 teza 1.3.

²¹ M. Radwański, *Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jako upoważniony podmiot przedstawicielski w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie powództw przedstawicielskich*, [w:] M. Jagielska, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa, *Dochodzenie roszczeń konsumenckich: Nowy ład dla konsumentów*, Warszawa 2020, s. 93–95.

²² Tak samo: M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., komentarz do art. 114 teza 7; A. Skowron, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 23/11*, 2013, Lex; wcześniej C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., komentarz do art. 114, teza 6.

²³ Pismo procesowe powinno zawierać: 1) oznaczenie organu, do którego jest skierowane, oraz sprawę, której dotyczy; 2) oznaczenie oraz adres wnoszącego pismo, a także – w pierwszym piśmie złożonym w sprawie – numer telefonu, telefaksu i adres poczty elektronicznej lub oświadczenie o ich nieposiadaniu; 3) treść wniosku lub oświadczenia, w miarę potrzeby z uzasadnieniem; 4) datę i podpis składającego pismo.

nie ma obowiązku zawiadamiania o ujawnionym wykroczeniu, albowiem na grunt postępowania w sprawach o wykroczenia nie recypowano art. 304 § 2 k.p.k.²⁴, który statuuje obowiązek instytucji państwowych i samorządowych niezwłocznego zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa. Dodatkowo u.o.k.k., która stanowi podstawę działania rzecznika, nie nakłada na niego obowiązku składania zawiadomień o wykroczeniach, o których powziął informację w związku ze swoją działalnością²⁵. Jednakże źródłem obowiązku zawiadomienia o możliwości popełnienia wykroczenia może być art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych²⁶. Przepis ten stanowi, że do podstawowych obowiązków pracownika samorządowego należy dbałość o wykonywanie zadań publicznych oraz o środki publiczne, z uwzględnieniem interesu publicznego oraz indywidualnych interesów obywateli. Wpisuje się w ten katalog zawiadomienie o możliwości popełnienia wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k., które ma stanowić swoistego rodzaju środek dyscyplinujący wobec podmiotów niewspółpracujących z rzecznikiem przy realizacji jego ustawowych zadań.

Ciekawym zagadnieniem powstającym na tym tle jest to, czy o ujawnionym wykroczeniu z art. 114 u.o.k.k. rzecznik ma obowiązek informowania starosty (prezydenta miasta). Wydaje się, że nie. Rzecznik w zakresie prowadzonych przez siebie postępowań ma pozostawioną przez ustawodawcę swobodę, włącznie z byciem oskarżycielem publicznym i wytaczaniem powództw. W powiecie pełni rolę swoistego lokalnego ombudsmána, stąd powinien korzystać z przywileju daleko idącej niezależności od organów wykonawczych powiatu (miasta)²⁷. W związku z tym, w przypadku ujawnienia wykroczenia z art. 114 u.o.k.k. rzecznik składa zawiadomienie o wykroczeniu samodzielnie, w imieniu własnym. Natomiast zgodnie z art. 45 ust. 1 u.o.k.k. informacje o swojej działalności rzecznik zamieszcza w corocznym sprawozdaniu, które przedkłada do zaopiniowania staroście (prezydentowi miasta).

Zawiadomienie powinno być kierowane do organu terytorialnie właściwego dla miejsca, w którym nastąpił czyn. Sprawca wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. może bowiem uchylać się od udzielenia rzecznikowi konsumen-

²⁴ Postępowanie w sprawach o wykroczenia toczy się wyłącznie na podstawie przepisów k.p.w. Wprawdzie w art. 1 § 2 k.p.w. zakłada się stosowanie także przepisów k.p.k., ale tylko wyraźnie wskazanych w normach k.p.w. i w zasadzie jedynie „odpowiednio”, a więc z uwzględnieniem rozwiązań zawartych w k.p.w. Oznacza to brak możliwości stosowania analogii do norm k.p.k. w kwestiach nieuregulowanych w k.p.w. – zob. T. Grzegorzczak, op. cit., s. 17.

²⁵ Oprócz obowiązku społecznego i prawnego uregulowanego w Kodeksie postępowania karnego, ustawy szczególne mogą nakładać na inne podmioty obowiązek zawiadomienia o przestępstwie np. taką regulację przewiduje art. 63 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j. Dz.U. 2020 r., poz. 1200) – por. M. Kurowski, [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex, komentarz do art. 304 teza 9.

²⁶ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1282, dalej jako u.p.s.

²⁷ M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., komentarz do art. 42 teza 2.

tów wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub nie wypełnić w całości lub w części obowiązku ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika, albo nienależycie wykonać obowiązek udzielenia rzecznikowi konsumentów wyjaśnień i informacji będących przedmiotem wystąpienia rzecznika lub obowiązku ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika²⁸. Innymi słowy, właściwość będzie ustalana według siedziby przedsiębiorcy zobowiązanego do złożenia wyjaśnień nie zaś według siedziby powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów. Ta sama zasada będzie determinowała właściwość miejscową sądu rozpoznającego sprawę (art. 31 § 1 k.p.k. w zw. z art. 11 § 2 k.p.w.).

Zawiadamiający o wykroczeniu nie jest stroną postępowania, jeżeli nie jest jednocześnie pokrzywdzonym. Nie ma zatem inicjatywy dowodowej. Nie może występować w sądzie ani przed organem prowadzącym czynności wyjaśniające, może być natomiast przesłuchany w charakterze świadka. Jest pozbawiony prawa do przeglądania akt sprawy²⁹. Cofnięcie zawiadomienia nie wiąże, albowiem wykroczenie z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. jest ścigane *ex officio*. Zawiadamiający w toku postępowania może składać wnioski (np. o umorzenie), które będą traktowane jako wniosek o podjęcie czynności z urzędu przez odpowiedni organ (art. 9 § 2 k.p.k. w zw. z art. 8 k.p.w.), przy czym – z uwagi na to, że nie jest on stroną postępowania – nie zostanie poinformowany o sposobie ich załatwienia.

Istotnym uprawnieniem przyznanym zawiadamiającemu jest natomiast prawo do zaskarżenia decyzji o niewniesieniu wniosku o ukaranie do organu nadrzędnego nad organem prowadzącym czynności wyjaśniające (art. 56a k.p.w.). Skorelowany jest z tym obowiązek poinformowania o takiej decyzji wraz z podaniem przyczyny niewniesienia wniosku o ukaranie (art. 54 § 2 k.p.w.). Skutecznie żalić się może jedynie zawiadamiający, który sam nie jest hipotetycznym pokrzywdzonym danym zachowaniem. Ten ostatni może bowiem przy odmowie ścigania przez oskarżyciela publicznego samoistnie wystąpić do sądu z wnioskiem o ukaranie³⁰ bez potrzeby składania zażalenia (art. 27 § 2 k.p.w.). Zawiadamiającego nie informuje się o wniesieniu wniosku o ukaranie do sądu, jak też o posiedzeniach, rozprawach i w konsekwencji o rozstrzygnięciu, które zapadło w sprawie.

Wzięcie udziału rzecznika jako zawiadamiającego w rozprawie nie niesie ze sobą ujemnych skutków procesowych, nie stanowi przeszkody uniemożliwiającej przeprowadzenie postępowania (art. 5 k.p.w.), jak również nie zalicza się do kategorii bezwzględnych przyczyn odwoławczych (art. 104 k.p.w.).

²⁸ M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., komentarz do art. 114 teza 3.

²⁹ Dostęp do akt sprawy będzie możliwy jedynie za zgodą prezesa sądu lub prowadzącego postępowanie w sprawach o wykroczenia na podstawie art. 156 § 1 zd. II i § 5 zd. II k.p.k. w zw. z art. 38 § 1 k.p.w.

³⁰ T. Grzegorzczak, op. cit., s. 224.

Negatywne konsekwencje wiążą się dopiero z jego aktywnością. Złożony przez niego sprzeciw od wyroku nakazowego będzie odrzucony jako wniesiony przez osobę nieuprawnioną (art. 506 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 94 § 1 k.p.w.). Podobny los czeka apelację od wyroku sądu I instancji (art. 103 § 2 k.p.w. w zw. z art. 429 § 1 k.p.k. w zw. z art. 109 § 2 k.p.w.). W przypadku wniosków dowodowych mogą być one konwalidowane, o ile oskarżyciel publiczny, będący stroną postępowania, zgłosiłby je jako swoje.

Rzecznik konsumentów jako pokrzywdzony

W praktyce³¹ organy prowadzące postępowania w sprawach o wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. traktują powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów jako pokrzywdzonego. Zdarzają się jednak przypadki, gdy rzecznik konsumentów postrzegany jest wyłącznie jako zawiadamiający³². Możliwe jest to z uwagi na przedmiot ochrony z art. 114 ust. 1 u.o.k.k.

Zgodnie z art. 25 § 1 k.p.w. pokrzywdzonym jest ten, czyje dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez wykroczenie. Między naruszeniem lub zagrożeniem dobra nie może być zatem żadnych ogniów pośrednich³³. Czyn stypizowany w art. 114 ust. 1 u.o.k.k. należy zaliczyć do kategorii wykroczeń bez zindywidualizowanego przedmiotu wykroczenia (dobra prawnego chronionego przez konkretny przepis prawa)³⁴. Podobnie jest np. w przypadku niektórych wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji³⁵ lub wykroczeń przeciwko instytucjom państwowym, samorządowym i społecznym. Innymi słowy, nieudzielenie informacji rzecznikowi godzi w abstrakcyjne dobro, jakim jest realizacja zadań związanych z ochroną interesów konsumentów, mimo że w negatywny sposób wpływa na prowadzo-

³¹ Tak było w postępowaniach prowadzonych w latach 2019–2020 przez Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Łodzi w sprawach o sygn.: DRS-MRK.742.193.2019, DRS-MRK.742.403.2019, DM-MRK.742.412.2019, DRS-MRK.742.417.2019, DM-MRK.742.637.2019, DRS-MRK.742.83.2020, DRS-MRK.742.193.2020, DRS-MRK.742.486.2020, DRS-MRK.742.575.2020.

³² Tak było w postępowaniach przeprowadzonych przez Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Łodzi w latach 2018–2019 w sprawach o sygn.: DRS-MRK.742.572.2018, DRS-MRK.742.47.2019, DRS-MRK.742.227.2019, DRS-MRK.742.396.2019, DPK-MRK.742.905.2019 oraz DRS-MRK.742.320.2019.

³³ T. Grzegorzcyk, op. cit., s. 118.

³⁴ Na temat przedmiotu wykroczenia zob. T. Grzegorzcyk, op. cit., s. 42 i 43. Odmiennie: M. Król-Bogomilska, [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., komentarz do art. 114 Nb 25 oraz S. Koroluk, A. Powałowski, [w:] T. Skoczny (red.), op. cit., komentarz do art. 42 Nb 12, którzy po wydaniu przez SN postanowienia z 28 marca 2012 r., sygn. akt I KZP 23/11, OSNKW 2012/5/45, czyn z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. nadal zaliczają do wykroczeń na szkodę konsumentów.

³⁵ Np. nieoznaczenie przeszkody w ruchu drogowym (art. 84 Kodeks wykroczeń, dalej jako k.w.), samowolna zmiana albo uszkodzenie znaku lub sygnału (art. 85 k.w.), bezprawne posiadanie lub używanie urządzeń pojazdu uprzywilejowanego (art. 96a k.w.).

ne przezeń postępowanie. Ogranicza to rolę rzecznika wyłącznie do zawiadamiającego o możliwości popełnienia wykroczenia bez realnego wpływu na dalsze losy postępowania.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w doktrynie przyjmuje się też szersze ujęcie pokrzywdzenia, dla którego bytu nie ma znaczenia, czy dane dobro jest głównym, czy też jedynie ubocznym przedmiotem ochrony określonego przepisu prawa materialnego³⁶. Jako przykład podaje się tu np. ofiarę kolizji na gruncie wykroczenia z art. 86 k.w., naczelnym organ państwa na gruncie wykroczenia z art. 49 k.w. lub osobę, której odpoczynek nocny został zakłócony na gruncie wykroczenia z art. 51 k.w. Podążając tym kierunkiem, można o rzeczniku konsumentów powiedzieć, że jest pokrzywdzonym czynem z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Przepis ten chroni abstrakcyjne dobro, ale nie należy tracić z pola widzenia tego, że czyn ten penalizuje m.in. brak ustosunkowania się do uwag i opinii rzecznika. Sprawca, nie realizując ustawowych obowiązków, utrudnia postępowanie, ale też godzi w powagę prowadzącego je zindywidualizowanego organu administracji publicznej wykonującego określone zadania ustawowe.

Decyzja o nadaniu lub odmowie nadania statusu pokrzywdzonego nie wymaga postanowienia lub zarządzenia. Wynika to zwykle z czynności procesowych podejmowanych przez organy prowadzące postępowanie. Rzecznik traktowany jako pokrzywdzony zostanie zawiadomiony o przesłaniu wniosku o ukaranie i o możliwości złożenia oświadczenia w terminie 7 dni o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego (art. 54 § 2 w zw. z art. 26 § 1 i 3 k.p.w.), zaś w przypadku niewniesienia wniosku o ukaranie powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów jest o tym zawiadamiany i pouczany o możliwości złożenia konkurencyjnego wniosku o ukaranie (art. 54 § 2 w zw. z art. 27 § 2 k.p.w.). W przypadku zakończenia postępowania w trybie nakazowym powiatowemu (miejskiemu) rzecznikowi konsumentów doręczany jest wyrok nakazowy z pouczeniem o możliwości wniesienia sprzeciwu (art. 505 § 1 k.p.k. w zw. z art. 94 § 1 k.p.w.).

Konstatując, zasadne jest traktowanie rzecznika jako pokrzywdzonego na gruncie wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Jest to bowiem jedyny sposób do uzyskania uprawnień procesowych pozwalających na aktywny udział w postępowaniu wykroczeniowym. Bez tego rzecznik nie będzie znał orzeczenia sądu, a przede wszystkim nie będzie miał możliwości jego zaskarżenia.

³⁶ T. Grzegorzczak, op. cit., s. 118 i powołana tam literatura. Tak też: K. Dąbkiewicz, op. cit., komentarz do art. 25 teza 1.

Podsumowanie

Przedstawiona analiza pokazuje różnorodność w traktowaniu powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów na gruncie wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. W praktyce organów prowadzących czynności wyjaśniające, a także w praktyce sądów powszechnych, rzecznik traktowany jest jako pokrzywdzony i pouczany o przysługujących mu uprawnieniach procesowych. Nadto w stosunkowo nieskomplikowane postępowanie zaangażowana jest Policja oraz sądy, co wydłuża zakończenie sprawy, a nie daje pewności, że obwiniony spełni obowiązek udzielenia wyjaśnień.

Jedną z dróg zmiany stanu rzeczy jest wyposażenie powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów w uprawnienia oskarżycielskie w zakresie ścigania wykroczenia z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Nie jest to jednak w pełni zasadne. Z jednej bowiem strony rzecznik posiada pełną dokumentację (akta prowadzonej przez siebie sprawy), z drugiej zaś, biorąc pod uwagę miejsce popełnienia wykroczenia, którym jest miejsce nieudzielenia odpowiedzi na wystąpienie rzecznika, czynności wyjaśniające musiałby przeprowadzać rzecznik właściwy dla siedziby przedsiębiorcy (konieczność przekazania sprawy) albo niezbędne byłoby korzystanie z pomocy Policji. Do tego należy dodać niedoświadczenie powiatowych (miejskich) rzeczników konsumentów w prowadzeniu postępowań represyjnych, które może skutkować zaniechaniem ich prowadzenia.

Drugą drogą jest kontrawencjonalizacja czynu z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. Starosta (prezydent miasta)³⁷ albo sam rzecznik konsumentów powinien zostać wyposażony w prawo wydania decyzji nakładającej karę administracyjną na przedsiębiorcę niewykonującego obowiązku z art. 42 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. Postępowanie administracyjne prowadzi wówczas organ posiadający niezbędny materiał dowodowy. W ten sposób unika się, zasadnie sygnalizowanych w literaturze³⁸, wątpliwości związanych z określeniem strony podmiotowej i przedmiotowej wykroczenia, jak np. ograniczenia odpowiedzialności wyłącznie do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi. Nadto wydający decyzję ma realny wpływ na ustalenie kary w wysokości adekwatnej w jego ocenie do wagi naruszenia. W aktualnym rozwiązaniu ustawodawca ustalił zagrożenie karą grzywny na poziomie od 2000,00 zł do 5000,00 zł (art. 24 § 1 k.w. w zw. z art. 48 k.w.). Praktyka³⁹ pokazuje jednak, że sądy przy wymiarze kary za

³⁷ Upoważniając powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów.

³⁸ Szerzej na ten temat: M. Pietraszewski, *Uprawnienia rzeczników konsumentów i Rzecznika Ubezpieczonych do polubownego zakończenia sporów konsumenckich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 3, s. 102; także: M. Radwański, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), op. cit., komentarz do art. 114 tezy 3–5.

³⁹ Zob. przykładowo postępowanie prowadzone przez Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Łodzi pod sygn. DM-MRK.742.891.2019.

wykroczenie z art. 114 ust. 1 u.o.k.k. stosują nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 39 k.w.) i wymierzają grzywnę poniżej ustawowej granicy, co nie sprzyja ani prewencji generalnej, ani indywidualnej.

Przyjęcie rozwiązania opartego na postępowaniu administracyjnym i nałożeniu na przedsiębiorcę kary administracyjnej wydaje się efektywniejsze niż obecne oparte na postępowaniu w sprawach o wykroczenia.

Wykaz literatury

- Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Banasiński C., Piontek E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Bodio J., Borkowski G., Demendecki T., *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bunikowski D., *Powiatowy rzecznik konsumentów*, „Jurysta” 2006, nr 11.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Jagielska M., Podgórski K., Sługocka-Krupa E., *Dochodzenie roszczeń konsumenckich: Nowy ład dla konsumentów*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kłak C.P., *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 9.
- Lubeńczuk G., Kruk E., Zdyb M., *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Łętowska E., *Ochrona niektórych praw konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2001.
- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Pietraszewski M., *Uprawnienia rzeczników konsumentów i Rzecznika Ubezpieczonych do polubownego zakończenia sporów konsumenckich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2011, nr 3.
- Sieradzka M., *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 23/11*, 2012, Lex.
- Skoczny T., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Skowron A., *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2012 r., I KZP 23/11*, 2013, Lex.
- Stawicki A., Stawicki E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Summary

The procedural rights of a municipal consumer spokesman in the misdemeanour procedure – selected practical issues based on the Art. 114 paragraph. 1 the Competition and Consumer Protection Act, 16th of February 2007

Keywords: misdemeanour law, proceedings in misdemeanour cases, a municipal consumer spokesman, the procedural rights of a municipal consumer spokesman, a municipal consumer spokesman as an aggrieved, proceeding in the misdemeanour procedure based on the Art. 114 paragraph. 1 u.o.k.k.

A municipal consumer spokesman can be a public prosecutor in the misdemeanour procedure. He can submit a lawsuit for the consumer, but he can also support the consumer's lawsuit. In most of the proceedings, his status and permissions are not treated equally. It happens in the misdemeanour procedure based on Art. 114 paragraph. 1 u.o.k.k. which treats about the fees, related to not taking into consideration the spokesman's opinion. The purpose of this article was to show the discrepancies and their impact on the statutory tasks performed by the consumer spokesman. The authors postulate that the consumer spokesman should be empowered as a public prosecutor in lawsuits where the Art. 114 paragraph. 1 u.o.k.k. is taken into consideration. The authors claim also that the misdemeanour is based on Art. 114 paragraph. 1 u.o.k.k. can be replaced with an administrative penalty for the entrepreneur who fails to fulfil his obligation.

Jerzy Nikolajew
Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-1505-9710
jerzy-nikolajew@wp.pl

Stanowisko Wszekukraińskiej Rady Kościołów i Organizacji Religijnych wobec realizacji wolności religijnej w okresie pandemii w 2020 r.

Wprowadzenie

Wszekukraińska Rada Kościołów [*Cerkov*: tak w oryginalnej pisowni] i Organizacji Religijnych (dalej jako Rada) to organ doradczy prezydenta Ukrainy w sprawach wyznaniowych. Tak ogólnie sformułowana definicja wymaga jednak uszczegółowienia i wyjaśnienia podstawowych pojęć z tym związanych. Po pierwsze, w ukraińskim porządku prawnym określenie *cerkva* obejmuje nie tylko kościoły obrządków wschodnich, ale także wszystkie kościoły bez względu na ich przynależność do chrześcijańskiego Wschodu czy Zachodu. Po drugie, oprócz tradycyjnego rozumienia kościołów na Ukrainie występuje także pojęcie organizacji religijnych szerzej obejmujące wszystkie organy wspólnot religijnych zarejestrowanych przez organy państwowe (w tym np. poszczególne diecezje, parafie, domy zakonne etc., ale także organizacje religijne wspólnot muzułmańskich czy żydowskich). Po trzecie, użyte w nazwie określenie „wszekukraińska” wskazywać powinno na to, że swoim zasięgiem Rada obejmować ma obszar całego (aczkolwiek podzielonego obecnie) terytorium państwa ukraińskiego i skupiać przedstawicieli legalnych organizacji religijnych funkcjonujących w obrocie prawnym. Po czwarte, organ, jak wynika z jego nazwy, powinien wypełniać funkcje doradcze w określonych sprawach wynikających z jego statutu. Po piąte, trudno jednoznacznie ocenić, czy jest to faktyczny organ państwa, czy raczej organizacja niezależna od władzy państwowej, gdyż statut Rady określa ją jako społeczną¹.

Z powyższych uwag tytułem wprowadzenia wynika, że prezydent Ukrainy może skorzystać z opinii ekspertów wchodzących w skład Rady, ale wcale ta

¹ Zob. A. Derkacz, *Relacje państwowo-kościelne*, Kijów 2009, s. 320.

opinia nie musi być dla niego wiążąca². Poza tym nie ustalono częstotliwości spotkań z udziałem głowy państwa, a jedynie terminy posiedzeń dla samych członków Rady. Także zakres zadań Rady jest bardzo szeroki i związany, m.in. z opiniowaniem aktów prawnych dotyczących wolności sumienia i wyznania i prowadzeniem działalności ekumenicznej. Jednak w praktyce posiedzenia Rady z obecnością prezydenta były zupełną rzadkością, choć zabiegano o nie w trybie zwykłym, a także wobec zaistnienia wydarzeń nadzwyczajnych. Mimo że nie dochodziło do bezpośrednich kontaktów, to Rada przedstawiała władzom państwowym swoje stanowisko w kluczowych dla Ukrainy sprawach (rewolucja godności, aneksja Krymu, wojna w Donbasie). Także inne problemy społeczne i gospodarcze państwa, w tym korupcja i konflikty religijne pośród ukraińskiego prawosławia (utworzenie Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego), zdominowały zainteresowanie członków Rady w ostatnich latach³.

Od wiosny 2020 r. głównym problemem o charakterze globalnym stała się pandemia wywołana wirusem SARS-CoV-2. Rząd Ukrainy wprowadził wtedy kwarantannę sanitarną obejmującą całe terytorium Ukrainy, choć wystąpiły trudności z wykonaniem rządowych przepisów przeciwepidemicznych w obwodach donieckim i ługańskim. Obostrzenia epidemiczne wprowadzone od 11 marca 2020 r. dotyczyły także wolności sumienia i wyznania. Ograniczono swobodę w zakresie korzystania z posług religijnych poprzez wprowadzenie limitów wiernych uczestniczących w nabożeństwach, ograniczenia w przemieszczaniu się duchownych, nakazano samoizolację dla duchownych w wieku powyżej 65 roku życia. W ten sposób praktycznie uniemożliwiono wykonywanie praktyk religijnych (zasugerowano udział w praktykach w formie online na okres wielu miesięcy. Przy tym nie wprowadzono przewidzianego w ukraińskiej ustawie zasadniczej stanu wyjątkowego ani tzw. klęski ekologicznej i nie uwzględniono gwarancji ochrony konstytucyjnej wolności sumienia i wyznania oraz gwarancji określonych w Europejskiej konwencji praw człowieka (dalej jako EKPC)⁴.

Już w marcu 2020 r. Rada podjęła dialog w formie webkonferencji z przedstawicielami Gabinetu Ministrów Ukrainy w zakresie konieczności wprowadzenia ograniczeń sanitarnych związanych ze zwalczaniem epidemii. Rada od początku ściśle współpracowała z rządem i respektowała wszystkie zarządzenia sanitarne, mimo surowości wprowadzonych reżimów. Trzeba przy tym zauważyć, że wcześniej nie wprowadzano podobnych rygorów sanitarnych, choć kilka lat wcześniej Ukraina była krajem o najwyższej zachorowalności

² Zob. A. Olechno, *Instytucja Prezydenta w systemie konstytucyjnych organów Ukrainy (1996–2005)*, Toruń 2005, s. 103.

³ Zob. także J. Babinow, *Poszukiwanie ukraińskiego modelu stosunków państwowo-religijnych*, Kraków 2001, s. 36 i nast.

⁴ Europejska konwencja z dnia 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z protokołami uzupełniającymi).

w Europie z powodu odry – także choroby zakaźnej. Wobec zagrożenia zakażeniem się odrą Rada nie podejmowała żadnych działań, zresztą władze państwowe wprowadziły wtedy ograniczenia o zupełnie innym, bo lokalnym, zasięgu⁵.

Stanowisko Rady wobec wprowadzonych przez rząd (w formie postanowień Gabinetu Ministrów Ukrainy) ograniczeń wolności sumienia i wyznania w związku z chorobą COVID-19 wydaje się ważne nie tylko z naukowego punktu widzenia. Należy też podkreślić praktyczne konsekwencje takiego stanu rzeczy dla całych wspólnot religijnych i poszczególnych członków (wiernych) funkcjonujących przecież w bezpośrednim sąsiedztwie z Rzeczpospolitą Polską. Z tych też względów zdecydowano się na zajęcie się niniejszą problematyką, ale także w kontekście celowości pozostawienia Rady w obecnym jej kształcie.

Wszechukraińska Rada Kościołów i Organizacji Religijnych

Geneza powołania Rady to początek niezależnej państwowości ukraińskiej po 1991 r. Nowa władza miała pełną świadomość konieczności ustabilizowania stosunków wewnętrznych na linii państwo – kościół i ułożenia ich w taki sposób, aby umocnić swoją pozycję w zróżnicowanym religijnie ukraińskim społeczeństwie i jednocześnie móc przeprowadzić niezbędne reformy ustrojowe. Przekonanie o potrzebie współpracy z miejscowym duchowieństwem było tym bardziej uzasadnione i silne, że wciąż pamiętano o długiej tradycji współdziałania władzy w przedrewolucyjnej Rosji (carskiej) z przedstawicielami hierarchii prawosławnej i o wymiernych społecznie korzyściach dla obu stron. Z drugiej strony należało też wysnuć właściwe wnioski dotyczące okresu programowego zwalczania religii w życiu społecznym w czasach radzieckiej Ukrainy. Stąd po 1991 r. umożliwiono realizowanie praktyk religijnych, częściową restytucję zagrabionego mienia kościelnego i rejestrację nowych związków wyznaniowych, a oficjele państwowi najwyższych szczebli państwowych zaczęli gremialnie uczestniczyć w nabożeństwach religijnych sprawowanych publicznie. Także pierwszy prezydent niezależnej Ukrainy już na początku swojej prezydentury zadeklarował „nowe otwarcie” w relacjach z organizacjami religijnymi i wypracowanie zasad polityki wyznaniowej państwa, gdyż ta, jak dotąd, nie funkcjonowała i była pojęciem raczej obcym. Za nawową bliskich doradców, pośród których znaleźli się także duchowni, prezydent zapowiedział powołanie organu, który doradzałby mu w dziedzinie konfesyjnej, a on sam

⁵ Zob. V. Bakhnivskiy, *Zapadalność i umieralność z powodu odry na Ukrainie. Implikacje do działań profilaktycznych*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2018, nr 16(4), s. 232–240.

w gronie ekspertów religijnych konsultował najważniejsze decyzje dotyczące spraw wyznaniowych w państwie⁶.

Jednak do powstania tego rodzaju organu doszło dopiero w 1996 r., czyli już po uchwaleniu ukraińskiej ustawy zasadniczej (1996)⁷ i ustawy o wolności sumienia i organizacjach religijnych (1991)⁸. Miało to związek z rozłamem w ukraińskim prawosławiu i wzajemnymi sporami, nie tylko doktrynalnymi między Ukraińskim Kościołem Prawosławnym Patriarchatu Moskiewskiego, Ukraińskim Kościołem Prawosławnym Patriarchatu Kijowskiego i Ukraińskim Autokefalicznym Kościołem Prawosławnym⁹. Do tych konfliktów doszły także trudności związane z rejestracją licznych wspólnot protestanckich i roszczenia majątkowe organizacji religijnych względem państwa ukraińskiego. Dlatego też dopiero po kilku latach budowania względnej stabilizacji religijnej powołano Wszuchukraińską Radę Kościołów i Organizacji Religijnych jako organizację społeczną, nieposiadającą osobowości prawnej i działającą na podstawie własnego regulaminu. W regulaminie wytłumaczono, że Radę powołano w celu „zjednoczenia i połączenia wysiłków kościołów i organizacji religijnych w zakresie odrodzenia narodowego i religijnej tożsamości Ukrainy oraz koordynowania dialogu ekumenicznego w Ukrainie i poza granicami oraz opracowywania projektów aktów prawnych w dziedzinie stosunków państwowo-kościelnych i działań o charakterze charytatywnym”¹⁰.

Z założenia Rada miała być organem niezależnym od prezydenta, partii politycznych i jakiegokolwiek lobby gospodarczego oraz działać na zasadzie równości i równouprawnienia jej członków, bez ingerencji w wewnętrzne normy prawne poszczególnych organizacji religijnych. Takie usytuowanie Rady miało gwarantować jej względną niezależność i pozwalać na zajmowanie niezależnego stanowiska uzgodnionego jedynie z władzami danej wspólnoty religijnej wchodzącej w skład Rady, do której weszli głównie zwierzchnicy tych ukraińskich organizacji religijnych, które miały uregulowaną względem państwa sytuację prawną, czyli były zarejestrowane jako organizacje religijne i wcześniej uzyskały osobowość prawną. Od 1996 r. skład Rady ewaluował pod względem liczby jej członków oraz zmieniał się pod względem zasiadania

⁶ Zob. W Kłoczko, *Religia, państwo, praw*, Kijów 2011, s. 306.

⁷ Konstytucja Ukrainy, Wiadomości Rady Najwyższej Ukrainy (dalej jako WWR) z 23 lipca 1996 r., Nr 30.

⁸ Ustawa Ukrainy o wolności sumienia i organizacjach religijnych (WWR z 1991 r., Nr 25).

⁹ Skandalem, także o charakterze obyczajowym, były wydarzenia z 18 lipca 1995 r. związane z pochówkiem biskupa Włodzimierza Romaniuka. Władze państwowe nie wydały zgody na pochowanie duchownego na terenie Ławry Peczerskiej w Kijowie, a uroczystości pogrzebowe zostały przerwane i w konsekwencji doszło do regularnej bijatyki zwolenników i przeciwników złożenia szczątków biskupa pochodzącego z cerkwi autokefalicznej na terytorium kościelnym przynależącym do patriarchy moskiewskiego – zob. J. Nikołajew, *Wspólnotowy wymiar wolności światopoglądu i przekonań religijnych oraz jej realizacja w ukraińskim systemie prawnym*, Lublin 2016, s. 285 i nast.

¹⁰ www.vrciro.org.ua/ua/documents (data dostępu: 9.09.2021).

w niej konkretnych osób. Początkowo było to 19 członków, w 2016 r. – 18 osób, a w 2020 r. liczba członków i ich przynależność konfesyjna nie była już upubliczniona na oficjalnej stronie internetowej Rady, co wcześniej było praktyką¹¹. Z dostępnych danych pochodzących z 2016 r. swoich przedstawicieli w Radzie miały następujące organizacje religijne działające w Ukrainie i za granicą: Ogólnoukraiński Związek Kościołów Ewangelicznych Chrześcijan Baptystów, Ogólnoukraiński Związek Kościołów Chrześcijan Wiary Ewangelicznej Zielonoświątkowców, Duchowny Zarząd Muzułmanów Krymu, Duchowny Zarząd Muzułmanów Ukrainy, Zakarpacki Kościół Reformacki, Niemiecki-Luterański Kościół na Ukrainie, Zjednoczenie Żydowskich Organizacji Religijnych na Ukrainie, Kościół Rzymskokatolicki, Związek Wolnych Kościołów Chrześcijan Wiary Ewangelicznej Ukrainy, Ukraiński Autokefaliczny Kościół Prawosławny, Ukraiński Kościół Prawosławny Patriarchatu Moskiewskiego, Ukraiński Kościół Prawosławny Patriarchatu Kijowskiego, Ukraińska Spółka Biblijna, Ukraiński Kościół Greckokatolicki, Ukraiński Apostolski Kościół Ormiański, Ukraiński Kościół Luterański, Ukraińska Unijna Konferencja Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego i Ukraiński Chrześcijański Kościół Ewangeliczny¹². Jako zasadę przyjęto rotacyjne przewodniczenie obradom Rady, uwzględniające kolejność członków na liście i niewyznaczanie obrad w dni świąteczne (piątek, sobota, niedziela). Jako zasadę przyjęto, że członkowie Rady nie pobierają wynagrodzenia za uczestnictwo w posiedzeniach, a przewodniczącego Rady zobowiązano do zapewnienia logistyki związanej z organizacją obrad¹³.

W obradach Rady rzadko uczestniczył prezydent Ukrainy, chociaż członkowie Rady byli przecież jego społecznymi doradcami¹⁴. Większe zainteresowanie funkcjonowaniem Rady wykazywali członkowie Gabinetu Ministrów Ukrainy, przedstawiciele Ministerstwa Kultury i Rady Najwyższej Ukrainy oraz Państwowego Komitetu Ukrainy do spraw Religii a sama Rada była tak aktywna, że tylko w 2010 r. przygotowała łącznie 46 dokumentów z zakresu swego działania i przesłała je do różnych adresatów, także za granicą¹⁵.

¹¹ www.vrciro.org.ua/ua/council/members (data dostępu: 9.09.2021).

¹² Powyższe dane nie obejmują zmian w strukturze ukraińskiego prawosławia, powstałych po utworzeniu narodowego Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego, czyli po 6 stycznia 2019 r. (data uzyskania tomosu określającego status nowej cerkwi).

¹³ Na stałe (od 2006 r.) zorganizowany jest sekretariat Rady, który działa w tzw. grupach roboczych i spotyka się przeważnie raz w miesiącu. Natomiast w obwodach utworzono „delegatury” Rady w postaci tzw. Obwodowych Rad Kościołów, których zadaniem jest koordynacja działań Rady na szczeblu regionalnym, www.vrciro.ua.org/ua/documents (data dostępu: 9.09.2021).

¹⁴ Były prezydent Wiktor Janukowycz, wcześniej będąc gubernatorem obwodu donieckiego i następnie prezesem Gabinetu Ministrów Ministrów Ukrainy, aktywnie współpracował z Radą i udzielił znacznego wsparcia także materialnego na rzecz budownictwa sakralnego obiektów należących do Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego Patriarchatu Moskiewskiego znajdujących się we wschodniej Ukrainie, skąd sam pochodził – zob. szersze rozważania: K. Jędraszczyk, *Cerkiew w życiu społeczno-politycznym Ukrainy w latach 1991–2010*, „Studia Europaea Gnesnensia” 2011, nr 3, s. 55–77.

¹⁵ Zob. J. Nikolajew, op. cit., s. 296.

Trzeba w tym miejscu uwzględnić, że do zadań Rady określonych w jej regulaminie należy m.in. podejmowanie działań na rzecz porozumienia międzykonfesyjnego, pobudzanie aktywności w duchowych odrodzeniu Ukrainy, umacnianiu wartości ogólnoludzkich, upowszechnianie przepisów dotyczących wolności sumienia i wyznania, dbałość o rzetelny przekaz informacji na temat życia religijnego w Ukrainie, organizacja konferencji i tzw. dyskusyjnych okrągłych stołów, kontakty religijne o zasięgu międzynarodowym. Aktywność Rady przed 2020 r., czyli wprowadzeniem kwarantanny na terytorium Ukrainy, dotyczyła wszystkich obszarów życia społecznego, nawet luźno związanych z jej podstawowymi (regulaminowymi) zadaniami. W tym miejscu należy wymienić stanowisko Rady po rosyjskiej aneksji Krymu, rewolucji godności, wojnie hybrydowej w Donbasie, w przedmiocie zwolnienia z aresztu Julii Tymoszenko¹⁶ czy integracji Ukrainy z Unią Europejską. Rada jako kolektywny organ, a także poszczególni jej członkowie zwracali się do władz państwowych w sprawie zwrotu mienia kościelnego, obniżenia stawek opłat za użytkowanie obiektów religijnych i za dostarczane media, złagodzenia przepisów dotyczących rejestracji organizacji religijnych oraz wymogów wizowych dla duchownych z zagranicy, nauki religii i etyki w szkole, ochrony zdrowotnej ukraińskiego społeczeństwa, transplantacji organów, eutanazji, ochrony życia poczętego, zakazu legalizacji związków jednopłciowych, przemocy w szkole i rodzinie, zastępczej służby wojskowej, duszpasterstwa wojskowego, więziennego i szpitalnego oraz w innych kwestiach ważnych ze społecznego punktu widzenia¹⁷.

Gwarancje dotyczące wolności światopoglądu i przekonań religijnych w Ukrainie

Jest rzeczą zupełnie zrozumiałą, że władze państwowe są zobligowane do stworzenia takiego systemu ochrony prawnej, który zapewnia realizację wolności sumienia i religii poprzez tworzenie odpowiednich przepisów i umiejętne stosowanie instrumentów tej ochrony. W przypadku państwa ukraińskiego

¹⁶ Julia Tymoszenko, kierując pracami ukraińskiego rządu, przyjęła zasadę równego traktowania wszystkich członków Rady i w tym celu utworzyła przy Gabinetnie Ministrów komisję zajmującą się realizacją praw organizacji religijnych (także z udziałem członków Rady). Po jej aresztowaniu brakowało jednak jednolitego stanowiska Rady w przedmiocie poręczenia osobistego składanego dwukrotnie do sądu. Natomiast w kwestii wniosku o ułaskawienie skazanej J. Tymoszenko Rada prezentowała już wspólne stanowisko. Jednak jej ułaskawienie nie nastąpiło wskutek prośb Rady, ale było efektem wydarzeń na kijowskim Majdanie. Po protestach społecznych uwolniona została 28 lutego 2014 r. Długo potem, bo w okresie pandemii wywołanej wirusem SARS-CoV-2, rzecznik partii „Batkiwszczyna” poinformował media o zakazaniu J. Tymoszenko (także jej męża i córki) tym wirusem i krytycznym stanie zdrowia zagrażającym życiu – zob. K. Sikorski, *Ukraina: Była premier Julia Tymoszenko w krytycznym stanie po zakażeniu koronawirusem. Bliscy modlą się o jej zdrowie!*, „Polska Times” z 24 sierpnia 2020 r., s. 2.

¹⁷ www.vrciro.org.ua/en/council/info (data dostępu: 6.09.2021).

przyjęto konstytucyjną zasadę rozdziału kościoła od państwa i szkoły od kościoła (art. 35 ust. 3 Konstytucji Ukrainy). Wynika stąd, że ustrojodawca opowiedział się za takim rozwiązaniem, w którym należy wzmocnić wzajemną niezależność i własną autonomię władzy świeckiej i kościelnej. Formalne gwarancje owej autonomii i niezależności organizacji religijnych można wprowadzić wprost z art. 5 i 7 ustawy o wolności sumienia i organizacjach religijnych (nieingerencja państwa w działalność tych organizacji oraz ich tworzenie i działanie według własnego prawa). Jednak w tej samej ustawie (art. 14) ingerencja państwa posunięta jest do tego stopnia, że nie szanuje się przepisów prawa kanonicznego, skoro z wnioskiem o utworzenie parafii katolickiej mogą wystąpić wyłącznie obywatele (10 pełnoletnich osób), a nie biskup diecezjalny. Z kolei w art. 6 ustawy o wolności sumienia i organizacjach religijnych rozdział szkoły od kościoła określono tak mało precyzyjnie, że trudno jednoznacznie zinterpretować np. miejsce legalnego prowadzenia nauki religii lub obowiązku nałożonego na nauczycieli religii co do wychowania swoich uczniów w duchu szacunku dla innych religii. Poza tym obecność lekcji religii w szkole jest uwarunkowana podjęciem stosownej uchwały rady pedagogicznej, gdyż tego typu zajęcia traktowane są jako lekcje fakultatywne¹⁸.

Innym rodzajem gwarancji wolności religijnej w Ukrainie jest utworzenie administracji wyznaniowej różnych szczebli. Centralny organ administracji wyznaniowej (kolejno zmieniał się w: Państwowy Komitet Ukrainy do Spraw Religii, Państwowy Departament do Spraw Religii, Państwowy Komitet Ukrainy do Spraw Narodowości i Religii, funkcjonujący najpierw w strukturach ministerstwa sprawiedliwości, potem ministerstwa kultury i który powołany został właśnie w celu realizacji zasady separacyjnego modelu funkcjonowania państwa i kościoła. Utworzono także regionalne oddziały w każdej administracji obwodowej w celu usprawnienia, a przede wszystkim ujednoczenia praktyki związanej z realizacją głównego zadania organów administracji wyznaniowej dotyczącego rejestracji statutów centrów religijnych, administracji religijnych, domów zakonnych, bractw religijnych, misji i zakładów religijnych oraz dokonywania w nich zmian i uzupełnień. Zupełnie pominięto aspekt rejestracji organizacji religijnych, skoro rejestracji podlegają wyłącznie ich statuty. Jednocześnie w ręce tzw. urzędników wyznaniowych przekazano szerokie i pozbawione realnej kontroli kompetencje decyzyjne¹⁹.

Także prawo do zakładania organizacji religijnych należy utożsamiać z gwarancją państwową, dotyczącą swobody religijnej lub światopoglądowej. Jednak przepisy rejestracyjne dość rygorystycznie formułują wymogi związane ze statutem organizacji religijnej, poza tym brakuje wskazania terminów

¹⁸ Zob. W. Jelenskiy, *Wolność religijna: ukraińska rzeczywistość i światowe standardy*, Lwów 2001, s. 29.

¹⁹ Zob. B. Andryszyszyn, *Państwowo-kościelne relacje: Historia, stan współczesny i perspektywy rozwoju*, Kijów 2011, s. 387.

zakończenia postępowania administracyjnego, a dodatkowo w procedurze rejestracyjnej przewidziano konieczność uzyskania opinii władz miejscowych lub specjalistów. Zwłaszcza wydłużone (stronnicze!?) opiniowanie może stanowić przeszkodę nie do pokonania. Dodatkowo wymagana jest rejestracja organizacji religijnych w rejestrze osób prawnych, gdyż bez posiadania osobowości prawnej żadna organizacja nie może występować w obrocie cywilnym i gospodarczym. Mimo powszechnej świadomości dotyczącej bezzasadności wymogu podwójnej rejestracji organizacji religijnych i prób zmian przepisów, zachowano niekorzystny dla związków wyznaniowych *status quo*²⁰.

Jednocześnie konstytucyjnie zagwarantowano równość praw i wolności obywateli (art. 24 Konstytucji Ukrainy), a w ślad za tym przewidziano karnoprawną ochronę wolności światopoglądu i przekonań religijnych (art. 161, 163, 178, 179 Kodeksu karnego Ukrainy)²¹. Przepisy karne chroniące wolność religijną były stosowane szczególnie wówczas, kiedy dochodziło do konfliktów między zwaśnionymi wspólnotami religijnymi ukraińskiego prawosławia po rozłamie spowodowanym aneksją Krymu i wojną w Donbasie, a także po utworzeniu jednego Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego. Jednak nie wszystkie czyny kwalifikowano jako przestępstwa wywołane nienawiścią na tle religijnym, a większość traktowano w kategoriach wyłącznie przestępstw przeciwko mieniu bądź życiu lub zdrowiu²².

Należy zauważyć, że ukraińskie ustawodawstwo przewiduje możliwość utworzenia duszpasterstwa wojskowego i specjalnego, co należy traktować w kategoriach gwarancji państwowych. Ma to niewątpliwie związek ze strukturą zawodową ukraińskiego społeczeństwa (znaczna grupa to funkcjonariusze i pracownicy służb mundurowych) oraz z wojną w Donbasie i wcześniej aneksją rosyjską. Zwłaszcza działania wojenne na wschodzie Ukrainy zdecydowały o przyspieszeniu (ale ograniczonym) prac legislacyjnych związanych z uchwaleniem ustawy dotyczącej praktyk i posług religijnych w wojsku, zwłaszcza że kapelani faktycznie posługują na froncie w Donbasie, kierowani tam przez swoich zwierzchników religijnych. Brakuje jak dotąd przepisów państwowych wyraźnie regulujących duszpasterstwo w armii ukraińskiej, choć poszczególne związki religijne wydały własne przepisy umożliwiające takie działanie. Także w policji, służbach granicznych oraz służbach penitencjarnych nie opracowano stosownych przepisów dotyczących duszpasterstwa specjalnego, a działania ustawodawcze w tym zakresie zakończyły się na etapie złożenia projektów stosownych ustaw w Radzie Najwyższej²³.

²⁰ Zob. P. Feszczenko, *Organizacje religijne w systemie instytucji społeczeństwa obywatelskiego*, „Naukowe Zeszyty” 2002, nr 20, s. 189.

²¹ Kodeks karny Ukrainy (WWR z 2001 r., Nr 25).

²² Zob. także S. Jacenko, *Naukowo-praktyczny komentarz do Kodeksu karnego Ukrainy*, Kijów 2002.

²³ Zob. P. Kochanczuk, *Rola kapelaństwa w procesie w odrodzenia Sił Zbrojnych Sił na początku lat 90-tych ubiegłego stulecia*, „Wojsko Ukrainy” nr 8(134), s. 39.

Do katalogu instytucji gwarantujących właściwe realizowanie swobody religijnej i światopoglądowej obywateli Ukrainy należy również zaliczyć prawa organizacji religijnych o charakterze majątkowym. W ustawie o wolności sumienia i organizacjach religijnych (cały rozdział III) zapewniono organizacjom religijnym prawnie uznanym, czyli podwójnie zarejestrowanym, „prawo do korzystania dla swoich potrzeb religijnych z budynków i majątku przekazanego na podstawie umów państwowych, społecznych bądź przez organizacje lub obywateli”. Jednak i w tym przypadku wykonanie tych przepisów nastręcza wielorakie trudności ze strony państwa. Chodzi tu o brak jasnych przepisów, zwłaszcza wykonawczych dotyczących restytucji mienia kościelnego zawłaszczonego przez państwo w czasach Związku Radzieckiego. Wydane dotąd akty prawne uniemożliwiają zwrot w naturze dawnych obiektów sakralnych, posiadających obecnie status narodowych pomników kultury lub wykorzystywanych przez państwo do celów specjalnych (więzienia, koszary wojskowe lub policyjne, szpitale). Decyzje o przekazaniu budynków sakralnych i mienia stanowiącego własność państwową na rzecz związków wyznaniowych wydawane przez obwodowe administracje państwowe podejmowane są wyjątkowo opornie, a dodatkowe utrudnienie dotyczy sporów majątkowych między poszczególnymi organizacjami religijnymi oraz z powodu braku stosownych dokumentów własnościowych. Szczególnie obwód lwowski i sam Lwów można traktować w kategoriach szczególnych trudności w restytucji mienia kościelnego po uzyskaniu przez Ukrainę niezależności. Poza kwestiami zwrotu mienia kościelnego poważnym utrudnieniem ze strony państwa ukraińskiego są ukształtowane na wysokim poziomie stałe opłaty za użytkowanie nieruchomości oraz stawki opłat za energię elektryczną i gaz. Koszty ponoszone cyklicznie przez organizacje religijne często uniemożliwiają im prowadzenie działalności ściśle religijnej oraz dotyczącej szkół, przedszkoli, sierocińców, domów opieki społecznej i jadłodajni²⁴.

Ponadto trzeba zauważyć, że w ukraińskim kodeksie rodzinnym (art. 152) rodzicom zagwarantowano względną autonomię w przedmiocie religijnego wychowania swoich dzieci polegającą na tym, że realizacja praw rodzicielskich nie może być wykonywana wbrew prawom dziecka. Także w przepisach pracowniczych przewidziano ochronę wolności religijnej i światopoglądowej w ten sposób, że zezwolono na uzyskania wolnego dnia od pracy w celu celebrowania świąt religijnych oraz do tzw. klasyfikatora zawodów w 2010 r. wprowadzono zawód: arcybiskupa, biskupa, metropolity, głowę zjednoczenia religijnego, starszego prezbitera, misjonarza, kapłana, prezbitera i pastora. W ten sposób przyznano im uprawnienia pracownicze, które wcześniej posiadali wyłącznie pracownicy administracyjni i gospodarczy zatrudnieni przez organizacje religijne. Poza tym pracownicy, choć formalnie uprawnieni (wynika to m.in.

²⁴ Zob. L. Kowalenko, *Podstawowe regulacje wyznaniowe w prawie ukraińskim*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2002, t. V, s. 41.

z gwarancji zawartej w art. 9 EKPC) do manifestowania swojej religii, np. poprzez specyficzny strój nie mogą jednak eksponować swojej religii w ten sposób w szkołach. Zakazy związane z ekspozycją chusty islamskiej wydawane były na podstawie zarządzeń dyrektorów placówek oświatowych znajdujących się wcześniej na ukraińskim jeszcze Krymie (czyli przed 2014 r.)²⁵.

Ograniczenia wolności sumienia i wyznania w czasie kwarantanny w Ukrainie

Realizacja wolności religijnej w wyjątkowych sytuacjach może podlegać określonym ograniczeniom. Według ukraińskiej ustawy zasadniczej ograniczenia tego typu uprawnień mogą być uzasadnione jedynie wyjątkowymi względami, do których zaliczono ochronę bezpieczeństwa narodowego, integralności granic, porządku publicznego, w celu zapobieżenia rozruchom i przestępstwom, ochrony zdrowia ludności lub ich dobrego imienia, wolności i praw innych osób, w celu zapobieżenia rozpowszechnianiu informacji zdobytych poufnie albo w celu utrzymania autorytetu i bezstronności wymiaru sprawiedliwości. Podobne zresztą rozwiązania (przesłanki) przyjęto w ustawie o wolności sumienia i organizacjach religijnych²⁶.

Ograniczenia w korzystaniu z prawa do uzewnętrzniania światopoglądu i przekonań religijnych wyprowadzić można także z art. 35 Konstytucji Ukrainy dotyczącego zakazu wprowadzenia religii państwowej lub obowiązującej. W praktyce oznacza to bierność państwa i zakaz promowania jednego przekonania oraz składania deklaracji o prawdziwości jakichś przekonań lub ich braku. Wiąże się to też ze świeckim charakterem państwa ukraińskiego, w którym nie występuje religia państwowa (lub obowiązująca), a wszystkie związki wyznaniowe traktowane są na zasadzie równouprawnienia²⁷.

Inny rodzaj ograniczeń związany jest z kontrolą państwa w sprawach wyznaniowych realizowaną przez organy państwa na poziomie rejestracyjnym, jak również w związku z wydawaniem decyzji o zwrocie mienia należącego do organizacji religijnych wcześniej zawłaszczonego przez państwo. Praktyka funkcjonowania tzw. organów wyznaniowych wskazuje na zupełny brak neutralności państwa w sprawach wyznaniowych, przejawiający się w preferencyjnym traktowaniu niektórych wspólnot religijnych przez urzędników pań-

²⁵ Zob. także J. Matwiejuk, *Problematyka wyznaniowa w ustawach zasadniczych Federacji Rosyjskiej, Republiki Białoruś i Ukrainy*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2001, nr 5, s. 27.

²⁶ Zob. A. Stec, *Stany nadzwyczajne w porządku konstytucyjnym Ukrainy – Stan wojenny 2018 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 5(154), s. 56.

²⁷ Zob. szersze rozważania: J. Szymanek, hasło: *Państwo świeckie (rozdział kościoła od państwa)*, [w:] A. Mezglewski (red.), *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2014, s. 271–290 oraz W. Brzozowski, *Konstytucyjna zasada bezstronności światopoglądowej władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.

stwowych dyktowanym własnymi przekonaniem religijnymi tychże osób. Decyzje organów administracji państwowej mogą być również kształtowane na podstawie pozaprawnych działań dotyczących, np. państwowego nadzoru nad budownictwem kościelnym, nad zgromadzeniami religijnymi w miejscach publicznych, dotacjami państwowymi na remont zabytkowych obiektów sakralnych, prowadzenia szkolnictwa wyznaniowego oraz działalności gospodarczej i charytatywnej wypełnianej przez organizacje religijne²⁸.

W okresie pandemii w Ukrainie w 2020 r. nie wprowadzono stanu nadzwyczajnego w formie stanu wyjątkowego lub stanu tzw. klęski ekologicznej, czyli ogłoszenia określonych terenów obszarami nadzwyczajnej sytuacji ekologicznej²⁹. Jednak po 11 marca 2020 r. w sposób zdecydowany faktycznie ograniczono realizację swobód religijnych, a żadna z decyzji rządowych przed jej wprowadzeniem nie była konsultowana z Radą. Jednak nie można całkowicie zarzucić bierności temu organowi w tym zakresie, jednakże działania Rady miały różnoraki, choć mało zdecydowany, charakter.

Najpierw, bo już 13 marca 2020 r., Rada spotkała się na nadzwyczajnym posiedzeniu z udziałem wiceministra zdrowia Andrija Semiwołosa, podczas którego przedstawiciel rządu poinformował członków Rady o tych obostrzeniach, które dotyczyć będą realizacji wolności sumienia i wyznania. Urzędnik państwowy oznajmił, że rząd zakazał organizacji imprez masowych, w tym religijnych, z udziałem powyżej 200 osób, a preferowaną (zalecaną przez władze) formą uczestnictwa w nabożeństwach miał być udział online. Zakazano też całowania ikon w cerkwiach (co należy do normalnych praktyk religijnych w prawosławiu i u grekokatolików) oraz podawania sobie rąk, całowania się i przytulania w trakcie nabożeństw, a także nakazano zachowanie odległości 1,5 m między wiernymi znajdującymi się w budynkach świątyń. Na duchownych nałożono też obowiązek instalacji dezynfektorów w świątyniach oraz zachęcania wiernych powracających z zagranicy do samoizolacji, a niezależnie od tego wszystkich chorych lub z podejrzeniami choroby nakazywano do skonsultowania się z lekarzem. Rada zobowiązała się do wydania apelu po tym spotkaniu adresowanego do społeczeństwa ukraińskiego i faktycznie 16 marca 2020 r. apel został upubliczniony także w formie elektronicznej³⁰. W apelu Rada zwróciła się z prośbą o zrozumienie obostrzeń związanych z kwarantanną i odpowiedzialność za innych („okazuj miłość, zrozumienie i tolerancję”), a także o zachowanie się bez paniki i bez lekceważenia zagrożenia epidemio-

²⁸ Zob. T. Antoszewskij, L. Kowalenko, *Monitoring wolności religijnej w Ukrainie: ze szczególnym uwzględnieniem spraw majątkowych*, Lwów 2006, s. 17.

²⁹ Ustawa Ukrainy z dnia 13 lipca 2000 r. o obszarze nadzwyczajnej sytuacji ekologicznej (WWR z 2000 r., Nr 4).

³⁰ www.vrciro.org.ua/ua/events/uccro-meeting-on-coronavirus-covid-19-quarantine (data dostępu: 1.09.2021).

logicznego. Nakazano też kontakt ze służbą zdrowia i nielekceważenie zaleceń specjalistów odnośnie zachowania się w czasie kwarantanny³¹.

Z kolei 25 marca 2020 r. Rada ogłosiła dniem modlitwy i postu w intencji Ukrainy. W specjalnym oświadczeniu podkreślono, iż „historia pokazuje, że jedność ludzka i wzajemna pomoc w trudnych życiowych próbach skutecznie przewyżczała epidemie, klęski żywiołowe i kryzysy gospodarcze”³².

Natomiast w kwietniu 2020 r. Rada w formie wideokonferencji odbyła dwukrotnie spotkanie z kierującym ukraińską policją Ihorem Klimenko. I tak, 4 kwietnia 2020 r. I. Klimenko poinformował, że świątynie nie będą zamykane na okres kwarantanny, ale zalecił formę online przeprowadzania nabożeństw, gdyż policja będzie kontrolować przestrzeganie przepisów zezwalających jedynie na udział maksymalnie 10 osób przebywających w obiektach sakralnych. Jednocześnie członkowie Rady zwrócili się z propozycją złagodzenia rygorów kwarantanny w ten sposób, żeby wyłączyć z niej osoby duchowne³³. W trakcie kolejnego spotkania (14 kwietnia 2020 r.), odbytego tuż przed prawosławną Wielkanocą, najpierw podziękowano policji i innym służbom państwowym za ich zaangażowanie w zwalczaniu pandemii, a następnie powtórzono apel do społeczeństwa o bezwzględne przestrzeganie zasad wprowadzonych przez rząd. Apel dotyczył także duchownych, aby ci postępowali zgodnie z wymogami reżimu sanitarnego i modlili się za Ukrainę o powrót do normalności, ale także zachęcali wiernych chrześcijan do spędzania świąt Zmartwychwstania Pańskiego w gronie domowników. Treść tego apelu odczytano w miejscach modlitwy różnych ukraińskich wspólnot religijnych³⁴. Także w związku ze zbliżającą się Wielkanocą 2020 r. abp Światosław Szewczuk, zwierzchnik Ukraińskiego Kościoła Greckokatolickiego, a jednocześnie członek Rady, zwrócił się z listem pastoralnym do biskupów i kapłanów swojego kościoła z wyrażoną sugestią transmitowania nabożeństw w formie online, bez rytualnego obmycia nóg oraz bez tradycyjnego święcenia pokarmów w cerkwiach³⁵.

W związku z coraz surowszymi obostrzeniami wprowadzanymi sukcesywnie przez władze państwowe Rada zwróciła się do Prezesa Gabinetu Ministrów Ukrainy z apelem o odstąpienie od zamykania niektórych świątyń, „gdyż jest to niezgodne z art. 35 Konstytucji i zezwolenie duchownym na przemieszczanie się na podstawie dokumentów wydanych przez właściwe władze religijne”.

³¹ www.vrciro.org.ua/en/statements/627-uccro-statement-on-coronavirus-prevention (data dostępu: 1.09.2021).

³² www.vrciro.org.ua/ua/statements/2020-03-25-uccro-pray-for-ukraine (data dostępu: 1.09.2021).

³³ www.vrciro.org.ua/ua/events/2020-04-04-uccro-police-web-conference (data dostępu: 1.09.2021).

³⁴ www.vrciro.org.ua/ua/news/2020-04-14-uccro-police-meeting (data dostępu: 1.09.2021).

³⁵ www.ugcc.ua/documents/list_blazhennisogo_svyatoslava_rekomendatsiyami_pro_yak_u_pandemii_covid_19_sluzhiti_strasni_u_pashalni_bogosluzhinnya_89092.html (data dostępu: 2.09.2021).

Zaproponowano także złagodzenie rygorów i zezwolenie na przebywanie na nabożeństwach takiej liczby wiernych, żeby móc zachować wymóg obecności jednej osoby na 5 m² powierzchni świątyni³⁶. W związku z tym, że nie otrzymano odpowiedzi z kancelarii premiera, ponownie, tym razem 7 maja 2020 r., wysłano kolejne pismo z dodatkowymi propozycjami. Postulowano w nim również o zezwolenie na udział w nabożeństwach wiernym przebywającym na zewnątrz świątyni (bez limitów), a także o zniesienie wymogu obowiązkowej samoizolacji dla osób powyżej 65 roku życia w przypadku duchownych oraz ich pomocników, gdyż to poważnie utrudniało sprawowanie nabożeństw religijnych. Ponadto domagano się zapewnienia dostępu do posług religijnych dla osób przebywających w placówkach opieki społecznej i paliatywnej. Także to drugie pismo nie doczekało się odpowiedzi³⁷.

Podczas kolejnego spotkania Rady z członkami ukraińskiego rządu omawiano także inne, niezwiązane z pandemią zagadnienia. W trakcie posiedzenia online 23 czerwca 2020 r. z udziałem nowo mianowanego ministra kultury Aleksandra Tkaczenko, przewodniczący Rady bp Wasyl Rajszyńiec zapewnił ministra o dalszej gotowości do współpracy z władzami państwowymi w zakresie zwalczania skutków pandemii. Na tym spotkaniu Rada przedstawiła swoje kategoryczne i jednocześnie negatywne stanowisko w sprawie wprowadzenia przepisów gender do ustawodawstwa ukraińskiego³⁸.

Natomiast 28 lipca 2020 r. (czyli jeszcze w trakcie obowiązywania reżimu sanitarnego) odbyło się spotkanie członków Rady z przewodniczącym Rady Najwyższej Ukrainy Dymytrzem Razumkowem, podczas którego zagadnienia dotyczące zwalczania epidemii COVID-19 nie były w ogóle poruszane. Dyskusja zasadniczo dotyczyła trzech kwestii: w pierwszej Rada wyraziła negatywne stanowisko w przedmiocie ratyfikacji tzw. konwencji stambulskiej, w drugiej kwestii, dotyczącej przyjęcia ustawy o duszpasterstwie wojskowym, Rada optowała za przyjęciem wersji przedstawionej przez nią i trzeci temat poruszony wówczas dotyczył sprzeciwu Rady wobec projektu zmian w ustawie medialnej w związku z ograniczaniem prawa do swobodnej wypowiedzi³⁹. Członkowie Rady uczestniczyli też później w posiedzeniu otwierającym IV sesję Rady Najwyższej Ukrainy IX kadencji 1 września 2020 r. Z oczywistych

³⁶ Propozycja stosowania zasady udziału jednej osoby na 5 m² powierzchni świątyni złożona została przez Radę także podczas spotkania online z doradcą Ministra Spraw Wewnętrznych Ukrainy Jurijem Tranditem 20 maja 2020 r. – www.vrciro.org.ua/ua/news/2020-04-uccro-proposals-regarding-quarantine-restrictions (data dostępu: 2.09.2021).

³⁷ www.vrciro.org.ua/ua/2020-05-07-uccro-proposals-covid-19-quarantine-reduction-in-ukraine (data dostępu: 2.09.2021).

³⁸ Oprócz ministra stronę rządową na tym spotkaniu reprezentowała też szefowa nowo powołanej Służby Państwowej do spraw Polityki Etnicznej i Wolności Sumienia Olena Bogdan – www.irs.in.ua/ua/uccro-meet-with-oleksandr-tkachenko-and-olena-bogdan (data dostępu: 2.09.2021).

³⁹ www.irs.in.ua/ua/uccro-meeting-with-speaker-of-ukrainian-parlament-razumkov (data dostępu: 3.09.2021).

względów nie zabierali głosu w obradach parlamentarnych (byli gośćmi Rady Najwyższej), a jedyne konotacje związane z trwającą kwarantanną widać na zdjęciach pochodzących z obrad, na których duchowni zakrywają swoje twarze maseczkami ochronnymi⁴⁰.

Równocześnie trzeba podkreślić, że współpraca Rady z przedstawicielami rządu (realizowana co do zasady wyłącznie na rządowych warunkach) doprowadziła również do powstania sytuacji kryzysowych we wzajemnych relacjach. Przejawem tego było wydarzenie polegające na tym, że Ministerstwo Ochrony Zdrowia na swojej stronie internetowej zamieściło informację krzywdzącą władze związków wyznaniowych, a dotyczącą tego, że na rozwój epidemii w zachodniej Ukrainie wpłynęło niezachowanie reżimów sanitarnych przez tamtejszych duchownych i wiernych. Rada na swojej stronie internetowej ostro zaprotestowała przeciwko rozpowszechnianiu nieprawdziwych informacji, godzących w wolność religijną wspólnot religijnych i indywidualną ich członków oraz dobre imię organizacji religijnych⁴¹.

Tuż przed rozpoczęciem nowego roku szkolnego 2020/2021 członkowie Rady odbyli jeszcze spotkanie z Prezesem Gabinetu Ministrów Ukrainy i członkami rządu w formie webkonferencji w celu omówienia realizacji zasad kwarantanny w warunkach prowadzenia normalnych zajęć lekcyjnych. Przedstawiciele Rady zwrócili uwagę na znaczenie edukacji społecznej w szkołach na temat przestrzegania zasad higieny w warunkach zagrożenia epidemiologicznego i konieczność wyposażenia szkół w środki antyseptyczne oraz na zasadność umieszczania uczniów po jednej osobie w ławce, a także wprowadzenia zmianowego systemu prowadzenia lekcji z odpowiednimi (bezpiecznymi) przerwami w nauczaniu. Dodatkowo poruszono kwestię mniej związaną z kwarantanną sanitarną, dotyczącą ułatwienia odpraw celnych w związku z pomocą humanitarną otrzymywaną przez ukraińskie związki religijne z zagranicy⁴².

Poza aktywnością Rady na szczeblu centralnym, także w terenie przedstawiciele związków religijnych odbywali spotkania regionalne z przedstawicielami władz obwodowych dotyczące zwalczania epidemii na ich terenie. Na przykład w miejscowości Irpin 17 lipca 2020 r. takie spotkanie zorganizował Kościół baptystyczny, podczas którego omawiano problematykę pomocy społecznej na rzecz więźniów, osób uzależnionych i niepełnosprawnych oraz sierot realizowanej w okresie pandemicznym. Z kolei przewodniczący obwodowej administracji państwowej w Iwanofrankowsku Witalij Fiodorow 17 sierpnia 2020 r. zaapelował do miejscowych duchownych różnych wyznań z prośbą o uświadomienie wiernych na temat realnych zagrożeń związanych z chorobą wywołaną wirusem SARS-CoV-2. Gubernator tego obwodu oczekiwał od du-

⁴⁰ Data dostępu: 9.09.2021.

⁴¹ www.vrciro.org.ua/ua/news/uccro-at-opening-of-parliament-session (data dostępu: 3.09.2021).

⁴² www.religion.in.ua/news/vazhlivo/41705-rada-cerkov-spivpracyuvatime-z-uryadom-u-prosvnitnitctvi-shhodo-covid-19 (data dostępu: 3.09.2021).

chownych konkretnych działań i uczynił ich odpowiedzialnymi za stan epidemiczny osób przebywających w swoich świątyniach. Także przewodniczący obwodowej administracji państwowej w Kijowie Wasyl Wołodin zorganizował spotkanie online, w którym uczestniczyli przedstawiciele Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego, Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego Patriarchatu Moskiewskiego, Kościoła rzymskokatolickiego, Kościoła baptystycznego i Kościoła Chrześcijan Wiary Ewangelicznej. 21 sierpnia 2020 r. W. Wołodin zaapelował o bezwzględne przestrzeganie wszystkich przepisów sanitarnych i maksymalne ograniczenie imprez masowych, pod pojęciem których rozumiał także te o charakterze religijnym. W apelu kończącym spotkanie podkreślono, że „w kwietniu wszyscy mieszkańcy obwodu kijowskiego właściwie przestrzegali zasad kwarantanny, w tym zakazu odwiedzania kościołów i cmentarzy. Odpowiedzialne podejście do kwestii zdrowia, niechodzenie do kościoła, odstąpienie od podróży do innych regionów, przestrzeganie wymogów sanitarnych to gwarancja niewprowadzania surowszych restrykcji. Organizator imprezy odpowiedzialny jest za utrzymanie dystansu 1,5 m pomiędzy uczestnikami i obecności jednej osoby na pięciu metrach kwadratowych powierzchni”. Jednocześnie przewodniczący Duchowej Administracji Muzułmanów Ukrainy „Umma” Said Izmailow zwrócił się do społeczności islamskiej Ukrainy z konkretnymi wskazówkami na czas pandemii. Przede wszystkim zalecił modlitwę w domu zamiast tej wznoszonej w meczecie, pochówek zmarłych w związku z COVID-19 bez konieczności obmycia rytualnego zwłok, jałmużnę w formie darowizny online oraz udział w nabożeństwach za pośrednictwem radia, telewizji i internetu. Tego typu wskazania zostały skrytykowane przez ortodoksyjnych wyznawców islamu jako niezgodne z nauką Mahometa i w konsekwencji doprowadziło to do pogłębienia konfliktu w kręgach ukraińskiego, podzielonego już wcześniej islamu. Apele duchownych i przedstawicieli władz religijnych były o tyle uzasadnione, że dochodziło także do masowych zakażeń pośród duchowieństwa. Na przykład w klasztorze w Kijowie należącym do Ukraińskiego Kościoła Prawosławnego Patriarchatu Moskiewskiego naraz zaraziło się 26 zakonnic (1 czerwca 2020 r.), a 17 lipca 2020 r. w obwodzie dniepropietrowskim stwierdzono zakażenie wirusem SARS-CoV-2 u 15 duchownych należących do różnych denominacji religijnych⁴³.

Zakończenie

Powołanie Rady miało być antidotum władz Ukrainy w związku z niewypracowaniem przezeń polityki wyznaniowej państwa. Rada miała być pomocna prezydentowi, ale także pozostałym organom władzy wykonawczej w zakresie rozwiązywania problemów wyznaniowych tego wieloreligijnego społeczeństwa,

⁴³ www.irs.in.ua/ua/government-meeting-on-covid-19 (data dostępu: 5.09.2021).

w tym opiniowania aktów prawnych związanych z realizacją wolności sumienia i wyznania oraz kształtowania właściwych relacji międzywyznaniowych. Złożona z duchownych różnych denominacji największych wspólnot religijnych zarejestrowanych w państwie miała też rozwiązywać trudności i spory w duchu współpracy i ekumenii, tam gdzie doktrynalnie było to dopuszczalne. Przed wszystkim miała być głosem ekspertów, a jej opinie być stosowane w bieżącej działalności państwowej. Jednak rzeczywistość prawie ćwierćwiecza funkcjonowania Rady wskazuje bardziej na zjawisko koniunkturalnego wykorzystywania przez władzę obecności religii w przestrzeni publicznej dla realizacji aktualnych potrzeb państwa. Rada w jej obecnym kształcie stała się organem jedynie fasadowym (nie słuchano jej rad), działającym pod dyktando władzy i bezwolnym wobec braku zainteresowania organów państwowych słusznymi inicjatywami przez nią zgłaszanymi. Kontakty z Radą organy państwowe ograniczyły do koniecznego minimum, a spotkania z udziałem obu stron odbywały się tylko w wyjątkowych sytuacjach. Wprowadzenie kwarantanny sanitarnej w 2020 r., bez konsultowania jej rygorów z członkami Rady, można także traktować jako przejaw ignorowania jej pozycji i lekceważenie roli związków religijnych w rozwiązywaniu problemów społecznych i gospodarczych oraz zdrowotnych. W okresie trwania kwarantanny pandemicznej spotkania członków Rady z udziałem przedstawicieli władz były częstsze aniżeli wcześniej, ale dalej realizowane według utartego schematu władczej pozycji urzędników państwa względem organizacji religijnych i ich władz. Wszystkie wprowadzone obostrzenia epidemiczne były bezkrytycznie w zasadzie akceptowane przez członków Rady i brakowało tu choćby konstruktywnej polemiki co do zasadności wprowadzonych rygorów sanitarnych (także zakresu realizowanych obostrzeń). Co prawda występowano z propozycjami zmian łagodzących pozycję związków religijnych w wymiarze wspólnotowym i indywidualnym, ale te w ogóle nie były przedmiotem zainteresowania rządzących i z zasady nie udzielano odpowiedzi na nie.

Ograniczenia dotyczące osób deklarujących przynależność religijną stały się na tyle istotne, że w większości przypadków uniemożliwiały całkowicie korzystanie z posług religijnych. Wyłączono możliwość swobodnego przemieszczania się osób duchownych w celu sprawowania przez nich posług religijnych, a sami duchowni, będący w wieku powyżej 65 lat, musieli poddać się samoizolacji (zresztą odsetek duchownych w tym wieku był tak znaczny, że sparaliżowało to funkcjonowanie duszpasterstw parafialnych i specjalnych). Z kolei zwierzchników wspólnot religijnych w Ukrainie uczyniono wykonawcami decyzji rządowych i mimo przestrzegania przez nich zasad sanitarnych obarczono ich odpowiedzialnością za nieprzestrzeganie zakazów sanitarnych przez samych członków wspólnot religijnych. Jednocześnie realizowano model kwarantanny z ograniczonym liczbowo kręgiem uczestników nabożeństw religijnych, a niektóre grupy osób wierzących całkowicie pozbawiono opieki dusz-

pasterskiej (więzienia, zakłady poprawcze, sierocińce, szpitale, domy pomocy społecznej). Poza tym zakaz organizowania imprez masowych dotyczył także zgromadzeń religijnych, w tym procesyjnych organizowanych w okresie wielkanocnym⁴⁴.

Należy zauważyć, że tego typu obostrzenia wprowadzone na terytorium Ukrainy od marca 2020 r., a dotyczące swobodnego uzewnętrzniania swoich przekonań religijnych i światopoglądowych, o których mowa w art. 9 Europejskiej konwencji praw człowieka, którą Ukraina ratyfikowała, i w art. 35 ukraińskiej ustawy zasadniczej, zupełnie „rozregulowały” tzw. ład religijny w państwie, z trudem i nieumiejętnie budowany po 1991 r. Nie udało się Radzie uzyskać pozycji organu niezależnego, mimo sporych oczekiwań społecznych, zwłaszcza z okresu jej tworzenia. Kryzys pandemiczny okazał się także punktem krytycznym w działalności Rady, która nie była w stanie przeforsować żadnej ze swoich zasadnych propozycji. Wydaje się również, że Rada doświadczona brakiem odpowiedniej reakcji ze strony władzy na swoje wcześniejsze sugestie i tym razem nie oczekiwała innego zachowania rządzących. Finalnie jednak nie zmienia to przeświadczenia o konieczności wzmocnienia pozycji tego organu w celu uzyskania rzeczywistych, a nie pozornych efektów jej pracy. W przeciwnym razie dalsze funkcjonowanie Rady w takiej formule pozbawione jest cechy zasadności.

Wykaz literatury

- Andruszyszyn B., *Państwowo-kościelne relacje: Historia, stan współczesny i perspektywy rozwoju*, Kijów 2011.
- Antoszewskij T., Kowalenko L., *Monitoring wolności religijnej w Ukrainie: ze szczególnym uwzględnieniem spraw majątkowych*, Lwów 2006.
- Babinow J., *Poszukiwanie ukraińskiego modelu stosunków państwowo-religijnych*, Kraków 2001.
- Bakhnivskiy V., *Zapadalność i umieralność z powodu odry na Ukrainie. Implikacje do działań profilaktycznych*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie” 2018, nr 16(4).
- Brzozowski W., *Konstytucyjna zasada bezstronności światopoglądowej władz publicznych w Konstytucji RP*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Derkacz A., *Relacje państwowo-kościelne*, Kijów 2009.
- Feszczenko P., *Organizacje religijne w systemie instytucji społeczeństwa obywatelskiego*, „Naukowe Zeszyty” 2002, nr 20.
- Jacenko S., *Naukowo-praktyczny komentarz do Kodeksu karnego Ukrainy*, Kijów 2002.
- Jelenski W., *Wolność religijna: ukraińska rzeczywistość i światowe standardy*, Lwów 2001.

⁴⁴ Ograniczenia w realizacji wolności religijnej wprowadzone w 2020 r. były surowsze, aniżeli te z 2018 r. z okresu stanu wojennego – zob. J. Nikolajew, *Konstytucyjne gwarancje wolności sumienia i religii a wprowadzenie stanu wojennego na Ukrainie w 2018 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46, s. 297–298.

- Jędraszczyk K., *Cerkiew w życiu społeczno-politycznym Ukrainy w latach 1991–2010*, „Studia Europaea Gnesnensia” 2011, nr 3.
- Kloczkow W., *Religia, państwo, prawo*, Kijów 2011.
- Kochanczuk P., *Rola kapłaństwa w procesie w odrodzenia Sił Zbrojnych Sił na początku lat 90-tych ubiegłego stulecia*, „Wojsko Ukrainy” nr 8(134).
- Kowalenko Ł., *Podstawowe regulacje wyznaniowe w prawie ukraińskim*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2002, t. V.
- Matwiejuk J., *Problematyka wyznaniowa w ustawach zasadniczych Federacji Rosyjskiej, Republiki Białoruś i Ukrainy*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2001, nr 5.
- Nikolajew J., *Konstytucyjne gwarancje wolności sumienia i religii a wprowadzenie stanu wojennego na Ukrainie w 2018 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 46.
- Nikolajew J., *Wspólnotowy wymiar wolności światopoglądu i przekonań religijnych oraz jej realizacja w ukraińskim systemie prawnym*, Unitas, Lublin 2016.
- Olechno A., *Instytucja Prezydenta w systemie konstytucyjnych organów Ukrainy (1996–2005)*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2005.
- Sikorski K., *Ukraina: Była premier Julia Tymoszenko w krytycznym stanie po zakażeniu koronawirusem. Bliscy modlą się o jej zdrowie!*, „PolskaTimes” z 24 sierpnia 2020 r.
- Stec A., *Stany nadzwyczajne w porządku konstytucyjnym Ukrainy – Stan wojenny 2018 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2019, nr 5(154).
- Szymanek J., hasło: *Państwo świeckie (rozdział kościoła od państwa)*, [w:] A. Mezglewski (red.), *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2014.

Summary

The position of the All-Ukrainian Council of Churches and Religious Organizations on the implementation of religious freedom during the pandemic in 2020

Keywords: All-Ukrainian Council of Churches and Religious Churches and Religious Organizations, the freedom of conscience and religion, quarantine in Ukraine.

In March 2020, the Cabinet of Ministers of Ukraine implemented the provisions on compulsory quarantine on the territory of Ukraine in connection with the pandemic caused by the Covid-19 virus. The sanitary restrictions limited the possibility of realizing fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution of Ukraine including freedom of conscience and religion. Access to religious services, contacts with clergy were limited, self-isolation was ordered for clergy in the senior age and limits were introduced for people present during religious services. The All-Ukrainian Council of Churches and Religious Organizations undertook to cooperate with state authorities in reducing the spread of the epidemic. However, its actions in the field of ensuring the fullest possible implementation of the religious freedom of citizens turned out to be ineffective and insufficient in the face of the decided regime policy of the state.

Maciej Pisz

Uniwersytet Warszawski

ORCID: 0000-0001-7516-7786

m.pisz@wpia.uw.edu.pl

Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jako jedna z gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w kontekście gwarancji funkcjonowania szeroko rozumianego społeczeństwa obywatelskiego. Rozważania prowadzone są w odniesieniu do obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹ i zmierzają do ukazania zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości jako jednej z gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym.

Uwzględniając powyższe założenia, należy na wstępie wskazać, że w polskim porządku prawnym społeczeństwo obywatelskie stanowi szczególną wartość konstytucyjną. Dał temu wyraz polski ustrojodawca na gruncie obowiązującej w Polsce ustawy zasadniczej, zapewniając społeczeństwu obywatelskiemu szczególne znaczenie ustrojowe i stwarzając gwarancje funkcjonowania tego społeczeństwa w polskim porządku prawnym. Dowodzi tego treść co najmniej kilku różnych przepisów Konstytucji RP.

Co więcej, na płaszczyźnie polskiej ustawy zasadniczej istnieją wręcz podstawy do wyodrębnienia zasady ustrojowej społeczeństwa obywatelskiego. Zasadę ustrojową społeczeństwa obywatelskiego – mimo że Konstytucja RP nigdzie nie posługuje się *expressis verbis* pojęciem „społeczeństwo obywatelskie” – można uznać za jedną z większej grupy zasad ustrojowych, wynikają-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i zm.).

cych z rozdziału I polskiej ustawy zasadniczej i tworzących fundamenty aksjologiczne Rzeczypospolitej Polskiej².

W kontekście zagadnienia konstytucyjnych gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego, wynikających z Konstytucji RP, warto zarazem wskazać, że na gruncie polskich regulacji konstytucyjnych problematyczne okazuje się określenie w sposób zupełnie jednoznaczny, czym w istocie jest społeczeństwo obywatelskie i na czym polega jego idea oraz jak należy w tym kontekście postrzegać zasadę ustrojową społeczeństwa obywatelskiego. Warto zarazem jednak odnotować, że próby sformułowania odpowiedzi na te pytania były w przeszłości podejmowane zarówno w doktrynie prawa konstytucyjnego, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej jako TK) – i to właśnie na podstawie poglądów doktryny prawa konstytucyjnego oraz orzecznictwa TK, odnoszących się do zagadnienia społeczeństwa obywatelskiego i do zasady ustrojowej społeczeństwa obywatelskiego, można zaproponować sposób postrzegania omawianych zagadnień na potrzeby dalszych rozważań.

Mając zarazem na względzie utrwalone poglądy doktrynalne, można m.in. wskazać, że społeczeństwo obywatelskie to „społeczeństwo pluralistyczne, w którym każdy ma możliwość działania w wybranych przez siebie organizacjach i strukturach, służących realizacji jego podmiotowości jako obywatela, pracownika czy mieszkańca”³. Społeczeństwo obywatelskie – jak można jednocześnie podkreślić w oparciu o poglądy ukształtowane w doktrynie – powinno wykazywać następujące cechy: 1) suwerenem jest tylko Naród sprawujący władzę przez swoich przedstawicieli bądź bezpośrednio, 2) władza działa na podstawie i w granicach prawa, 3) system źródeł prawa uwzględnia interesy poszczególnych jednostek, 3) istnieje prawny system ochrony praw i wolności jednostki, 4) funkcjonują instytucje gwarantujące przede wszystkim przestrzeganie praw (np. powszechnie dostępne sądownictwo czy ombudsman), 5) jednostki mają faktycznie zapewnioną możliwość udziału w życiu politycznym, ekonomicznym czy społecznym⁴.

Uwzględniając przy tym okoliczność, że sposób rozumienia pojęcia społeczeństwa obywatelskiego jest bardzo różny (czego np. mogła w przeszłości dowodzić tocząca się wewnątrz Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Naro-

² Por. w tym kontekście m.in. M. Pisz, *Zasada społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] M. Pisz, P. Ochmann, R. Piotrowski (red.), *Prawo konstytucyjne. Kompendium*, wyd. drugie, Warszawa 2018, s. 11 i nast.

³ Tak: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017, s. 83. Hubert Izdebski wskazuje natomiast, że „społeczeństwo obywatelskie jest, jako »społeczeństwo polityczne«, tożsamy z Narodem, czyli ogółem obywateli”. Zob. H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 63.

⁴ Por. w tym zakresie m.in. M.T. Góralczyk, *Związek między konstytucyjną zasadą społeczeństwa obywatelskiego a partycypacją społeczną – zarys problematyki*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6, s. 40; D.R. Kijowski, *Partycypacja obywatelska w samorządowych procesach decyzyjnych – zagadnienia ogólne*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 1–2, s. 10.

dowego jeszcze przed uchwaleniem Konstytucji z 1997 r. dyskusja na temat idei społeczeństwa obywatelskiego), warto jednocześnie w sposób jednoznaczny podkreślić, że pojęciem społeczeństwa obywatelskiego objąć można nie tylko autonomiczną oraz niezależną od państwa aktywność gospodarczą i kulturalną obywateli, ale także udział obywateli w sprawowaniu władzy państwowej⁵.

W tym kontekście można zarazem stwierdzić, że zasada ustrojowa społeczeństwa obywatelskiego – wyrażona na gruncie Konstytucji RP w sposób opisowy⁶ – daje możliwość uczestnictwa społeczeństwa w podejmowaniu istotnych z punktu widzenia ogółu decyzji politycznych, ekonomicznych i społecznych⁷. Zasada ta – jak podkreśla się zarazem w doktrynie – stanowi punkt wyjścia do innych zasad konstytucyjnych⁸.

W świetle orzecznictwa TK społeczeństwo obywatelskie można z kolei określić m.in. jako „społeczeństwo wolnych, świadomych, aktywnych i zaangażowanych w sprawy publiczne obywateli”⁹. Należy ponadto wskazać, że już z założenia członkowie społeczeństwa obywatelskiego nie mają żadnych przeszkód prawnych organizowania się w sposób odpowiadający ich potrzebom, celom i interesom. Fundamentem umożliwiającym działalność społeczeństwa obywatelskiego jest przy tym zarówno wolność stowarzyszania się, jak i wolność zgromadzeń¹⁰, które są gwarantowane przez polskiego ustrojodawcę na gruncie Konstytucji RP. Zaprezentowane poglądy orzecznicze TK dotyczące społeczeństwa obywatelskiego – jak można stwierdzić – wyznaczają też sposób postrzegania zasady ustrojowej społeczeństwa obywatelskiego, ukierunkowanej na zapewnieniu przez władze publiczne możliwości organizowania się jednostkom w wielu różnorodnych formach i w sposób odpowiadający ich potrzebom, celom i interesom.

Uwzględniając bezsporny fakt istnienia szeregu wypowiedzi doktrynalnych i orzeczniczych na temat społeczeństwa obywatelskiego oraz odnoszących się do zasady ustrojowej społeczeństwa obywatelskiego (w tym m.in. takich jak przytoczone wcześniej), warto – jako uzupełnienie powyższych ustaleń – mimo wszystko poczynić jedno formalne zastrzeżenie i odnotować, że w świetle polskich regulacji konstytucyjnych trudna wydaje się być możliwość stworzenia jednej uniwersalnej definicji pojęcia społeczeństwa obywatelskiego i zarazem wskazania jednego uniwersalnego sposobu rozumienia zasady ustrojowej społeczeństwa obywatelskiego. Problem ten wydaje się tym bardziej warty odnotowania z uwagi na okoliczność, że sama struktura społeczeństwa

⁵ Por. M.T. Góraleczyk, op. cit., s. 35–36.

⁶ Ibidem, s. 36.

⁷ Por. D. Wojtczak, *Zasada społeczeństwa obywatelskiego jako zasada naczelna konstytucji*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny” 2018, nr 1, s. 243 i nast.

⁸ Por. K. Prokop, *Podstawowe zasady ustrojowe*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo konstytucyjne*, Białystok 2014, s. 81.

⁹ Tak: wyrok TK z 27 maja 2003 r., sygn. akt K 11/03, OTK-A 2003, Nr 5, poz. 43.

¹⁰ Por. wyrok TK z 18 stycznia 2006 r., sygn. akt K 21/05, Dz.U. Nr 17, poz. 141.

obywatelskiego jest dynamiczna i składają się na nią różne ciała pośredniczące całkowicie dobrowolne, kształtujące się samorzutnie, samowystarczalnie i niezależne od państwa¹¹.

Abstrahując od zasygnalizowanego problemu, należy w tym miejscu zwrócić uwagę na bezsporną okoliczność i uznać, że polski ustrojodawca na gruncie Konstytucji RP zapewnia różnorakie gwarancje funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego. Gwarancje funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym można wyinterpretować w pierwszej kolejności z art. 11–13 Konstytucji RP. W tym kontekście Trybunał Konstytucyjny zwrócił wprost uwagę w jednym z wydanych przez siebie wyroków: „Konstytucyjne ramy modelu społeczeństwa obywatelskiego zawarte są w przepisach art. 11–13 Konstytucji, ze szczególnym uwzględnieniem art. 12”¹². Artykuły 11–13 Konstytucji RP dają wyraz zasadom pluralizmu politycznego i społecznego, na których opiera się zasada społeczeństwa obywatelskiego, i – określając wolność tworzenia i działania partii politycznych, związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji – wskazują zarazem na formy organizacji społeczeństwa obywatelskiego. Za formy organizacji społeczeństwa obywatelskiego należy w tym kontekście uznać takie twory organizacyjne, jak: partie polityczne (art. 11 oraz 13 Konstytucji RP), związki zawodowe, organizacje społeczno-zawodowe rolników, stowarzyszenia, ruchy obywatelskie, inne dobrowolne zrzeszenia oraz fundacje (art. 12 Konstytucji RP)¹³.

Z pewnością treść konstytucyjnych gwarancji społeczeństwa obywatelskiego nie wyczerpuje się jednak w regulacji wynikającej z art. 11–13 Konstytucji z 1997 r. Gwarancje te wynikają bowiem także z szeregu innych przepisów Konstytucji RP, takich jak np. art. 14 Konstytucji RP (zasada pluralizmu środków masowego komunikowania), art. 16 i 17 Konstytucji RP (zasada samorządności) oraz art. 25 Konstytucji RP (zasada pluralizmu wyznaniowego)¹⁴. Ponadto gwarancje funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym wynikają m.in. z – gwarantowanych przez polskiego ustrojodawcę – wolności zrzeszania się (art. 58 ust. 1 oraz 59 ust. 1 Konstytucji RP), wolności organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich (art. 57 Konstytucji RP), prawa do petycji (art. 63 Konstytucji RP)¹⁵, prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP), prawa do

¹¹ Por. W. J. Wołpiuk, J. Kuciński, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Warszawa 2012, s. 163.

¹² Tak: wyrok TK z 27 maja 2003 r., sygn. akt K 11/03, OTK-A 2003, Nr 5, poz. 43.

¹³ Por. M. Pisz, op. cit., s. 8 i nast.

¹⁴ J. Kuciński, *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 74–75.

¹⁵ Zob. szerzej: M. Pisz, *Gwarancje realizacji konstytucyjnego prawa do petycji w kontekście ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o petycjach*, „Przegląd Legislacyjny” 2016, nr 2, s. 49 i nast.

informacji o stanie i ochronie środowiska (art. 74 ust. 3 Konstytucji RP), środków ochrony konstytucyjnych praw i wolności (do których zalicza się m.in. skargę konstytucyjną – przewidzianą w art. 79 ust. 1 Konstytucji RP oraz wnioski do Rzecznika Praw Obywatelskich – przewidziany w art. 80 Konstytucji RP) czy też z instytucji demokracji bezpośredniej, tj. obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej (art. 118 ust. 2 Konstytucji RP)¹⁶ oraz referendum – zarówno ogólnokrajowego (art. 125 ust. 1–5 Konstytucji RP), jak i lokalnego (art. 170 Konstytucji RP)¹⁷.

Mając na względzie wszystkie przedstawione powyżej gwarancje funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym, autor niniejszego artykułu wyraża pogląd, że za kolejną z gwarancji funkcjonowania omawianego społeczeństwa wynikającą z Konstytucji RP należy uznać – *expressis verbis* przewidziany przez polskiego ustrojodawcę – udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Wyraża przy tym przekonanie, że ściśle powiązanie gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego z zagadnieniem udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – dokonane w myśl zaprezentowanego poglądu – zasługuje na szczególną aprobatę już tylko z uwagi na tę okoliczność, że zaproponowany sposób postrzegania przywołanej kwestii koresponduje ze stanowiskiem utrwalonym w doktrynie prawa (dowodzącym, iż koncepcja udziału czynnika obywatelskiego w orzekaniu jest ściśle związana z ideą społeczeństwa obywatelskiego i stanowi ona uznany standard w demokratycznym państwie prawnym)¹⁸.

Co więcej, należy wskazać, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, z którym można w sposób immanentny łączyć kategorię społeczeństwa obywatelskiego, jest zagadnieniem mającym bardzo głębokie zakorzenienie w tradycji prawnej i wiąże się z utrwalonym przekonaniem, iż stanowienia i stosowania prawa nie można pozostawiać tylko prawnikom. Ryszard Piotrowski wskazuje tym kontekście m.in. na okoliczność, że przekonanie, iż stanowienia i stosowania prawa nie można pozostawić tylko prawnikom, należy zapewne do najdawniejszych doświadczeń związanych z jego funkcjonowaniem i współistotnych długotrwałemu procesowi oddzielania prawa od moralności¹⁹, któremu towarzyszyło odróżnianie, a niekiedy przeciw-

¹⁶ Zob. szerzej: idem, *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza z art. 118 ust. 2 Konstytucji RP oraz europejska inicjatywa obywatelska – przedstawienie i porównanie obu instytucji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 11, s. 22 i nast.

¹⁷ Por. w tym zakresie np. A. Rytel-Warzocho, P. Uziębło, *Kilka uwag o referendum ogólnokrajowym (wnioski de lege ferenda w oparciu o doświadczenia referendum z 2015 r.)*, [w:] B. Banaszak, B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz (red.), *Aktualne problemy referendum*, Warszawa 2016, s. 81 i nast.; J. Jaskiernia, *Referendum jako forma demokracji bezpośredniej w systemie aksjologicznym Rady Europy*, [w:] B. Banaszak, B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz (red.), op. cit., s. 213 i nast.

¹⁸ Tak: E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości z perspektywy konstytucyjnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 12, s. 69.

¹⁹ Por. K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa*, Wrocław 2000, s. 19 i nast.

stawianie prawa i sprawiedliwości²⁰ – *lex i ius* – porządku prawnego i sumienia²¹.

W tym kontekście można zarazem uznać, że zapewnienie przez ustrojodawcę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości ma niebagatelne znaczenie dla funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego, gdyż rozwiązanie takie, po pierwsze, stwarza kolejną płaszczyznę, na której obywatele mogą przejawiać swoją aktywność i zaangażowanie w sprawy publiczne, i po drugie zapewnia narzędzie służące przeciwdziałaniu zbytniemu wzrostowi roli sądów w demokratycznym państwie prawnym i zbytnej emancypacji sądownictwa, mogących wręcz skutkować (kosztem obywateli) przemianami państwa, w którym rządzą prawa, w państwo, w którym rządzą sędziowie. Dodatkowo zapewnienie przez ustrojodawcę udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – a zatem wprowadzenie do działalności sądów czynnika obywatelskiego, pozbawionego z założenia przygotowania profesjonalnego – ułatwiać może w tym kontekście (przynajmniej w założeniu) uwzględnianie przy orzekaniu rozpowszechnionych w społeczeństwie poglądów na stosowanie prawa i społecznej hierarchii wartości²².

Znaczenie zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości dla funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego można w tym kontekście posiłkowo wyinterpretować z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Mianowicie w jednym z wyroków Trybunał Konstytucyjny wyraził następujący pogląd: „W postępowaniu sądowym [ławnicy – przyp. M.P.] reprezentują (...) różnorodne grupy społeczne, przeciętnych obywateli z ich doświadczeniem życiowym oraz zawodowym, co, stwarzając możliwość kolegiального rozstrzygnięcia na podstawie konfrontacji fachowego i społecznego punktu widzenia, zabezpieczać ma organy wymiaru sprawiedliwości przed izolacją i wyobcowaniem. Dzięki udziałowi ławników, sąd z jednej strony ma warunki sprzyjające orzekaniu w ściślejszym kontakcie z opinią publiczną, z drugiej zaś – ma swoich przedstawicieli i rzeczników ułatwiających oddziaływanie wychowawcze, edukacyjne i informacyjne na społeczeństwo”²³.

Co więcej, dokonanie ścisłego powiązania idei społeczeństwa obywatelskiego z zagadnieniem udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości wydaje się znajdować uzasadnienie w samej genezie zjawiska objawiającego się dopuszczeniem do udziału w orzekaniu czynnika społecznego. Warto przy tym odnotować, że genezy tego zjawiska należy upatrywać się już pod koniec XVIII w. (w okresie rewolucji francuskiej) a samo zjawisko, obja-

²⁰ Por. R. A. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków–Lublin 1997, s. 74 i nast.

²¹ R. Piotrowski, *Wstęp*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2021, s. 11.

²² Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 909–910.

²³ Tak: wyrok TK z 29 listopada 2005 r., sygn. akt P 16/04, OTK-A 2005, Nr 10, poz. 119.

wiające się dopuszczeniem do udziału w orzekaniu czynnika społecznego, należy ujmować jako wyraz kształtującej się wówczas (w związku z rozwojem idei oświeceniowych oraz upowszechnieniem się tendencji polegającej na zapewnieniu obywatelom nowych praw i swobód) opozycji względem absolutyzmu królewskiego i jego sądów monarszych²⁴.

Regulacja w zakresie udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości znajduje wprost swoje konstytucyjne umocowanie w polskim porządku prawnym w art. 182 Konstytucji RP, a zatem w przepisie zlokalizowanym w rozdziale VIII polskiej ustawy zasadniczej (który to rozdział, zatytułowany *Sądy i Trybunały*, odnosi się w sposób bezpośredni do władzy sądowniczej w Rzeczypospolitej Polskiej). Stosownie do treści art. 182 Konstytucji RP: „Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa”. Przepis ten odczytywać należy z całokształtem pozostałych regulacji konstytucyjnych, w tym w szczególności z zasadą suwerenności Narodu (art. 4 ust. 1 Konstytucji RP)²⁵ oraz ze wszystkimi innymi przepisami odnoszącymi się zarówno do zagadnienia społeczeństwa obywatelskiego, jak i do instytucji władzy sądowniczej (w tym m.in. z art. 175 ust. Konstytucji RP, określającym grupę podmiotów sprawujących wymiar sprawiedliwości²⁶, lecz zarazem niezawierającym – tak samo zresztą jak i żaden inny przepis polskiej ustawy zasadniczej – definicji legalnej samego pojęcia „wymiar sprawiedliwości”).

W odniesieniu do treści art. 182 Konstytucji RP należy wskazać, iż regulacja konstytucyjna odnosząca się do kwestii udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (ograniczająca się wyłącznie do sformułowania, że udział ten „określa ustawa”) jest nader lakoniczna. Regulacja ta normuje bowiem kompetencję dla ustawodawcy zwykłego do określenia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i pozostawia zarazem uregulowanie tego udziału w sposób całościowy (zarówno co do jego formy, jak i jego zakresu) ustawodawcy zwykłemu. Istotny jest przy tym fakt, że przywołana regulacja konstytucyjna nie rozstrzyga nawet, który z modeli udziału obywateli w sprawowaniu sprawiedliwości spotykanych we współczesnych państwach demokratycznych ma zostać przyjęty – czy model sędziów przysięgłych, czy też model ławników²⁷.

Mając powyższe na względzie, należy mimo wszystko równocześnie podkreślić, że art. 182 Konstytucji RP – chociaż nie spełnia on warunku precyzyjnego unormowania normatywnego – nie może być traktowany wyłącznie jako przekazanie kwestii udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości do uregulowania w drodze ustawy, gdyż można też dostrzec w nim wyzna-

²⁴ Por. E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, op. cit., s. 69.

²⁵ Por. ibidem, s. 71.

²⁶ Stosownie do treści art. 182 Konstytucji RP: „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”.

²⁷ Por. B. Banaszak, op. cit., s. 910.

czenie pewnego określonego kierunku prac legislacyjnych w tym zakresie²⁸. Co więcej, konstytucyjna regulacja odnosząca się do zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (wynikająca z art. 182 Konstytucji RP) ma fundamentalne znaczenie już tylko z uwagi na tę jedną okoliczność, że nadaje ona konstytucyjną rangę samemu zagadnieniu udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Innymi słowy, można wskazać, że na gruncie Konstytucji RP została dokonana konstytucjonalizacja przywołanego zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości.

W tym kontekście można dodatkowo wyrazić pogląd, że na polskiego ustawodawcę został nałożony w art. 182 Konstytucji RP pozytywny obowiązek przyjęcia regulacji ustawowej regulującej udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Tym samym należy również przyjąć, że ewentualne zaniechanie ustawodawcy w przyjęciu tego typu regulacji ustawowej uchylałoby woli ustrojodawcy uregulowania ww. zagadnienia na gruncie ustawowym, wyrażonej jednoznacznie w treści art. 182 Konstytucji RP.

Przy dokonywaniu analizy zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – rozpatrywanego jako jedna z gwarancji funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym – warto w tym miejscu wskazać, że omawiany art. 182 Konstytucji RP stanowił w przeszłości przedmiot zainteresowania TK, który – odnosząc się do tego przepisu – sformułował w tym zakresie poglądy orzecznicze korespondujące z ustaleniami zaprezentowanymi w niniejszym artykule. Jednocześnie – w uzupełnieniu do poczynionych dotychczas ustaleń – warto odnotować, że na podstawie poglądów trybunalskich można podjąć się próby doprecyzowania, na czym ma w istocie polegać „wymiar sprawiedliwości”, w sprawowaniu którego mają partycypować obywatele w świetle art. 182 Konstytucji RP, i jednocześnie można podjąć się próby dookreślenia, jak należy postrzegać na tle tego przepisu kwestię zakresu udziału obywateli w sprawowaniu ww. wymiaru sprawiedliwości, a tym samym jaki powinien być kierunek prac legislacyjnych w odniesieniu do tego zagadnienia.

W tym kontekście TK wyraził w swoim orzecznictwie m.in. następujący pogląd: „Zgodnie z art. 182 Konstytucji: »Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa«. Występujące w tym przepisie pojęcie »wymiaru sprawiedliwości« nie jest prawnie zdefiniowane, dotychczas nie zostało również precyzyjnie określone ani w orzecznictwie ani w doktrynie. Ponieważ dominuje znaczenie przedmiotowe, dlatego można powiedzieć, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oznacza partycypację czynnika społecznego w rozstrzyganiu sporów poprzez stosowanie norm prawnych do konkretnych przypadków (sytuacji). Trzeba zaznaczyć, że Konstytucja nie określa ani formy, ani zakresu tego udziału. Trafny jest pogląd,

²⁸ Por. E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, op. cit., s. 71.

że z treści art. 182 wynika, iż nie jest możliwe ani całkowite wyłączenie obywateli ze sprawowania tej funkcji (wymiaru sprawiedliwości), ani takie jej zawężenie, by udział ten przybrał zakres jedynie symboliczny. Rozumienie art. 182 Konstytucji jako normy upoważniająco-odsyłającej oznacza kompetencję dla ustawodawcy zwykłego do wprowadzenia udziału czynnika obywatelskiego w wymiarze sprawiedliwości. Treść tego przepisu wyraża intencje ustrojodawcy odejścia od rozwiązań zawartych w poprzednim stanie prawno-konstytucyjnym. Art. 49 (w pierwotnym brzmieniu) Konstytucji z 22 lipca 1952 r., zgodnie z którym: »Rozpoznawanie i rozstrzyganie spraw w sądach odbywa się z udziałem ławników ludowych, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie«, ustanawiał zasadę szerokiej partycypacji czynnika obywatelskiego w wymiarze sprawiedliwości. Treść obecnie obowiązującej regulacji nie daje podstaw do tego, by wywodzić z niej nakaz przyjęcia rozwiązań ustawowych czyniących ten udział powszechnym, czy preferowanym (...). Z punktu widzenia zakresu udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oznacza to, że udział ten może być ograniczony do niektórych spraw; wyłącza to jednak możliwość takiej regulacji, by w sprawach danej kategorii wymiar sprawiedliwości należał wyłącznie do czynnika społecznego»²⁹.

W myśl ww. poglądu orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego należy wyraźnie odnotować, że art. 182 Konstytucji RP – wyznaczając kierunek prac legislacyjnych w zakresie udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – określa, że nie jest możliwe ani całkowite wyłączenie obywateli ze sprawowania funkcji wymiaru sprawiedliwości, ani też takie jej zawężenie, by udział ten przybrał zakres jedynie symboliczny. Z drugiej jednak strony w myśl omawianego przepisu polskiej ustawy zasadniczej udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości nie może mieć charakteru powszechnego czy też preferowanego³⁰.

Uwzględniając zaprezentowany powyżej pogląd orzeczniczy, należy ponadto podkreślić, że zagadnienie udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości nie stanowi *novum* z perspektywy polskiego prawa konstytucyjnego i zarazem nie może ono być uznane za rozwiązanie ustrojowe wprowadzone do porządku prawnego dopiero wraz z wejściem w życie Konstytucji RP. *A contrario*, mając na względzie wcześniej obowiązujące polskie regulacje konstytucyjne, można uznać, że zagadnienie to ma dość długą tradycję w polskim prawie konstytucyjnym.

Z zastrzeżeniem oczywistych różnic w założeniach ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej oraz Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej warto przy tym podkreślić, że zagadnienie udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości zostało po raz pierwszy uregulowane w polskim porządku prawnym

²⁹ Tak: wyrok TK z 29 listopada 2005 r., sygn. akt P 16/04, OTK-A 2005, Nr 10, poz. 119.

³⁰ Por. w tym kontekście także L. Garlicki, *Uwagi do art. 182*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 1 i n.

na szczeblu konstytucyjnym na gruncie Konstytucji PRL z 1952 r.³¹. Trzeba jednocześnie zauważyć, że Konstytucja PRL określiła wprost model udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (opowiadając się za modelem powszechnego udziału ławników w sądownictwie) oraz nadała ona wręcz powszechnemu udziałowi ławników w sądownictwie rangę zasady konstytucyjnej³². Tym samym wspomniana ustawa zasadnicza – jak można stwierdzić – zapewniła znacznie szersze gwarancje udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości niż Konstytucja RP z 1997 r.

Warto w tym miejscu zarazem wyraźnie wskazać, że Konstytucja RP – odmiennie niż Konstytucja PRL, pomimo konstytucjonalizacji samego zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – nie statuuje już zasady udziału ławników w orzekaniu. Konstytucja z 1997 r. normuje za to wspomnianą już kompetencję dla ustawodawcy zwykłego do określenia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (w odniesieniu zarówno do formy, jak i do zakresu tego udziału)³³.

Zaprobowane przez ustrojodawcę na gruncie Konstytucji RP ujęcie zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości – mimo znacznie węższego ujęcia gwarancji udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w tej ustawie zasadniczej względem Konstytucji PRL – wydaje się być dostateczną gwarancją dla skutecznego funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym. Powyższe uzasadnia już tylko ta okoliczność, że w świetle art. 182 Konstytucji RP nie jest możliwe – jak to zostało wskazane – ani całkowite wyłączenie obywateli ze sprawowania funkcji wymiaru sprawiedliwości, ani też takie jej zawężenie, by udział ten przybrał zakres jedynie symboliczny.

Również mając na względzie faktycznie przyjętą w polskim porządku prawnym regulację ustawową odnoszącą się do zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (opartą o model udziału ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości³⁴)³⁵, należy uznać, że partycypacja czynnika społecznego w orzekaniu stanowi dostateczną gwarancję dla skutecznego funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego nie tylko w założeniu ustrojodawcy, ale również w praktyce legislacyjnej ustawodawcy zwykłego. Również praktyka stosowania prawa w Polsce w ostatnich latach dowodzi, że udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości (mimo braku powszechnego czy preferowanego charakteru tego udziału) nie ma wymiaru wyłącznie

³¹ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232 ze zm.).

³² Por. E. Kowalewska-Borys, A. Osińska, M. Żukowska, op. cit., s. 68.

³³ Por. ibidem, s. 69.

³⁴ Por. B. Banaszak, op. cit., s. 911.

³⁵ Wspomniana regulacja ustawowa – z uwagi to, że jej materia wykracza poza zakres rozważań stanowiących przedmiot tego artykułu – nie będzie przedmiotem bliższej analizy w toku dalszych rozważań.

symbolicznego i tym samym dowodzi realnej możliwości funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego w polskim porządku prawnym. Odrębnym zagadnieniem, znacznie wykraczającym poza ramy niniejszego artykułu, pozostaje jednak zasadność i zakres udziału czynnika społecznego w instancjach sądowych najwyższych instancji (tak jak ma to miejsce w polskim porządku prawnym w przypadku instytucji ławników Sądu Najwyższego, którzy zostali uregulowani w rozdziale 6 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym³⁶).

Podsumowując rozważania przedstawione w prezentowanym artykule, należy stwierdzić, że w odniesieniu do zagadnienia udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, wynikającego z Konstytucji RP, zostały przyznane dostateczne gwarancje funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego (mimo nader lakonicznego ujęcia przez ustrojodawcę regulacji konstytucyjnej w tym zakresie). Co więcej, rozpatrując wynikającą z art. 182 Konstytucji RP regulację konstytucyjną, dotyczącą udziału obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości na płaszczyźnie systemowej (z perspektywy całości kształtu norm konstytucyjnych), należy uznać, że funkcjonowanie społeczeństwa obywatelskiego w polskim prawie konstytucyjnym opiera się na złożonym i powiązanim ze sobą wzajemnie systemie różnych gwarancji instytucjonalnych.

Wykaz literatury

- Banaszak B., Tokaj B., Feja-Paszkiwicz A. (red.), *Aktualne problemy referendum*, Krajowe Biuro Wyborcze, Warszawa 2016.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Garlicki L., *Uwagi do art. 182*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2005.
- Góralczyk M.T., *Związek między konstytucyjną zasadą społeczeństwa obywatelskiego a partycypacją społeczną – zarys problematyki*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6.
- Izdebski H., *Fundamenty współczesnych państw*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Jaskiernia J., *Referendum jako forma demokracji bezpośredniej w systemie aksjologicznym Rady Europy*, [w:] B. Banaszak, B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz (red.), *Aktualne problemy referendum*, Krajowe Biuro Wyborcze, Warszawa 2016.
- Kijowski D.R., *Partycypacja obywatelska w samorządowych procesach decyzyjnych – zagadnienia ogólne*, „Samorząd Terytorialny” 2010, nr 1–2.
- Kowalewska-Borys E., Osińska A., Żukowska M., *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości z perspektywy konstytucyjnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 12.
- Kuciński J., *Konstytucyjny ustrój państwowy Rzeczypospolitej Polskiej*, Difin, Warszawa 2003.

³⁶ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 154 ze zm.).

- Piotrowski R., *Wstęp*, [w:] R. Piotrowski (red.), *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Pisz M., *Gwarancje realizacji konstytucyjnego prawa do petycji w kontekście ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o petycjach*, „Przegląd Legislacyjny” 2016, nr 2.
- Pisz M., *Obywatelska inicjatywa ustawodawcza z art. 118 ust. 2 Konstytucji RP oraz europejska inicjatywa obywatelska – przedstawienie i porównanie obu instytucji*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 11.
- Pisz M., *Zasada społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] M. Pisz, P. Ochmann, R. Piotrowski (red.), *Prawo konstytucyjne. Kompendium*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Prokop K., *Podstawowe zasady ustrojowe*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo konstytucyjne*, UwB, Białystok 2014.
- Rytel-Warzocha A., Uziębło P., *Kilka uwag o referendum ogólnokrajowym (wnioski de lege ferenda w oparciu o doświadczenia referendum z 2015 r.)*, [w:] B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz, B. Banaszak (red.), *Aktualne problemy referendum*, Krajowe Biuro Wyborcze Warszawa 2016.
- Sójka-Zielińska K., *Drogi i bezdroża prawa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 2000.
- Tokarczyk R.A., *Komparatystyka prawnicza*, Zakamycze, Kraków–Lublin 1997.
- Wojtczak D., *Zasada społeczeństwa obywatelskiego jako zasada naczelna konstytucji*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny” 2018, nr 1.
- Wolpiuk W.J., Kuciński J., *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

Summary

Participation of citizens in the administration of justice as one of the guarantees of the functioning of the civil society in the Polish constitutional law

Keywords: constitutional law, citizens, social factor, civil society, lay judges, administration of justice.

This article is aimed at presenting the issue of citizens' participation in the administration of justice in the context of ensuring the functioning of the broadly understood civil society. Considerations are carried out about the Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997, and aim to present the issue of citizens' participation in the administration of justice – provided by the Polish constitutional legislator *expressis verbis* under the Polish fundamental law – as one of the numerous guarantees for the functioning of the civil society in the Polish constitutional law. As part of the deliberations, I attempt *inter alia* to answer the research question of whether the approach to the issue of citizens' participation in the administration of justice, approved by the constitutional legislator under the Constitution of the Republic of Poland, can be considered a sufficient guarantee for the effective functioning of the civil society in the Polish constitutional law.

Maciej Rzewuski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-5637-9257

maciej.rzewuski@uwm.edu.pl

Nowelizacja procedury cywilnej z dnia 4 lipca 2019 r. – problemy praktyczne

Wstęp

Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadziła najobszerniejszą w ostatnich latach nowelizację procedury cywilnej. Różnym modyfikacjom poddano kilkaset przepisów, a podstawowym celem projektodawcy było przeciwdziałanie dotychczasowej przewlekłości i obstrukcji procesowej.

Ponad roczne obowiązywanie znowelizowanych przepisów procedury cywilnej dowodzi, że część rozwiązań wprowadzonych nowelą k.p.c. z 2019 r. budzi wiele wątpliwości natury praktycznej. Co istotne, wątpliwości te występują nie tylko po stronie uczestników procesu cywilnego, ale także – co może już rodzić pewien niepokój – po stronie podmiotów stosujących prawo na co dzień. Odmienne poglądy odnośnie prawidłowego funkcjonowania poszczególnych mechanizmów procesowych, w powiązaniu z brakiem jednolitości orzecznictwa w materii stosowania znowelizowanych przepisów, stały się przyczynkiem do powstania niniejszego opracowania. Jego głównym zadaniem jest zasygnalizowanie wybranych problemów praktycznych związanych z wejściem w życie nowych rozwiązań, które być może stanie się asumptem dla szerszej dyskusji naukowej w większym gronie.

W konsekwencji rozważania podjęte w artykule stanowią w pewnym sensie weryfikację założeń, jakie przyświecały projektodawcy w opracowywaniu tekstu noweli k.p.c. z 2019 r. Ocena ta zostanie dokonana z perspektywy praktyka, któremu przyszło znowelizowane przepisy stosować na co dzień. Całościowa analiza rzeczonych przepisów nie jest możliwa z uwagi na ograniczenia wynikające z obranej formy publikacji. Tym samym uwagom zawartym w artykule należy przypisać raczej charakter sygnalizacyjny.

¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 1469, dalej jako nowela k.p.c. z 2019 r.

Wątpliwości i problemy dotyczące procesu cywilnego

Nie może budzić wątpliwości, że sprawne prowadzenie procesu cywilnego uzależnione jest od jego właściwego zaplanowania. Wprowadzone nowelą k.p.c. z 2019 r. posiedzenie przygotowawcze służyć miało – co zasługuje na powszechną aprobatę – maksymalnej koncentracji materiału dowodowego². Zgodnie z brzmieniem przyjętej regulacji art. 205⁵ § 1 k.p.c. zasadniczym celem takiego posiedzenia powinno być rozwiązanie sporu bez potrzeby prowadzenia dalszych posiedzeń, a w konsekwencji – pojednanie zwaśnionych stron. Niestety, praktyka dowodzi, że posiedzenia pojednawcze wyznaczane są tylko sporadycznie, a przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele.

Po pierwsze, błędne wydaje się już samo założenie ustawodawcy, jakoby posiedzenie przygotowawcze mogło każdorazowo zrealizować społecznie pożądany postulat przyspieszenia rozpoznawania spraw sądowych. Na takim posiedzeniu bowiem, w braku dojścia stron do porozumienia, dochodzi dopiero do rozpisania właściwego terminu rozprawy i skatalogowania czynności procesowych, które zostaną nań przeprowadzone. W rzeczywistości odracza to skutecznie możliwość wydania rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w sprawie. Dodatkowych komplikacji dostarcza nałożony przez ustawodawcę na przewodniczącego obowiązek uzgadniania planu rozprawy ze stronami, co w przypadku zwaśnionych uczestników procesu cywilnego może okazać się niezwykle trudne, a czasem wręcz nierealne. Również wszelkiego rodzaju modyfikacje pierwotnego planu rozprawy, stanowiącego ustawą przewidziany załącznik do posiedzenia przygotowawczego, wymagają obligatoryjnej zgody obu stron, poprzedzonej koniecznością ich wysłuchania (art. 205¹¹ k.p.c.). Wydaje się, że wskazane rygoryzmy w zakresie organizacji posiedzenia przygotowawczego i rejestracji jego wyników skutecznie zniechęcają nie tylko sąd, ale przede wszystkim strony procesowe (które w zdecydowanej większości przypadków już w pierwszych pismach procesowych wnioskuje o zwolnienie ich z udziału w takim posiedzeniu) do skorzystania z nowego mechanizmu procesowego³.

Innym problemem, który wyłonił się w praktycznym stosowaniu znowelizowanych przepisów procedury cywilnej, jest kwestia doręczeń sądowych, a konkretnie doręczeń za pośrednictwem komornika. Wychodząc z założenia, że doręczenia komornicze są szybkie, pewne i tanie, ustawodawca wprowadził regulację art. 139¹ k.p.c., nakładającą na przewodniczącego obowiązek zawi-

² S. Hanausek, *Przygotowanie procesu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1964, nr 2, s. 153; B. Karolczyk, *Koncentracja materiału dowodowego w postępowaniu cywilnym przed sądem pierwszej instancji*, Warszawa 2013, passim.

³ M. Rzewuski, *Procesowe nowalijki nie uzdrowiły polskiej procedury cywilnej*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/reforma-kpc-wg-prof-macieja-rzewuskiego-procesowe-nowalijki-nie,507662.html> (data dostępu: 02.06.2021).

domienia powoda o nieodebraniu przez pozwanego korespondencji sądowej, wywołującego potrzebę podjęcia obrony, z równoczesnym zobowiązaniem go do doręczenia tej korespondencji pozwanemu za pośrednictwem komornika.

Niestety, również i w tym przypadku praktyka dowodzi, że nie dość iż doręczenia komornicze wcale nie są tak szybkie i tanie, jak pierwotnie zakładał to projektodawca, to jeszcze w wielu przypadkach nie są w stanie zrealizować podstawowej funkcji, jaka przyświecała ustawodawcy, tj. nie dają pewności przebywania adresata w danym miejscu. Nadto „dzięki” doręczeniom komorniczym odroczeniu w czasie uległ moment fakultatywnego zawieszenia postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c. W braku złożenia przez powoda do akt sprawy potwierdzenia doręczenia pisma pozwanemu za pośrednictwem komornika albo dowodu, że pozwany przebywa pod adresem wskazanym w pozwie, sąd musi bowiem wyczekiwać wprowadzone nowelą dwa miesiące na ustalenie tego rodzaju danych⁴.

W tym stanie rzeczy pojawia się dość oczywiste pytanie o to, czy mechanizm doręczenia komorniczego już *in abstracto* mógł w jakimkolwiek sposób, choćby pośredni, wpłynąć na przyspieszenie procedur sądowych? Odpowiedź na to pytanie, w kontekście poczynionych wcześniej uwag, wydaje się dość jednoznaczna.

Warto nadmienić, że problem udziału komornika w doręczeniach sądowych nie jest jedynym, który zaistniał w związku z wejściem w życie noweli k.p.c. z 2019 r. Inne, równie istotne wątpliwości uwypukliło skierowane do Sądu Najwyższego pytanie prawne następującej treści: „1. Czy zarządzenie o zwrocie pozwu wydane na podstawie art. 130^{1a} KPC podlega doręczeniu stronie, nawet jeśli jest ona reprezentowana przez pełnomocnika procesowego; 2. czy wydanie zarządzenia o zwrocie pozwu na podstawie art. 130^{1a} KPC ze wskazaniem braków stanowiących podstawę zwrotu zgodnie z § 2 tego przepisu powoduje, że termin do złożenia zażalenia na to zarządzenie biegnie od dnia jego doręczenia?”⁵. Przedstawione zagadnienie prawne póki co nie doczekało się odpowiedzi Sądu Najwyższego.

Kolejną instytucją wprowadzoną nowelą k.p.c. z 2019 r., w celu usprawnienia polskiego procesu cywilnego, jest przepis art. 186¹. Zgodnie z jego treścią pismo, które zostało wniesione jako pozew, a z którego nie wynika żądanie rozstrzygnięcia sporu o charakterze sprawy cywilnej, przewodniczący zwraca wnoszącemu bez żadnych dalszych czynności, chyba że wyjątkowe okoliczności uzasadniają nadanie mu biegu. Decydując się na wdrożenie niniejszej regulacji w życie, ustawodawca trafnie skonstatował, że przypadki wniesienia pod pozorem pozwu pisma, które w rzeczywistości nim nie jest, „wymagają od sądu wyjątkowo dużego nakładu pracy (...). Pisma takie są

⁴ Ibidem.

⁵ Sygn. akt III CZP 60/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=-Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

z reguły tylko wyrazem negatywnego stosunku wnoszącego do jakiegoś zjawiska lub osoby. W obecnym stanie prawnym mimo to sąd jest obowiązany do traktowania takiego pisma, jak gdyby pozwem było – i do nadawania mu biegu poprzez, w szczególności, zmuszenie wnoszącego do postawienia żądania (...). Tymczasem jest jasne, że pisma tego rodzaju w ogóle nie powinny być podstawą jakichkolwiek czynności sądu”⁶.

Nowo wprowadzona instytucja spotkała się z różnym odbiorem w doktrynie. Niektórzy autorzy zarzucili, że skoro rozwiązanie, polegające na zwróceniu pozwu wnoszącemu bez podjęcia żadnych dalszych czynności, dotyczy zarówno pozwów wnoszonych przez osoby reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, jak też pozwów wnoszonych przez osoby pozbawione profesjonalnej pomocy, to może ono skutkować pogorszeniem sytuacji procesowej i naruszenia gwarancji konstytucyjnych osób, które nie mają możliwości skorzystania z pomocy profesjonalisty⁷.

Takie obawy wydają się zbyt przesadne z kilku powodów. „Po pierwsze, regulacja art. 186¹ KPC, wbrew powołanym wyżej twierdzeniom, nie normuje sytuacji zwrotu pozwu (...), lecz przypadek zwrotu pisma, które pozwem nie jest (...). Już choćby z tej przyczyny trudno mówić o naruszeniu w stosunku do wnoszącego pismo, *de facto* bliżej nieokreślonych »gwarancji konstytucyjnych«. Po drugie, z wykładni celowościowej analizowanego przepisu wynika, że jego podstawową rolą miała być eliminacja, a przynajmniej istotne ograniczenie szeroko rozumianego »pieniactwa sądowego« (...). Po trzecie, nie wydaje się, aby profesjonalny pełnomocnik procesowy zdecydował się na zredagowanie i wniesienie do sądu pod pozorem pozwu pisma niebędącego nim w rzeczywistości, czyli niezawierającego żądania rozpoznania przez sąd jakiegokolwiek sprawy (...). Po czwarte, zgodnie z przepisem art. 394 § 1 pkt 1 KPC, na zarządzenie przewodniczącego, którego przedmiotem jest zwrot pisma wniesionego jako pozw, z którego nie wynika żądanie rozpoznania sprawy, przysługuje zażalenie (...). W końcu po piąte, dokonując oceny regulacji art. 186¹ k.p.c., trzeba pamiętać o jej pełnym brzmieniu. Mianowicie, pomimo że ustawodawca nałożył na przewodniczącego obowiązek zwrotu pisma wnoszącemu bez żadnych dalszych czynności, to jednak wprowadził od tego nakazu odstępstwo – chyba że wyjątkowe okoliczności uzasadniają nadanie pismu biegu”⁸.

⁶ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy Nr 3137, Sejm RP VIII kadencji), s. 34–35, dalej jako uzasadnienie projektu.

⁷ A. Kościółek, *Komentarz do art. 186¹*, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, 2019, Legalis, teza 2.

⁸ Tak: M. Rzewuski, [w:] M. Rzewuski (red.), *Rozstrzygnięcia sądowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2021, s. 156–157. Por. I. Kunicki, *Komentarz do art. 186¹*, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom IA. Komentarz. Art. 1–424¹²*, 2019, Legalis, teza 4.

Wskazane argumenty zdają się przemawiać na rzecz pozytywnej oceny nowego mechanizmu procesowego. Rzeczywistość dowodzi jednak, że przepis art. 186¹ k.p.c. ma wyjątkowo marginalne zastosowanie w praktyce sądowej, które sprowadza go do roli instytucji niemalże martwej. Niestety, podobnej oceny – z uwagi na podobną częstotliwość występowania w praktyce – wymaga regulacja art. 191¹ k.p.c., traktująca o powództwie oczywiście bezzasadnym. Jest nim przy tym takie powództwo, „(..) którego treść pozwala przewidywać, że w żadnym wypadku nie ma ono szans uwzględnienia, wobec czego nadawanie mu biegu jest stratą czasu i pracy sądu”⁹. Dokonanie tak rygorystycznej, a przy tym jednoznacznej oceny wytoczonego powództwa musi być poparte solidnymi argumentami, które powinny być spójne i transparentne dla przeciętnego prawnika. Praktyka dowodzi, że ryzyko uchylecia orzeczenia wydanego w trybie art. 191¹ k.p.c. w powiązaniu z koniecznością ponownego rozpoznania sprawy w takim przypadku, skutecznie zniechęca orzeczników przed stosowaniem przedmiotowej regulacji.

Można mieć w końcu poważne wątpliwości, próbując odgadnąć cele towarzyszące wprowadzaniu w życie regulacji art. 205³ § 4 k.p.c., w świetle której stroną zastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną RP przewodniczący może zobowiązać do wskazania podstaw prawnych, czyli konkretnych przepisów prawa materialnego wszystkich lub niektórych z jej żądań i wniosków. Wydaje się, że sens funkcjonowania tego rodzaju instytucji byłby oczywisty, w sytuacji gdyby sąd był związany podstawą prawną wskazaną przez stronę. Tymczasem pamiętać należy, że na gruncie polskiego procesu cywilnego wciąż obowiązuje zasada *iura novit curia*. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym m.in. w wyroku z 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 189/09, „jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości bądź w części, to należy go w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przytoczona przez niego okazała się błędna (...)”¹⁰.

Z powyższych względów można uznać, że wskazanie podstawy prawnej żądania i wniosku zredagowanych przez stronę ma dla sądu znaczenie wyłącznie pomocnicze. Niekiedy ten pomocniczy charakter może jednak okazać się zgubny dla żądającego (wnioskodawcy), zwłaszcza w tych przypadkach, gdy pytanie o podstawę prawną żądania (wniosku) zostanie skierowane do pełnomocnika, który nie dość rzetelnie przygotował się do udziału w posiedzeniu sądowym.

⁹ Uzasadnienie projektu, s. 36. Por. M.G. Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 91 i nast.

¹⁰ Legalis. Zob. M. Rzewuski, *Reforma KPC – odpowiedzi na kluczowe pytania związane z nowelizacją procedury cywilnej*, 2019, Lex, teza 9.

Wątpliwości i problemy dotyczące postępowania odwoławczego

Podstawowym celem postępowania odwoławczego – tak apelacyjnego, jak i zażaleniowego – jest zapewnienie stronom możliwość weryfikacji rozstrzygnięcia wydanego przez sąd pierwszej instancji. Cel ten koresponduje z konstytucyjną zasadą dwuinстанcyjności postępowania sądowego. Nowela k.p.c. z 2019 r. wprowadziła istotne zmiany w zakresie postępowania odwoławczego, które w zamierzeniu ustawodawcy, powinny doprowadzić do szybszego i sprawniejszego rozpoznawania środków odwoławczych¹¹.

Mimo że zakreślony przez projektodawcę cel z pewnością zasługuje na aprobatę, to jednak regulacje wprowadzone nowelą k.p.c. z 2019 r. wywołały spore wątpliwości odnośnie poprawnego stosowania przepisów dotyczących postępowania drugoinstancyjnego. Okoliczność tę najlepiej zdaje się odzwierciedlać liczba zagadnień prawnych skierowanych do Sądu Najwyższego przez sądy rozpoznające apelacje i zażalenia.

Jako przykład, bez potrzeby wchodzenia w merytorykę poszczególnych kwestii szczegółowych (celem zobrazowania istoty i rozmiaru problemów) oraz bez próby odpowiedzi na postawione pytania prawne (która z pewnością przekroczyłaby rozsądne ramy tego opracowania), warto przytoczyć choćby tylko ważniejsze z tych, które wpłynęły do Sądu Najwyższego w ostatnim roku:

– „W jakiej formie (wyroku czy postanowienia) i w jakim składzie orzeka sąd II instancji na posiedzeniu niejawnym (art. 374 KPC) w sytuacji, gdy zachodzą podstawy do uchylenia wyroku i umorzenia postępowania (art. 386 § 3 KPC)?”¹²;

– „Czy sądem właściwym do rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji o odmowie uzasadnienia wyroku oraz jego doręczenia (postanowienie sądu pierwszej instancji o odrzuceniu wniosku o doręczenie wyroku wraz z uzasadnieniem) jest sąd drugiej instancji (art. 394^{1b} KPC) czy sąd pierwszej instancji orzekający w innym składzie (art. 394^{1a} § 1 pkt 7 KPC)?”¹³;

– „W jakim składzie Sąd II instancji rozpoznaje – po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. (...) – zażalenie na postanowienie w postępowaniu uproszczonym?”¹⁴;

¹¹ M. Rzewuski, *Wniesienie apelacji po nowelizacji KPC*, 2020, Lex, teza 1; idem, *Postępowanie zażaleniowe po nowelizacji KPC*, 2020, Lex, teza 1.

¹² Sygn. akt III CZP 101/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹³ Sygn. akt III CZP 95/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁴ Sygn. akt III CZP 94/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

– „Czy rozpoznanie zażalenia na posiedzeniu niejawnym w składzie trzech sędziów, przewidzianym w art. 397 § 1 KPC, obejmuje także wydanie przez sąd drugiej instancji orzeczenia o odrzuceniu tego środka odwoławczego?”¹⁵;

– „Czy w aktualnie obowiązującym stanie prawnym zażalenie na zarządzenie o zwrocie nieopłaconego wniosku o sporządzenie uzasadnienia orzeczenia na podstawie art. 130² § 1 KPC w zw. z art. 25b ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych rozpoznaje inny skład sądu pierwszej instancji czy sąd drugiej instancji?”¹⁶;

– „Czy do rozpoznania wniesionego po 7 listopada 2019 r. zażalenia na zarządzenie przewodniczącego w sądzie pierwszej instancji o zwrocie wniosku o udzielenie zabezpieczenia właściwy jest sąd, w którym wydano zaskarżone zarządzenie?”¹⁷;

– „Czy zażalenie wniesione w terminie tygodniowym od dnia doręczenia odpisu postanowienia z uzasadnieniem, mimo niezgłoszenia wniosku o takie doręczenie, jest dopuszczalne?”¹⁸;

– „Czy zażalenie na postanowienie w przedmiocie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności wydane przez sąd rejonowy podlega rozpoznaniu przez sąd okręgowy jako sąd drugiej instancji?”¹⁹;

– „Czy zażalenie złożone przez uczestnika postępowania przed doręczeniem odpisu uzasadnienia, o którego sporządzenie wnosił, to jest przed rozpoczęciem biegu terminu do jego złożenia, podlega odrzuceniu?”²⁰;

– „Czy wniesienie skargi kasacyjnej przez jedną ze stron postępowania skutkować powinno odrzuceniem zażalenia na orzeczenie sądu drugiej instancji, którego przedmiotem jest zwrot kosztów postępowania apelacyjnego, niezależnie od tego, która ze stron wniosła zażalenie?”²¹;

– „Czy na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu zażaleniowym, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. (...), przysługuje zażalenie na postanowienia sądu drugiej instancji o odrzuceniu skargi o wznowienie postępowania?”²²;

¹⁵ Sygn. akt III CZP 88/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁶ Sygn. akt III CZP 89/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁷ Sygn. akt III CZP 69/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁸ Sygn. akt III CZP 59/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

¹⁹ Sygn. akt III CZP 58/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁰ Sygn. akt III CZP 55/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²¹ Sygn. akt III CZP 50/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²² Sygn. akt III CZP 53/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

– „Czy zwięzłe wskazanie zasadniczych powodów rozstrzygnięcia przy wydaniu zarządzenia o zwrocie pozwu na podstawie art. 357 § 5 KPC w zw. z art. 362 KPC powoduje, że termin do złożenia zażalenia na to zarządzenie biegnie od dnia jego doręczenia?”²³;

– „Czy w aktualnym stanie prawnym, po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. (...), odrzucenie zażalenia na postanowienie rozpoznawane w ramach tzw. zażalenia poziomego, a więc przez inny skład sądu pierwszej instancji, następuje w składzie trzech sędziów, czy też w składzie jednego sędziego?”²⁴;

– „Czy w stanie prawnym ukształtowanym na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. (...) właściwym do rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji co do nadania tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności na rzecz następcy prawnego wierzyciela jest inny skład tego sądu, czy też sąd drugiej instancji?”²⁵;

– „W jakim trybie Sąd Okręgowy winien rozpoznać apelację wniesioną po dniu 7 listopada 2019 r. w sprawie o świadczenie nieprzekraczające 20.000,- zł, która nie została rozpoznana przez Sąd Rejonowy w postępowaniu uproszczonym?”²⁶;

– „I. Czy zażalenie do innego składu sądu pierwszej instancji złożone przez profesjonalnego pełnomocnika skierowane do niewłaściwego sądu powinno podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, iż profesjonalny pełnomocnik dokonał doboru niewłaściwego środka zaskarżenia? II. w przypadku udzielenia odpowiedzi pozytywnej, czy postanowienie o odrzuceniu zażalenia powinien wydać sąd, do którego zażalenie skierowano?”²⁷.

Z powyższego, zaledwie przykładowego, wyliczenia problemów praktycznych (przybierających formę pytań prawnych skierowanych do Sądu Najwyższego), jakie powstały na kanwie rozpoznawania konkretnych spraw sądowych, wynika rozpiętość i skala wątpliwości powstałych w związku z wejściem w życie noweli k.p.c. z 2019 r. Co istotne, wskazane problemy nie oscylują wokół jednego, ściśle określonego zagadnienia bądź grupy zagadnień związanych z daną kwestią, lecz dotyczą niemalże ogółu instytucji cywilnego postępowania odwoławczego, począwszy od trybu procedowania, poprzez właściwość i skład sądu, na formie orzeczeń kończąc.

²³ Sygn. akt III CZP 38/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁴ Sygn. akt III CZP 36/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁵ Sygn. akt III CZP 32/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁶ Sygn. akt III CZP 19/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁷ Sygn. akt III CZP 12/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

Na uwagę zasługuje również i to, że spośród wymienionych zagadnień prawnych, budzących poważne wątpliwości w judykaturze, Sądowi Najwyższemu udało się dotychczas rozstrzygnąć zaledwie dwie kwestie, opatrzone odpowiednio sygnaturami akt: III CZP 19/20 i III CZP 12/20. W pierwszej ze spraw uznano mianowicie, że „wniesioną po wejściu w życie ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. (...) apelację od wyroku wydanego przed wejściem w życie tej ustawy w sprawie, która według dotychczasowych przepisów nie podlegała rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym, sąd odwoławczy rozpoznaje według przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu uproszczonym, w brzmieniu nadanym tą ustawą, jeśli w świetle nowych przepisów do tego rodzaju sprawy mają zastosowanie przepisy o postępowaniu uproszczonym”²⁸. Z kolei odnosząc się do drugiego z postawionych pytań prawnych, Sąd Najwyższy stwierdził, że „sąd niewłaściwy, do którego skierowano zażalenie podlegające rozpoznaniu na podstawie art. 394^{1a} § 1 KPC przez inny skład sądu pierwszej instancji, przekazuje zażalenie do rozpoznania sądowi właściwemu (art. 200 § 1⁴ w zw. z art. 391 § 1, art. 397 § 3 i art. 394^{1a} § 2 KPC)”²⁹.

Z uwagi na brak opublikowania do chwili obecnej uzasadnień przedmiotowych uchwał nie sposób ocenić, jakimi kryteriami czy argumentami kierował się Sąd Najwyższy przy redakcji wskazanych odpowiedzi. Z tożsamyh względów trudno jednoznacznie ocenić, czy zapatrywania Sądu Najwyższego przekonują, zwłaszcza że oba poglądy zostały wyrażone w składzie trzech sędziów Sądu Najwyższego, co oznacza, że nie wpisano ich do księgi zasad prawnych, przez co wiążą jedynie w indywidualnych sprawach, w których zostały zredagowane.

Wątpliwości i problemy dotyczące postępowań odrębnych

Specyfika obrotu gospodarczego skłoniła o ustawodawcę do przywrócenia – mocą noweli k.p.c. z 2019 r. – odrębnego postępowania w sprawach gospodarczych. Wprowadzona regulacja nie stanowi jednak bezrefleksyjnego powtórzenia przepisów obowiązujących na podstawie ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych³⁰. Niektóre instytucje przywrócono, inne zmodyfikowano, wprowadzając także nowe rozwiązania.

²⁸ Uchwała SN z 26 lutego 2021 r., sygn. akt III CZP 19/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

²⁹ Uchwała SN z 27 listopada 2020 r., sygn. akt III CZP 12/20, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?Izba=Cywilna (data dostępu: 10.05.2021).

³⁰ Dz.U. z 1989 r., poz. 175, ze zm.

Kategorię spraw gospodarczych wyodrębniono na bazie kryterium przedmiotowo-podmiotowego⁷, a definicję legalną pojęcia zawarto w art. 458² § 1 k.p.c.³¹ *Novum* w stosunku do stanu prawnego obowiązującego przed dniem 3 maja 2012 r. było rozszerzenie katalogu spraw gospodarczych na sprawy: z umów o roboty budowlane oraz ze związanych z procesem budowlanym umów służących wykonaniu robót budowlanych, z umów leasingu oraz przeciwko osobom odpowiadającym za dług przedsiębiorcy, także posiłkowo lub solidarnie, z mocy prawa lub czynności prawnej. Z kategorii spraw gospodarczych wyłączono natomiast trafnie sprawy: o podział majątku wspólnego współników spółki cywilnej po jej ustaniu oraz o wierzytelność nabytą od osoby niebędącej przedsiębiorcą, chyba że wierzytelność ta powstała ze stosunku prawnego w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej przez wszystkie jego strony³².

W celu szybszego rozpoznawania spraw gospodarczych prawodawca nałożył na sąd konkretne terminy na dokonanie poszczególnych czynności. Przykładowo, w treści art. 458⁸ § 4 k.p.c. przyjął, że przewodniczący i sąd są obowiązani podejmować czynności tak, by rozstrzygnięcie w sprawie gospodarczej zapadło nie później niż sześć miesięcy od dnia złożenia odpowiedzi na pozew, a jeżeli odpowiedź ta była dotknięta brakami, termin ten biegnie od dnia usunięcia tych braków, a jeżeli jej nie złożono – od dnia upływu terminu do jej złożenia. Mimo że można zrozumieć, a nawet podzielić racje, jakie przyświecały wprowadzeniu niniejszego reżimu temporalnego, to jednak – z braku wdrożenia adekwatnych konsekwencji czy sankcji za przekroczenie wskazanego czasokresu – taki reżim temporalny jawi się jako wysoce postulatywny, przez co jego praktyczne znaczenie jest znikome³³.

Marginalną rolę w procesach gospodarczych zdają się również odgrywać umowy dowodowe, którym w noweli k.p.c. z 2019 r. poświęcono sporo uwagi³⁴. Okoliczność ta dziwi o tyle, że przecież podstawowym zadaniem tytułowej instytucji miało być odzwierciedlenie zasady, że to strony są gospodarzami procesu cywilnego i to one właśnie mogą przyczynić się do sprawniejszego rozstrzygnięcia zaistniałego sporu. Z uwagi na fakt, że nowela k.p.c. z 4 lipca 2019 r. nie wprowadziła wprost zakazu zawierania umów dowodowych w ra-

³¹ P. Dutka, *Definicja sprawy gospodarczej w ujęciu materialnym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 11, s. 93 i nast.; J.P. Naworski, *Pojęcie sprawy gospodarczej w świetle legis latae*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 1, s. 29 i nast.; T. Zembrzuski, *Wpływ zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej na przebieg procesu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 8, s. 22 i nast.

³² Por. A. Łazarska, *Znaczenie specjalizacji sędziowskiej na przykładzie spraw gospodarczych*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 2, s. 63; K. Babiarz-Mikulska, *Wybrane zagadnienia kognicji sądów gospodarczych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10, s. 12 i nast.

³³ M. Rzewuski, *Procesowe nowaliki...*

³⁴ Szerzej: R. Kulski, *Charakter prawny umów procesowych*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1, s. 53; Ł. Błaszczak, *Umowy dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudowska-Ząbczyk (red.), *Dowody w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 33.

mach ogólnych warunków kontraktowych, w doktrynie powstała poważna rozbieżność, czy zakaz taki faktycznie istnieje³⁵.

Kolejnym postępowaniem odrębnym, którego procedurę istotnie zmodyfikowała nowela k.p.c. z 2019 r., było postępowanie uproszczone. Zasadnicze wątpliwości praktyczne pojawiły w związku z uchyleniem przepisu art. 505⁶ § 2 kodeksu, a właściwie zastąpieniem go regulacją art. 505⁷ § 1, w myśl której ilekroć ustalenie zasadności lub wysokości świadczenia powinno nastąpić przy zastosowaniu wiadomości specjalnych, od uznania sądu zależy powzięcie samodzielnej oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy albo zasięgnięcie opinii biegłego.

Warto odnotować, że „mimo iż kodeks postępowania cywilnego nie zabrania wyraźnie słuchania tej samej osoby w charakterze świadka i biegłego, to jednak taka kumulacja ról procesowych wydaje się niewskazana³⁶. Przekonuje stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 8 listopada 1976 r., sygn. akt I CR 374/76, że „osoba, która z racji posiadanych wiadomości specjalnych ma spostrzeżenia niedostępne dla innych osób (np. lekarz leczący chorego), powinna z reguły być słuchana w charakterze świadka, a funkcję biegłego należy powierzyć innej osobie, która z faktami istotnymi dla rozstrzygnięcia sprawy poprzednio się nie zetknęła. Takie bowiem zetknięcie się może spowodować wyrobienie już sobie uprzednio opinii, od której trudno jest osobie powołanej na biegłego odstąpić. To zaś mogłoby nasuwać wątpliwość co do prawidłowości wydanej opinii”³⁷. Podobne wątpliwości dotyczą zasadności powierzenia osobie, która sporządziła prywatną ekspertyzę na zlecenie strony, roli biegłego sądowego w takiej sprawie. Mimo wszelkich formalności związanych z objęciem funkcji biegłego, trudno przyjąć, aby osoba ta zachowała pełną neutralność w sprawie, i to nie tylko względem strony, na zlecenie której opracowała prywatną opinię, ale też w stosunku do stanowiska wyrażonego w uprzednio sporządzonej ekspertyzie. Już z założenia opinia przygotowana na polecenie sądu raczej niewiele będzie się różnić od wcześniejszej opinii prywatnej. Nadto wydaje się, że przy posiłkowaniu się tymi samymi okolicznościami faktycznymi i tożsamym zasobem wiedzy takie opinie wręcz nie mogą się od siebie różnić. Pojawia się więc naturalne pytanie o sens ustanawiania biegłym sądowym osoby, która poza procesem wyraziła już swoje stanowisko w danej sprawie lub co do określonej kwestii mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia. W konsekwencji można mieć uzasadnione wątpliwości co do

³⁵ Zob. M. Klonowski, *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Polski Proces Cywilny” 2018, nr 2, s. 180.

³⁶ Podobnie: J. Dzierżanowska, J. Studzińska, *Komentarz do art. 278, 280, 281, 282, 283, 284, 287, 288*, [w:] J. Dzierżanowska, J. Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, 2019, Lex, teza 1.

³⁷ OSNC 1977, Nr 10, poz. 187.

przyjętej przez prawodawcę dopuszczalności kumulacji ról procesowych: świadek – biegły oraz ekspert pozasądowy – biegły.

Zdaniem autora niniejszego artykułu największe niebezpieczeństwo rodzi jednak zniesienie zakazu kumulacji ról sędziego i źródła dowodowego. Ustalając niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy wiadomości specjalne, sędzia wciela się przecież w rolę biegłego. Co więcej, sędzia (jako biegły) po dokonaniu ustaleń wymagających wiedzy fachowej z danej dziedziny będzie musiał następnie ustalenia takie ocenić wraz z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie. Wątpliwości budzi jednak to, jakimi kryteriami miałyby się przy tej ocenie kierować. Trudno wyobrazić sobie, aby poczynionym przez siebie ustaleniom co do wiadomości specjalnych odmówił znamion wiarygodności. Wątpliwości mogą też pojawić się na etapie postępowania odwoławczego, np. w sytuacji, gdy sędzia rozpoznający apelację od wyroku wydanego w I instancji w postępowaniu uproszczonym nie będzie posiadał stosownych wiadomości specjalnych w danej dziedzinie. Czy w takim przypadku powinien dopuścić dowód z opinii biegłego z urzędu? Czy byłby do tego legitymowany? Czy dokonując tego, nie naraziłby się na zarzut stronniczości? A może powinien zawrzeć wiedzy sędziego (w zakresie wiadomości specjalnych) wydającego wyrok w niższej instancji? Czy jednak w takim przypadku istota zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego zostałaby zachowana? Podobnych niejasności jest wiele, a w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej brak jest ich wyjaśnienia³⁸.

Zakończenie

Już choćby pobieżna analiza przepisów wprowadzonych w życie mocą noweli k.p.c. z 2019 r. uzasadnia potrzebę nowelizacji, co niestety optymalne dla porządku prawnego nie jest. Z pewnością jednak lepiej poprawić określone niedoskonałości, a nawet błędy legislacyjne, aniżeli tkwić w wątpliwościach, zwłaszcza że w praktyce mają one to do siebie, że się mnożą.

W niniejszej publikacji odstąpiono od próby przeprowadzenia wnikliwej analizy poszczególnych zagadnień prawnych, zredagowanych przez sądy odwoławcze na kanwie rozpoznawania konkretnych środków zaskarżenia. Zadanie to należy pozostawić Sądowi Najwyższemu, któremu rzezone pytania zostały przedstawione. Jakkolwiek już w tym miejscu warto pokusić się o poczynienie kilku uwag, przybierających formę przykładowych postulatów *de lege ferenda*, które być może zostaną zauważone przez prawodawcę w pracach nad kolejną, jak się wydaje nieuniknioną, nowelizacją k.p.c. I tak:

³⁸ Tak: M. Rzewuski, *Zmiany w postępowaniach uproszczonych po nowelizacji KPC, 2019*, Lex, teza 4.

– uzasadnione wątpliwości praktyczne budzi przede wszystkim kwestia braku wprowadzenia przez ustawodawcę instytucji zażalenia na postanowienie sądu II instancji w przedmiocie odrzuceniu zażalenia, eliminującego możliwość jakiegokolwiek weryfikacji podjętej w tej materii decyzji formalnoprawnej (także w trybie art. 395 § 2 k.p.c.);

– zasadą, która dobrze funkcjonowała na gruncie przepisów proceduralnych sprzed nowelizacji, powinno być rozpoznawanie zażaleń na postanowienia wydane w postępowaniu uproszczonym – w składzie jednoosobowym. Niestety, obecny kształt procedury cywilnej uniemożliwia taki model, obligując sąd odwoławczy do orzekania każdorazowo w składzie trzyosobowym (gdy tymczasem apelację, czyli zasadniczo dalej idący środek zaskarżenia, sąd rozpoznaje w postępowaniu uproszczonym właśnie w składzie jednoosobowym);

– niejasna pozostaje sytuacja, do której nawiązuje przepis art. 394^{1a} § 1 pkt 12 k.p.c. przewidujący możliwość odrzucenia przez sąd I instancji zażalenia na wydane przez siebie postanowienie, skoro regulacja art. 395 § 1 zdanie pierwsze k.p.c. nakazuje niezwłoczne i obligatoryjne przedstawienie zażalenia wraz z aktami sprawy sądowi II instancji. Pożądane byłoby transparentne wyszczególnienie przez ustawodawcę przypadków, kiedy taka procedura może znaleźć zastosowanie;

– nie do końca klarowny i zrozumiały jest podział zażaleń na: dewolutywne i poziome. Można założyć, że lepszym zabiegiem legislacyjnym byłoby przyjęcie kodeksowej zasady, że np. wszystkie zażalenia są poziome, za wyjątkiem tych, ściśle określonych w utworzonym katalogu, które podlegają przekazaniu sądowi „w górę”;

– wydaje się też, że nie wszystkie orzeczenia w postępowaniu odwoławczym należałyby uzasadniać *ex officio*. Niestety, zawarte w treści art. 397 § 2 zdanie pierwsze k.p.c. sformułowanie „sąd uzasadnia z urzędu postanowienie kończące to postępowanie” nie jest precyzyjne, przez co w praktyce często generuje dodatkowe czynności absorbujące sędziego, które *de facto* niczemu nie służą. Trzeba zaś definitywnie zerwać z pisaniem uzasadnień do przysłowiowej szuflady, które jawi się jako swoisty anachronizm, nieodpowiadający potrzebom współczesnej praktyki, ani tym bardziej ustawowym postulatом szybkości i sprawności postępowania cywilnego;

– pożądane byłoby w końcu jednakowe traktowanie ogółu uczestników procesu cywilnego w tym znaczeniu, aby także uczestnicy postępowania upadłościowego byli ustawą zobligowani do składania wniosków o uzasadnienie orzeczeń oraz do ich opłacania. Zwolnienie tej kategorii podmiotów z obowiązków formalno-fiskalnych realizowanych na rzecz Skarbu Państwa nie przekonuje.

Wskazane postulaty stanowią wstępną, choć uzasadnioną względami aksjologicznymi propozycję zmian obowiązujących regulacji proceduralnych. Poparte są też doświadczeniem wynikającym z praktyki orzeczniczej. Dlatego

wyduje się, że mogą dać asumpt do szerszej dyskusji naukowej na temat kolejnej nowelizacji cywilnego prawa procesowego.

Wykaz literatury

- Babiarz-Mikulska K., *Wybrane zagadnienia kognicji sądów gospodarczych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2011, nr 10.
- Błaszczak Ł., *Umowy dowodowe*, [w:] Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudowska-Ząbczyk (red.), *Dowody w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Dutka P., *Definicja sprawy gospodarczej w ujęciu materialnym*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 11.
- Dzierżanowska J., Studzińska J., *Komentarz do art. 278, 280, 281, 282, 283, 284, 287, 288*, [w:] J. Dzierżanowska, J. Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, 2019, Lex.
- Hanausek S., *Przygotowanie procesu cywilnego*, „Nowe Prawo” 1964, nr 2.
- Karolczyk B., *Koncentracja materiału procesowego w postępowaniu cywilnym przed sądem pierwszej instancji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Klonowski M., *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Polski Proces Cywilny” 2018, nr 2.
- Kościółek A., *Komentarz do art. 186¹*, [w:] J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do ustawy z 4.7.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, 2019, Legalis.
- Kulski R., *Charakter prawny umów procesowych*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1.
- Kunicki I., *Komentarz do art. 186¹*, [w:] A. Góra-Błaszczkowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I A. Komentarz. Art. 1–424¹²*, 2019, Legalis.
- Łazarska A., *Znaczenie specjalizacji sędziowskiej na przykładzie spraw gospodarczych*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 2.
- Naworski J.P., *Pojęcie sprawy gospodarczej w świetle legis latae*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 1.
- Plebanek M.G., *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Rzewuski M., *Postępowanie zażaleniowe po nowelizacji KPC*, 2020, Lex.
- Rzewuski M., *Procesowe nowalijki nie uzdrowiły polskiej procedury cywilnej*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/reforma-kpc-wg-prof-macieja-rzewuskiego-procesowe-nowalijki-nie,507662.html>.
- Rzewuski M., *Reforma KPC – odpowiedzi na kluczowe pytania związane z nowelizacją procedury cywilnej*, 2019, Lex.
- Rzewuski M., [w:] M. Rzewuski (red.), *Rozstrzygnięcia sądowe w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Rzewuski M., *Wniesienie apelacji po nowelizacji KPC*, 2020, Lex.
- Rzewuski M., *Zmiany w postępowaniach uproszczonych po nowelizacji KPC*, 2019, Lex.
- Zembrzuski T., *Wpływ zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej na przebieg procesu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 8.

Summary

Amendment of the civil procedure – practical problems

Keywords: amendment to civil proceedings, reform of the Code of Civil Procedure, appeal proceedings, appeal, complaint, separate proceedings.

The subject of the study is an attempt to evaluate selected legal solutions introduced by the largest amendment to Polish civil procedure in recent years. This attempt was preceded by signalling individual doubts and problems that civil courts applying the changed law daily had to face. Theoretical considerations were enriched with the position of the judicature and specific *de lege ferenda* postulates.

Katarzyna Rydz-Sybilak
Uniwersytet Łódzki
ORCID: 0000-0002-1612-7626
ksybilak@wpia.uni.lodz.pl

Granice prawnej dopuszczalności zatrzymania osoby w stanie nietrzeźwości w trybie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi

Założenie problemowe

Obecna regulacja prawna związana z problematyką wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi za szczytny cel stawia sobie dbałość o zapewnienie pomocy osobie uzależnionej, w tym zapewnienie stosownego wsparcia osobom najbliższym dla uzależnionego. Przewiduje katalog środków doraźnych, jak również kompleksową pomoc, w tym niezbędną formę wsparcia zakładu leczniczego. Postanowienia tego aktu prawnego mają zadbać o życie i zdrowie uzależnionego, zapewnić mu bezpieczeństwo oraz humanitarne traktowanie. Problemem wyłaniającym się na tle tejże regulacji jest jednak sposób realizacji czynności przez funkcjonariuszy publicznych, a zmierzających do pozbawienia wolności osoby pozostającej w stanie nietrzeźwości. Kiedy staje się koniecznym pozbawienie wolności poprzez zatrzymanie administracyjne i kiedy taka czynność może być uznana za prawnie dopuszczalną, a kiedy należy uznać ją za zachowania wyczerpujące znamiona czynu zabronionego w postaci przekroczenia uprawnień funkcjonariusza publicznego? Gdzie przebiega tym samym prawna granica dopuszczalności zatrzymania administracyjnego osoby nietrzeźwej w trybie przepisów ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi, a kiedy owe pozbawienie wolności samo w sobie stanowi przestępstwo? Celem poniższych rozważań jest zatem udzielenie odpowiedzi na zakresłone założenia problemowe i próba ustosunkowania się do praktyki w zakresie omawianej instytucji.

Podstawy zatrzymania w trybie administracyjnym

Przepisy ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹ wprowadzone zostały w szczytnym celu przeciwdziałania w Polsce tego jakże straszego nałogu. W swej preambule ustawa podnosi przede wszystkim aspekt respektowania naczelnych wartości, w tym uznanie życia obywateli w trzeźwości za niezbędny warunek moralnego i materialnego dobra narodu. Oczywiście przepisy komentowanej ustawy zdecydowanie miały wspomagać osoby w walce z ich uzależnieniem, a także ich rodziny dotknięte problemem owego nałogu. Kompleksowa analiza ustawy zawiera wytyczne odnośnie postępowania wobec samego podmiotu dotkniętego tym problemem, przy czym zakreśla dwutorową formę pomocy ze strony państwa, dobrowolną oraz przymusową. Wydaje się zrozumiałe to, że sposób wsparcia osoby dotkniętej nałogiem wygląda inaczej aniżeli doraźna pomoc osobie nietrzeźwej, która incydentalnie wprawiała się w taki stan.

Art. 39 komentowanej ustawy zawiera legitymację do utworzenia przez organy samorządu terytorialnego w miastach liczących ponad 50 000 mieszkańców jednej z charakterystycznych dla polskiej regulacji przeciwdziałania alkoholizmowi instytucji prawa administracyjnego – izb wytrzeźwień. Analiza ich obecnego kształtu funkcjonowania winna zostać poprzedzona rysem ich ewolucji w polskim porządku prawnym, co pozwoli lepiej zrozumieć ten swoisty dla postępowania z osobami nadużywającymi alkoholu zakład administracyjny². Izby wytrzeźwień zostały utworzone na mocy ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. o zwalczaniu alkoholizmu oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 21 listopada 1956 r. w sprawie organizacji izb wytrzeźwień oraz sposobu ustalania opłat związanych z pobytem w tych izbach³. Miały być do nich kierowane osoby w stanie nietrzeźwym, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscach publicznych. Osoby takie mogły zostać doprowadzone do izb wytrzeźwień i w nich pozostać aż do wytrzeźwienia. Zmiany przyniosła ustawa o zwalczaniu alkoholizmu z dnia 10 grudnia 1959 r., która zmodyfikowała przesłanki umieszczenia osób nietrzeźwych w izbie. Poza miejscem publicznym osoba nietrzeźwa miała swoim zachowaniem wywoływać zgorszenie w zakładzie pracy, aby zostać umieszczona w izbie. Ustawodawca doprecyzował również maksymalny czas przebywania w tym miejscu do maksymalnie 24 godzin. Izby wytrzeźwień znalazły

¹ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1119), dalej jako u.w.t.p.a.

² M. Koszowski, [w:] M. Koszowski, I. Niżnik-Dobosz, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 39 ustawy.

³ Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o zwalczaniu alkoholizmu oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 21 listopada 1956 r. w sprawie organizacji izb wytrzeźwień oraz sposobu ustalania opłat związanych z pobytem w tych izbach (Dz.U. Nr 57, poz. 264).

podstawę prawną do swojego funkcjonowania również w obowiązującym art. 39 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Konieczność zapewnienia ładu oraz porządku publicznego stała się w tym akcie prawnym celem na równi ważnym z niesieniem pomocy osobom nietrzeźwym, które mogłyby swoim zachowaniem nie tylko naruszać normy obyczajowe, ale w związku ze stanem, w który się wprawiły, być narażone na utratę życia lub zdrowia. Ustawa niniejsza wskazywać miała w dacie jej uchwalenia nowy kierunek działań, które z czysto represyjnego modelu miały ewoluować do działań wspomagająco-leczniczych.

Zgodnie z art. 39 ust. 2 u.w.t.p.a. zadania izby wytrzeźwień nie ograniczają się wyłącznie do zapewnienia miejsca do wytrzeźwienia. Izba wytrzeźwień ma nie tylko sprawować aktywną opiekę nad osobą w stanie nietrzeźwości, ale również zabezpieczyć podstawowe zabiegi higieniczno-sanitarne niezbędne takiej osobie i w razie potrzeby zapewnić udzielenie pierwszej pomocy.

Aktualne przesłanki umożliwiające legalne dokonanie zatrzymania administracyjnego, czyli doprowadzenia osoby w stanie nietrzeźwości do izby wytrzeźwień, zostały określone w art. 40 komentowanej ustawy. Zatem, odnosząc się do treści przepisu, osoby w stanie nietrzeźwości, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób, mogą zostać doprowadzone do izby wytrzeźwień lub placówki, podmiotu leczniczego albo do miejsca zamieszkania lub pobytu. Obowiązujące przesłanki akcentują konieczność działania nie tylko o charakterze prewencyjnym wobec naruszenia porządku publicznego, ale także zmierzają do zapewnienia ochrony życia i zdrowia osób nietrzeźwych.

Początkowo jednak brakowało możliwości odwołania się od takiej czynności doprowadzenia do izb wytrzeźwień, które to występowały na gruncie prawa karnego procesowego przy zatrzymaniu procesowym. O jakże ważnym aspekcie zaskarżalności tego rodzaju czynności, które mogą naruszać swobody obywatelskie, wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako ETPC). Weryfikacja rzetelności realizowanych zatrzymań w tym trybie została uwypuklona w sprawie *Witold Litwa v. Polska* przed ETPC⁴. Orzeczenie zostało wydane na kanwie zakwestionowania przez Witolda Litwę zasadności postępowania względem niego funkcjonariuszy Policji, którzy – arbitralnie uznając, że jest pod wpływem alkoholu i wszczyna awantury w miejscu publicznym (w rzeczywistości sam doprowadzony wezwał patrol interwencyjny do urzędu pocztowego, w którym doszło do nieuprawnionego otwarcia i opróżnienia jego skrytek pocztowych) – doprowadzili go do izby wytrzeźwień w Krakowie. W swoim orzeczeniu Trybunał w Strasburgu uznał samo umieszczenie osoby w izbie wytrzeźwień za niesprzeczne z postanowieniami konwen-

⁴ Wyrok ETPC z 4 kwietnia 2000 r., 26629/95, *Witold Litwa v. Polska*, HUDOC.

cji. Zaznaczył jednak, że nie może być ono arbitralne. Musi być natomiast zgodne z prawem oraz konieczne w danym przypadku. Ta forma izolacji wdzierająca się w prawo obywatela do poszanowania wolności może być podjęta tylko wtedy, gdy inne, mniej dokuczliwe środki (chociażby wezwanie taksówki celem odwiezienia do miejsca zamieszkania), były niewystarczające.

Polskie ustawodawstwo, mając na uwadze zasadę demokratycznego państwa prawa, a także pewnego rodzaju prejudykat w postaci orzeczenia ETPC, zdecydowało się na zmianę rodzimej regulacji w taki sposób, aby dostosować jej treść do sugestii Trybunału. Nastąpiło to z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o opłacie skarbowej⁵.

Tym samym aktualna regulacja art. 40 u.w.t.p.a. wskazuje, że osoby w stanie nietrzeźwości, które swoim zachowaniem dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób, mogą zostać doprowadzone do izby wytrzeźwień lub placówki, podmiotu leczniczego albo do miejsca zamieszkania lub pobytu. Osoba nietrzeźwa nie może być zatrzymana na dłużej niż 24 godziny. Dbałość o zatrzymanego poniekąd wynika z dodatkowej klauzuli, zgodnie z którą osoby nieletnie powinny być umieszczone w oddzielnych pomieszczeniach. Co istotne, osobie zatrzymanej w tym trybie przysługuje zażalenie do sądu właściwego dla miejsca doprowadzenia, które składane jest za pośrednictwem izby wytrzeźwień. Analiza zażalenia sprowadza się do weryfikacji dwóch podstaw takiego pozbawienia wolności. Sąd bowiem bada jego zasadność oraz zgodność z treścią obowiązujących przepisów. Jeżeli zażalenie okaże się być skuteczne, sąd winien zawiadomić prokuratora oraz przełożonego funkcjonariusza, który dokonał zatrzymania.

Umieszczenie osoby nietrzeźwej w izbie wytrzeźwień a ochrona jej praw

W tym miejscu należy także ponieść, że wskazana procedura zatrzymania nakazuje pouczenie osoby pozbawionej wolności o przysługujących jej uprawnieniach. Można zatem zadać kluczowe pytanie: w jaki sposób pouczenie ma być realizowane, skoro osoba zatrzymana jest w stanie nietrzeźwości? Stan ten ma prowadzić do realizacji przez nią zachowań skutkujących wywołaniem zgorszenia, zagrożenia dla siebie lub życia i zdrowia innych osób. Innymi

⁵ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o opłacie skarbowej (Dz.U. Nr 60, poz. 610).

słowy, ma być to osoba w stanie nietrzeźwości, która dodatkowo znajduje się w stanie powodującym zakłócenie porządku publicznego lub stwarzającej zagrożenie dla siebie samej. Przedstawione okoliczności implikują stwierdzenie, że w takim stanie psychofizycznym, rozumianym jako ograniczenie możliwości poznawczych, osoba taka w istocie nie jest zdolna do tego, aby zostać należycie pouczona o swoich uprawnieniach. Poza tym, w jaki sposób należałoby przed jej zatrzymaniem dokonać weryfikacji stanu nietrzeźwości? Czy można uznać za zasadne stwierdzenie, że w takim przypadku wystarczająca jest obserwacja osoby zatrzymanej przez funkcjonariusza i jego autorytatywne przeświadczenie w tym zakresie? Gdzie przebiega granica uznaniowej decyzji, że mamy do czynienia w danym przypadku ze stanem uzasadniającym zatrzymanie?

Wydaje się, że odpowiedzi na zadane pytania należy doszukiwać się w treści samej ustawy, przy czym w przekonaniu autorki przesłanki te winny zostać interpretowane w odwrotnej kolejności, aniżeli występują w tekście analizowanego przepisu. Pozbawienie wolności jest ograniczeniem konstytucyjnych praw, tym samym winno nastąpić w ostateczności. A zatem jeżeli wystarczającym w konkretnej sytuacji jest chociażby rozmowa funkcjonariusza z osobą nietrzeźwą, aby spokojnie oddaliła się do domu i nie powodowała zgorszenia, to w takim przypadku samo zatrzymanie nie wydaje się być krokiem właściwym. Upewnienie się nadto odnośnie sposobu i możliwości powrotu do miejsca zamieszkania, przy spokojnej postawie osoby nietrzeźwej, także czyni zadość obowiązującej regulacji. Przy braku zachowań zagrażających życiu i zdrowiu innych osób oraz jeżeli stan osoby nietrzeźwej nie wymaga interwencji lekarskiej, możliwa jest także asekuracyjna forma doprowadzenia osoby nietrzeźwej do jej miejsca pobytu.

Umieszczenie osoby nietrzeźwej w izbie lub jednostce Policji wyłącznie z powodu jej stanu nietrzeźwości jest działaniem niezgodnym z treścią przepisu. Oczywiście, jeżeli jej stan zdrowia tego wymaga, to kumulatywne wystąpienie przesłanek czyni już takie zachowanie zasadnym i legalnym. Jednak należy pamiętać, że ocena powyższych okoliczności *de facto* oddana jest funkcjonariuszom dokonującym zatrzymania, którzy na ogół nie posiadają takiej wiedzy z zakresu ratownictwa medycznego (jak wykwalifikowane w tym zakresie podmioty). Analiza przedstawionych powyżej okoliczności, mimo nowelizacji ustawy, wskazuje nadal na penalny charakter takiego zatrzymania. Realizowane jest ono w oparciu o indywidualną weryfikację zdarzenia przez uprawnionego funkcjonariusza, który może przy takiej ocenie dopuścić się chociażby nieświadomego błędu. Skoro subiektywna analiza przebiegu zdarzenia czy zachowania osoby nietrzeźwej staje się wyłączną podstawą do jej zatrzymania, nie może ona w takim momencie skutecznie bronić się przed pozbawieniem jej wolności. Tym samym żądany aspekt dbałości o zdrowie i życie osoby nietrzeźwej przesuwają się na plan dalszy. Autorytatywna decyzja

funkcjonariuszy prowadzi do realizacji czynności bez względu na argumenty kierowane przez osobę zatrzymywaną. W takich okolicznościach może zatem dochodzić do wyczerpania zachowaniem funkcjonariusza publicznego – znamion czynu zabronionego w postaci przekroczenia uprawnień, opisanych w art. 231 Kodeksu karnego⁶. Jest to sytuacja wyjątkowo niebezpieczna, bowiem czyn taki narusza prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, a także wynikający z tego ich autorytet⁷. Przedmiotem ochrony jest ponadto ustrój konstytucyjny państwa, rozumiany jako „całokształt zasad, w oparciu o które jest zorganizowana i wykonywana władza publiczna”⁸. Można tu oczywiście wyodrębnić poboczny przedmiot ochrony, którym jest wspomniany interes publiczny lub prywatny, na szkodę którego działa funkcjonariusz⁹.

W piśmiennictwie pojawia się zatem pogląd, że celem doprowadzenia do izby wytrzeźwień w obecnym stanie prawnym nie są względy medyczne, ale realizacja obowiązków w zakresie ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz wynikającego z tego określenia tej procedury jako zatrzymania administracyjnego¹⁰.

O specyficznym trybie zatrzymania osoby nietrzeźwej w trybie administracyjnym świadczą dodatkowo możliwości stosowania wobec niej środków przymusu bezpośredniego. Treść art. 42 u.w.t.p.a. ogólnie wskazuje na zasady rządzące jego zastosowaniem, a zatem w takim przypadku dochodzi nie tylko do pozbawienia wolności, ale nadto naruszenia nietykalkości cielesnej danej osoby. Przed zastosowaniem przymusu bezpośredniego uprzedza się co prawda osobę, wobec której przymus ten ma być zastosowany. Stosuje się taką formę przymusu bezpośredniego, która jest możliwie najmniej uciążliwa dla osoby, wobec której przymus ten ma być realizowany. Przy zastosowaniu przymusu bezpośredniego należy zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby. Dbałość ta ma być chociażby realizowana poprzez nadzór tej osoby, w stosunku do której zastosowano unieruchomienie lub izolację, na sprawdzaniu jej stanu zdrowia co 15 minut, ewentualnie na jej monitorowaniu w oparciu o zainstalowany w pomieszczeniach odosobnienia monitoring. Decyzja o ewentualnym zastosowaniu środków przymusu bezpośredniego, niestety

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

⁷ A. Zoll, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Kraków 1999, s. 776.

⁸ S. Hoc, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. piąte, Warszawa 2020, teza 11 komentarza do art. 127 k.k.

⁹ O. Górniok, R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Warszawa 2014, s. 109–110; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 402; por. także P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie zaufania i oszustwo w konfiguracjach wieloosobowych*, „Z czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, t. XVIII, z. 1, s. 12–13; A. Barczak-Oplustil, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. II: *Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 1204.

¹⁰ Ł. Cora, *Zatrzymanie administracyjne na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 110.

także w pewnych okolicznościach, pozostaje indywidualną decyzją funkcjonariusza. Istniejący stan prawny stwarza tym samym kolejne niebezpieczeństwo przekroczenia granic legalności zatrzymania administracyjnego. W tym ostatnim przypadku mowa jest o atrybucie prawidłowości zatrzymania, którego to formy – bez oczywistych dowodów w postaci nagrań audio i video, zeznań naocznych świadków – nie sposób w istocie weryfikować.

Opisany tryb zatrzymania administracyjnego oddany został do kompetencji m.in. straży gminnej.

Podstawy prawne wykonywania zadań przez straż gminną

Straż wykonuje zadania w zakresie ochrony porządku publicznego wynikające z ustaw i aktów prawa miejscowego. Katalog powinności strażnika został bardzo doniośle opisany przez Wojciecha Kotowskiego, który w komentarzu do ustawy o strażach gminnych¹¹ opisał tzw. przymiot posiadanych przez straż kompetencji. Kompetentny strażnik, to nie tylko z racji wykonywanych czynności posiadający określone uprawnienia umożliwiające samodzielne podejmowanie decyzji, ale równocześnie ten, który dysponuje odpowiednim poziomem wiedzy oraz umiejętnie korzysta z doświadczenia innych, a ponadto jest serdeczny, kulturalny, uczynny, z dumą nosi mundur i odznakę oraz nie przynosi wstydu sobie ani koleżankom, kolegom i przełożonym, cechuje go skromność, a równocześnie zdecydowanie, sumienność, rzetelność i odwaga. Odwagą jest również przyznanie się do błędu, a jego naprawieniem – jeżeli nie ma innej możliwości – wyciągnięcie właściwych wniosków na przyszłość¹².

Jednym z zadań realizowanych przez straż gminną jest doprowadzanie osób nietrzeźwych do izby wytrzeźwień lub miejsca ich zamieszkania, jeżeli osoby te zachowaniem swoim dają powód do zgorszenia w miejscu publicznym, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu i zdrowiu innych osób. W związku z wykonywaniem czynności służbowych strażnik korzysta z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Co istotne, zgodnie z treścią art. 22 ustawy o strażach gminnych, strażnik przy wykonywaniu czynności jest obowiązany przedstawić się imieniem i nazwiskiem, a ponadto na żądanie osoby, której czynności te dotyczą, okazać legitymację służbową w sposób umożliwiający odczytanie i zanotowanie nazwiska strażnika oraz organu, który wydał legitymację. Zadania, które mogą być zatem realizowane przez straż gminną w odniesieniu do zatrzymania administracyjnego, nie budzą żadnych wątpliwości. Wszakże

¹¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 123, poz. 779).

¹² W. Kotowski, *Straże gminne. Komentarz*, 2014, Lex, komentarz do art. 27 ustawy o strażach gminnych.

przepisy ustawy regulującej ich funkcjonowanie dodatkowo wskazują na obowiązki straży spełniania służebnej roli wobec społeczności lokalnej, wykonując swe zadania z poszanowaniem godności i praw obywateli.

Problem nadużycia uprawnień funkcjonariusza publicznego przy zatrzymaniu administracyjnym

Realizacja ustawowych zadań przez straże gminne, w szczególności w zakresie realizowanych zatrzymań administracyjnych, może jednak nie zawsze pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami. Podniesiona wcześniej autorytatywna decyzyjność funkcjonariusza o konieczności zatrzymania, przy braku świadomości osoby zatrzymanej w zakresie jej praw, stanowi kluczowe zagadnienie problemowe. Nie chodzi w tym zakresie jedynie o odstępstwa formalne związane z przedstawieniem się i wylegitymowaniem funkcjonariuszy, a kwestię skutecznego pouczenia osoby pozbawianej wolności. Przy takim zatrzymaniu może nadto dochodzić do dodatkowych niepożądanych zachowań ze strony funkcjonariuszy, którzy w ten sposób dopuszczają się nadużycia własnych uprawnień. W jaki zatem sposób pokrzywdzony takim czynem ma dowodzić faktu przekroczenia uprawnień oraz w jaki sposób może dochodzić swych racji celem wykazania popełnienia przestępstwa na jego szkodę? To pytanie nie nasuwa łatwych odpowiedzi, albowiem osoba zatrzymywana, co do zasady, pozostaje w gorszej sytuacji odnośnie do możliwości zabezpieczenia dowodów i obiektywnego zakreślenia przebiegu zdarzenia. Sama znajdując się w stanie ograniczonych możliwości psychofizycznych, winna jednocześnie np. rejestrować sekwencję wydarzeń telefonem komórkowym czy też przybierać świadków, aby mogli następnie zaświadczyć o nadużyciu praw osoby zatrzymanej. Udzielanie w tym samym momencie wyjaśnień funkcjonariuszom o braku konieczności pozbawiania go wolności staje się, jak widać, wielce problematycznym zadaniem. Jak ponadto zabezpieczyć zgromadzone dowody i komu je przekazać, aby uniknąć niebezpieczeństwa ich utraty, zniszczenia lub zniszczenia? To kolejne pytanie pojawiające się w takich sytuacjach. Status funkcjonariusza i jego zeznania w korelacji z twierdzeniami osoby zatrzymanej pozostaje, przy braku innych dowodów, wartością najbardziej miarodajną, co czyni tłumaczenia osoby zatrzymanej niewiarygodnymi.

Jednakże osoba zatrzymana z pogwałceniem jej praw nie powinna nigdy zaniechać dochodzenia własnych racji i domagania się ochrony przynależnych uprawnień. W pierwszej kolejności winna złożyć zażalenie na samo zatrzymanie, ewentualnie następnie złożyć zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa opisanego w art. 231 k.k. Tu może stać się pomocne uprzednio wspomniane powszechne posiadanie telefonu komórkowego, którym zatrzymywany może nagrywać przebieg samego zatrzymania, w tym zachowania strażników. Jak jednak odnieść się do sytuacji, gdy to funkcjonariusz publicz-

ny, bez podstawy prawnej, rejestruje zachowanie pokrzywdzonego własnym urządzeniem mobilnym bez jego wiedzy oraz zgody, a nadto w sytuacji, gdy pokrzywdzony znajduje się w stanie nietrzeźwości. Przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie zakresu i sposobu wykonywania przez strażników gminnych (miejskich) niektórych czynności¹³ nie nadają funkcjonariuszom publicznym legalnej podstawy do rejestracji zachowania pokrzywdzonego własnym urządzeniem mobilnym. Tym samym należałoby uznać, że takie zachowanie realizuje znamiona przestępstwa nadużycia uprawnień określonego w art. 231 k.k. Nagranie w postaci rejestracji obrazu oraz dźwięku zachowania osoby nietrzeźwej narusza jej prawa, w szczególności jeżeli nagranie dodatkowo sporządzane jest w trakcie badań lekarskich. Materiały przedstawiające osobę w stanie nietrzeźwości, która początkowo nie jest świadoma faktu rejestracji własnego zachowania, stanowi przejaw niehumanitarnego traktowania, bez poszanowania jej godności ludzkiej przez funkcjonariuszy. Rejestracja zachowania pokrzywdzonego jest działaniem na szkodę ważnego interesu publicznego, gdyż jest czynnością nielegalną, a nade wszystko zaburza zaufanie obywateli do przedstawicieli służb mundurowych. Narusza także ważny interes prywatny godząc w dobra osobiste pokrzywdzonego oraz przynależne obywatelowi uprawnienia konstytucyjne.

Tym samym zachowanie funkcjonariuszy w takich okolicznościach uznać należy za postać działania nielegalnego w zakresie uprawnień funkcjonariusza publicznego, lecz mające związek z pełnioną przez niego funkcją publiczną i stanowi wykorzystanie wynikających z tej funkcji uprawnień. Można dodatkowo je określić jako bezprawne utrwalanie wizerunku.

Nie można zatem w tym zakresie mówić o ochronie wynikającej z treści art. 11 ustęp 2 ustawy o strażach gminnych, bowiem okoliczności te dotyczą monitorowania miejsc publicznych przez kamery monitoringu miejskiego i nie mają odniesienia do analizowanego przypadku.

Istnienie szkody poprzez działanie naruszające interes prywatny ma zatem fundamentalne znaczenie dla bytu przestępstwa przekroczenia uprawnień. W tym zakresie szczegółowo wypowiedział się Sąd Najwyższy, który wskazał, że naruszenie przepisów technicznych nie wystarcza samo w sobie do przypisania odpowiedzialności karnej nawet za typ z art. 231 § 3 k.k. Tylko takie naruszające obowiązki działanie lub zaniechanie organu administracji publicznej ma charakter przestępstwa urzędniczego, gdy ten – nie działając z zamiarem naruszenia interesu publicznego lub prywatnego – doprowadza do tego, jednak nie zachowując adekwatnych reguł postępowania i tym samym powoduje istotną szkodę¹⁴.

¹³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności przez strażników gminnych (miejskich) (Dz.U. 2019 r., poz. 2484).

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 9 września 2020 r., sygn. akt V KK 368/20, Lex nr 3277452.

Jednocześnie Sąd Najwyższy wskazuje jednak, że odpowiedzialność za przekroczenie uprawnień nie dotyczy całej struktury danego podmiotu, a faktycznie indywidualnego funkcjonariusza działającego w jego imieniu. Nie sposób zaakceptować twierdzenia, że przepisy ustawy o Policji formułują jej zadania i obowiązki jako instytucji, natomiast nie odnoszą się do samych policjantów. Jest przecież oczywiste, że to funkcjonariusze tej służby wykonują zadania określone w ustawie, a swoje czynności realizują w ramach konkretnych jednostek i struktur, do których zostali przydzieleni. Także to nie Policja jako instytucja dokonuje rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz zajmuje się ściganiem ich sprawców, a także poszukiwaniem osób ukrywających się przed organami ścigania, lecz działania te podejmuje funkcjonariusze poszczególnych jednostek Policji; i to nie instytucja może naruszyć ciężące w tym zakresie obowiązki bądź przekroczyć przysługujące uprawnienia, lecz konkretni jej funkcjonariusze, na których te obowiązki ciążyą¹⁵.

Z powyższego wynika, że orzecznictwo potwierdza odpowiedzialność funkcjonariusza za przekroczenie uprawnień, z drugiej jednak strony wymaga wykazania, że funkcjonariusz publiczny obejmuje swoją świadomością okoliczność przysługujących mu kompetencji oraz ich zakres, fakt aktualizacji obowiązku lub uprawnienia z kompetencji tych wynikającego oraz fakt działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. Inaczej mówiąc, dla bytu przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. konieczne jest wykazanie, że – mimo świadomości wskazanych wyżej okoliczności – funkcjonariusz publiczny chce przekroczyć uprawnienia lub nie dopełnić obowiązków albo na to się godzi. Konieczne jest więc ustalenie zakresu tych uprawnień i obowiązków¹⁶.

Na szczęście jednocześnie Sąd Najwyższy przyjmuje, że przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. jest ze swej istoty bezskutkowe, nie jest zatem konieczne, aby wystąpił jakikolwiek uszczerbek w chronionych prawnie dobrach. Wystarczy, że wystąpi zagrożenie takim uszczerbkiem, przy czym zagrożenie to nie musi być realne – wystarczy, że jest abstrakcyjne¹⁷.

Ponieważ jednak istotna szkoda – w rozumieniu art. 231 § 3 k.k. – nie ogranicza się tylko do szkody materialnej i jest pojęciem szerszym, to o tym, na ile jest to szkoda istotna w konkretnych okolicznościach, mogą również decydować – obok faktycznej szkody materialnej – dodatkowe względy, stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej¹⁸. Przytoczony pogląd

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2020 r., sygn. akt II KK 100/19, Lex nr 3075139.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 12 grudnia 2019 r., sygn. akt III APa 19/19, Lex nr 2785771.

¹⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., sygn. akt I DO 32/19, Lex nr 3104744.

¹⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2004 r., sygn. akt I KZP 38/03, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 14.

Sądu Najwyższego jest co do zasady trafny, jednak należy zauważyć, że nie wydaje się słuszne schematyczne odnoszenie szkody o charakterze wyłącznie materialnym do wartości określonej w art. 115 § 5¹⁹.

Podsumowanie

Sam stan nietrzeźwości nie rodzi podstaw do zatrzymania w trybie administracyjnym. Z treści art. 11 ustęp 1 pkt 7 ustawy o strażach gminnych wynika, że strażnik gminny posiada uprawnienia do doprowadzania osób nietrzeźwych do izby wytrzeźwień lub miejsca ich zamieszkania, jeżeli osoby te zachowaniem swoim dają powód do zgorzenia w miejscu publicznym, znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu albo zagrażają życiu i zdrowiu innych osób. Organy winny przedstawiać w każdym przypadku podstawę prawną czynności zatrzymania – podstaw jego legalności oraz zasadności, w tym rodzaju dokonanego zatrzymania (procesowe, prewencyjne, penitencjarne czy też administracyjne).

Stosowanie środków przymusu fizycznego przez funkcjonariuszy państwowych winno mieć uzasadnienie faktyczne. Stopień realizowanych środków przymusu powinien być nadto adekwatny do stopnia zachowań agresywnych osoby zatrzymanej. Kontynuując szlachetne założenie W. Kotowskiego odnośnie kompetencji strażnika gminnego, kompetentny strażnik stanie na wysokości zadania, co oznacza, że interpretacja zdarzenia, której jest autorem, zawsze będzie stanowiła równowartość faktów. Oczywiście w praktyce konieczność podejmowania decyzji napotyka na trudności. Wymaga wewnętrznej dyscypliny i poczucia odpowiedzialności. Wzorcowy model strażnika odnosi się bowiem do takich zasad, jak uczciwość, prawość, moralność. To wewnętrzne przekonanie strażnika winno go prowadzić do niesienia pomocy potrzebującym przez dążenie ze wszech miar do osiągnięcia spokoju i bezpieczeństwa²⁰.

Aktualny stan prawny, z racji autorytatywnej oceny funkcjonariuszy skutkującej koniecznością pozbawienia wolności z powodu nietrzeźwości, wydaje się być niedoskonały. Stwarza bowiem niebezpieczeństwo przekroczenia uprawnień owego funkcjonariusza na szkodę interesu prywatnego obywatela. Takie naruszenie dodatkowo niesie wiele trudności w dochodzeniu praw przez pokrzywdzonego, który został w sposób nielegalny pozbawiony wolności. Problematyczność dowodzenia w takich przypadkach skłania ku stwierdzeniu, że pokrzywdzony bardzo rzadko będzie miał możliwość dochodzenia справедлиwego rozstrzygnięcia. Powyższa regulacja powinna zatem ulec modyfikacji w kierunku większej ochrony uprawnień osoby zatrzymywanej w tym trybie.

¹⁹ M. Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex, komentarz do art. 231 k.k.

²⁰ W. Kotowski, op. cit., komentarz do art. 27 ustawy o strażach gminnych.

Podsumowując, należy w tym miejscu postulować o indywidualizację w procedurze zatrzymania administracyjnego. Sam stan nietrzeźwości nie może być przesłanką do zatrzymania administracyjnego, które – choć jest pozbawione funkcji penalnej – to jednak ma charakter izolacyjny i niewątpliwie wpływa na sferę praw i wolności jednostki²¹. Zatem decydującym kryterium powinna zostać obrona i ochrona życia i zdrowia człowieka. W przypadkach, gdy tej ochrony jednostka nie wymaga, zatrzymanie administracyjne wydaje się być nieuzasadnione.

Wykaz literatury

- Barczak-Oplustil A., [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. II: *Komentarz do art. art. 212–277d*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Cora Ł., *Zatrzymanie administracyjne na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5.
- Górniok O., Zawłocki R., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Hoc S., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kardas P., *Odpowiedzialność za nadużycie zaufania i oszustwo w konfiguracjach wieloosobowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, t. XVIII.
- Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex, komentarz do art. 231 k.k.
- Kotowski W., *Straże gminne. Komentarz*, 2014, Lex.
- Koszowski M., Niżnik-Dobosz I., *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Librata, Warszawa 1997.
- Zoll A., [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Zakamycze, Kraków 1999.

²¹ M. Koszowski, [w:] M. Koszowski, I. Niżnik-Dobosz, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Warszawa 2020, komentarz do art. 40 u.w.t.p.a.

Summary

Limits of the legal admissibility of detaining a drunk person under the Act on Upbringing in Sobriety and Counteracting Alcoholism

Keywords: criminal substantive law, administrative detention, upbringing in sobriety, violation of the powers of a public official.

The purpose of this article is to analyze the provisions governing the institution of administrative detention. The current legal regulation related to the issues of upbringing in sobriety and counteracting alcoholism sets itself the noble goal of providing help to the addicted person, including providing appropriate support to the relatives of the addicted person. It provides for a catalogue of immediate measures, as well as comprehensive assistance, including the necessary form of support for a medical facility. The provisions of this legal action are to take care of the addict's life and health, ensure their safety and humane treatment. However, the problem arising from this regulation is the aspect of activities carried out by public officials, aimed at depriving a person under the influence of alcohol. The necessity of deprivation of liberty through administrative detention may be deemed legally admissible or implemented without being justified in the context of applicable regulations. It may also constitute a crime of abuse of power by a public official, not only about the activity mentioned but also in the context of accompanying behaviour. The analysis of the legal status leads to the conclusion that it is necessary to postulate for individualization of officers' behaviour in the procedure of administrative detention. The decisive criterion should be the protection of human life and health. In cases where such protection is not required by an entity, administrative detention seems to be unjustified, which as a consequence may result in a violation of the constitutional rights of the detained.

Renata Tanajewska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0002-5673-1852

r.tanajewska@uwb.edu.pl

Niedozwolone postanowienia umowne w Prawie zamówień publicznych

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹, uchylając poprzedni akt prawny stanowiący prawo w tym zakresie, stała się podstawową regulacją systemu zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu ustawy, celem ustanowienia nowej regulacji p.z.p. było wprowadzenie rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielania zamówień publicznych. Poprzednio obowiązujący akt prawny nie był ustawą doskonałą, na co uwagę zwracali zarówno przedstawiciele doktryny p.z.p., jak również podmioty biorące czynny udział w tych procedurach. Stałym problemem prawnym były relacje między zamawiającym a wykonawcą, gdzie próbowano przenosić odpowiedzialność za realizację umów wyłącznie na wykonawcę. Ponadto konstrukcja ustawy i treść wielu przepisów nie w każdej części była klarowna i zrozumiała, w konsekwencji czego wielokrotnie powstawały wątpliwości odnośnie obowiązku stosowania ustawy czy też wyboru stosownej procedury. Nowe p.z.p. zwraca szczególną uwagę na rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw. Ponadto istotną kwestią stają się innowacyjne produkty i usługi. Konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych. Ustawa jest odpowiedzią na wyzwanie postawione w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju², w której wskazano, że zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju przez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu.

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej jako p.z.p.

² <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/informacje-o-strategii-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju> (data dostępu: 12.04.2021).

Ustawa ma na celu kompleksowe uregulowanie materii zamówień publicznych, stanowiących umowy o charakterze odpłatnym zawierane między zamawiającymi a wykonawcami, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego wykonawcy. W ramach funkcjonalności ustawy ustawodawca zwraca w przedmiotowym akcie prawnych szczególną uwagę na rolę zamawiającego w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, kładąc nacisk na obowiązek współdziałania. Wprowadza także nowe pojęcie w zamówieniach publicznych – niedozwolone postanowienia umowne. Termin ten znany jest w całej cywilistyce, jednakże wcześniej nie pojawił się w treści ustawy regulującej kwestię zamówień publicznych. Ustawodawca dostrzegł problem niekorzystnego kształtowania postanowień umownych, przenoszących odpowiedzialność na wykonawcę za zakres, na który wykonawca nie ma wpływu.

Celem artykułu jest przedstawienie niedozwolonych postanowień umownych wprowadzonych do treści nowego p.z.p. i wstępna analiza zagadnienia, jaki wpływ wprowadzony katalog może mieć na funkcjonowanie p.z.p. Przy realizacji celu artykułu stawiane są następujące pytania badawcze:

1. Czy możliwe było wykorzystanie katalogu niedozwolonych postanowień umownych zawartych w Kodeksie prawa cywilnego?
2. Jakie niedozwolone postanowienia umowne miały być wprowadzone do nowego Prawa zamówień publicznych?
3. Jakie niedozwolone postanowienia umowne ostatecznie zostały wprowadzone do nowego Prawa zamówień publicznych?
4. Jaki wpływ na realizację zamówień publicznych ma katalog niedozwolonych postanowień umownych zawarty w nowej ustawie?
5. Czy katalog niedozwolonych postanowień umownych zawarty w nowej ustawie ma wpływ na relacje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą?

Przy opracowaniu stawianego problemu wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą oraz analityczną metodę badawczą. Niestety, analiza orzecznictwa na tym etapie funkcjonowania nowej regulacji prawnej nie jest możliwa do przeprowadzenia w satysfakcjonującym zakresie z powodu braku opublikowanych orzeczeń wydanych na podstawie nowej regulacji. Została jednak przeprowadzona w zakresie orzeczeń wydanych na podstawie Kodeksu cywilnego. Metoda dogmatyczna została wykorzystana w taki sposób, że przeanalizowano przepisy Kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.) oraz ustawy p.z.p. Metoda analityczna polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie poruszanego zagadnienia.

Pojęcie niedozwolonych postanowień umownych

Pojęcie niedozwolonych postanowień umownych pochodzi z prawa francuskiego, gdzie określono je terminem klauzul abuzywnych³. W polskim prawie cywilnym o niedozwolonych postanowieniach umownych traktuje art. 385¹ k.c.⁴ Zgodnie z treścią art. 385¹ § 1 k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumentem nieuzgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Nie dotyczy to postanowień określających główne świadczenia stron, w tym cenę lub wynagrodzenie, jeżeli zostały sformułowane w sposób jednoznaczny. W paragrafie 3 wskazanego przepisu prawa ustawodawca wskazuje także, że nieuzgodnione indywidualnie są te postanowienia umowy, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu. W szczególności odnosi się to do postanowień umowy przejętych z wzorca umowy zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta. Natomiast w art. 385³ k.c. zawarto przykładowy katalog postanowień, które mają cechy charakterystyczne dla niedozwolonych postanowień umownych.

Wprowadzenie pojęcia i przykładowego katalogu niedozwolonych postanowień umownych miało na celu ochronę słabszej strony stosunku obligacyjnego, za jaką uznawany jest konsument⁵.

W ramach interpretacji znaczenia niedozwolonych postanowień umownych zwraca się uwagę na ich sprzeczność z dobrymi obyczajami, jak również z zasadami współżycia społecznego. Na te aspekty także zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 20 listopada 2020 r., sygn. akt I ACa 291/20⁶, stwierdzając że za „sprzeczne z dobrymi obyczajami” uważa się m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, brak doświadczenia konsumenta, zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania, ale także niezapewniające rzetelnej, prawdziwej pełnej informacji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Sądu Najwyższego, „dobre obyczaje” są równoważnikiem zasad współżycia społecznego, które obejmują reguły wiążące nie tylko w obrocie powszechnym, ale i w stosunkach z udziałem profesjonalistów. Natomiast pojęcie interesów konsumenta należy rozumieć szeroko, zarówno w kategoriach interesu prawnego, jak i ekonomicznego, w tym na gruncie umowy kredytowej,

³ M.P. Ziemniak, *Klauzule abuzywne w polskim obrocie ubezpieczeniowym. Ocena mechanizmów ochrony konsumenta w Polsce na tle rozwiązań niemieckich i francuskich*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2008, nr 1, s. 97.

⁴ Zob. M. Jabłoński, *Klauzule abuzywne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracyjnego” 2011, nr 85, s. 257–269; A. Trocińska, *Klauzule abuzywne w polskim prawie cywilnym*, [w:] R. Sowiński (red.), *Instrumenty ochrony konsumenta*, Gorzów Wielkopolski 2010, s. 51–55.

⁵ Szerzej: M.P. Ziemniak, op. cit., s. 97–108.

⁶ Legalis nr 2530567.

powinna uwzględniać aspekt bezpieczeństwa finansowego. W związku z tym jako „rażące naruszenie interesów konsumenta” należy rozumieć jako niesprawiedliwą dysproporcję praw na jego niekorzyść w określonym stosunku obligacyjnym.

Zasadą wynikającą z prawa cywilnego jest każdorazowo indywidualna analiza, czy dane postanowienie należy definiować jako niedozwolone. Zgodnie z tezą wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8 grudnia 2020 r., sygn. akt I ACa 622/19⁷, w każdej indywidualnej sprawie, w ramach której stwierdzono niedozwolony charakter postanowienia umownego, na podstawie art. 385¹ § 1 k.c. konieczna jest weryfikacja istnienia podstaw do stwierdzenia nieważności czynności prawnej jako całości. Wyłączony jest przy tym automatyzm wywołany stanowiskiem konsumenta, szczególnie gdy na podstawie faktów ustalonych w postępowaniu sąd uzna, że usprawiedliwiony interes słabszej strony stosunku umownego będzie dostatecznie chroniony w inny sposób, aniżeli wynikając ze zniesienia ze skutkiem *ex tunc* tego stosunku umownego.

Podobnie, zgodnie z tezą wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 listopada 2020 r., sygn. akt I ACa 705/17⁸, sąd ma obowiązek dokonania z urzędu oceny umowy zawartej z konsumentem pod kątem ewentualnej abuzywności postanowień umownych w niej zawartych i wyciągnięcia odpowiednich wniosków prawnych. Przedsiębiorca, zamieszczając w umowie niedozwolone, nieuczciwe postanowienia, musi się liczyć z ich zakwestionowaniem przez konsumenta i konsekwencjami uznania ich za abuzywne. Moment, kiedy to następuje, ma drugorzędne znaczenie, skoro i tak oceny abuzywności danego postanowienia umownego dokonuje się na datę zawarcia umowy. W praktyce może się tak zdarzyć, że konsument wykonuje umowę mimo zawartych w niej nieuczciwych postanowień, a dopiero po pewnym czasie, pod wpływem zaistniałych okoliczności (np. wzrostu kursu walut) zaczyna rozważać charakter poszczególnych postanowień i podważać swoje związanie nimi.

W literaturze z zakresu ochrony praw konsumenta wskazuje się, że uregulowanie w k.c. pojęcia niedozwolonych postanowień umownych miało na celu ochronę wyłącznie jednej ze stron stosunku prawnego – konsumenta, który w relacji z przedsiębiorcą ma słabszą pozycję negocjacyjną⁹.

⁷ Legalis nr 2545931.

⁸ Legalis nr 2533269.

⁹ Zob. K. Lichoń, *Klauzule abuzywne a postępowanie przed sądem polubownym z udziałem konsumenta*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 7, s. 32–40; R. Trzaskowski, *Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 479(42) k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 2585–2606; M. Durbas, *Klauzule abuzywne a konkurencja*, [w:] P. Serrand (red.), *Prawo konkurencji na skrzyżowaniu prawa europejskiego i krajowego, publicznego i prywatnego*, Materiały z polsko-francuskiego seminarium (Kraków, 23.04.2010 r.), Kraków 2010, s. 9–28.

Mimo funkcjonującej zasadzie jedności prawa cywilnego, klauzule abuzywne zawarte w k.c. nie mogą znaleźć zastosowania bezpośrednio w stanie prawnym dotyczącym realizacji zamówień publicznych. Jednak w projekcie ustawy nawiązano do klauzul abuzywnych jako do wzoru kształtowania ochrony słabszej strony, nawet w umowach o charakterze obustronnie profesjonalnym. Nie ma wątpliwości, że jeżeli pojęcie niedozwolonych postanowień umownych ma na celu ochronę konsumenta, nie ma prawnej możliwości, aby przepisy dotyczące niedozwolonych postanowień umownych zawarte w k.c. mogły znaleźć bezpośrednie zastosowanie w sprawach z zakresu p.z.p. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca są podmiotami profesjonalnymi, co oznacza, że umowy zawierają w związku z prowadzoną działalnością o charakterze zawodowym, posiadają stosowne kwalifikację, wiedzę i doświadczenie umożliwiające należyte wykonanie takiej umowy. Faktem jest, że wielokrotnie w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, że wykonawca jest słabszą stroną umowy zawieranej w ramach procedur p.z.p., ponieważ generalnie nie ma wpływu na treść zawieranej umowy, a jej zawarcie ma charakter przystąpienia. Stąd też projektowane klauzule abuzywne w p.z.p. miały swoje źródło pośrednie w przepisach k.c. (ochrona słabszej strony umowy).

W konsekwencji statusu prawnego wykonawcy do umów o zamówienie publiczne nie mogą znaleźć zastosowania przepisy k.c. stanowiące o niedozwolonych postanowieniach umownych. Niemniej jednak podczas naukowych dysput zwracano uwagę, że podobna ochrona, jaka towarzyszy funkcjonowaniu konsumentów, powinna być także wprowadzona w zakresie działalności wykonawcy w p.z.p.¹⁰ Potrzeba ta wynikała z praktyki udzielania zamówień, bowiem zamawiający wprowadzali do umów o zamówienie publiczne postanowienia, które obciążały przede wszystkim wykonawców. Zasadniczym problemem tych umów było przenoszenie odpowiedzialności na wykonawcę za zdarzenia, na które faktycznie nie miał wpływu, a które powodowały negatywne skutki prawne w zakresie jego interesu prawnego¹¹. Zamawiający wielokrotnie wykorzystywali fakt, że umowa o zamówienie publiczne zawiera elementy umowy adhezyjnej. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu, nie ma bowiem wpływu na treść przyszłej umowy. Po wygranym postępowaniu zamawiający przedstawiał zwykle wykonawcy przygotowaną umowę w sposób niekorzystny kształtującą prawa i obowiązki wykonawcy. Zamawiający uzasadniali taką treść umów o zamówienie publiczne koniecznością ochrony interesu publicznego i finansów publicznych, jednocześnie dopuszczając się nadużyć wolności kontraktowej.

¹⁰ <https://kbzlegal.pl/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych/>.

¹¹ https://przetargowa.pl/klauzule-abuzywne-w-nowym-prawie-zamowien-publicznych/#Skad_potrzeba_wprowadzenia_katalogu_postanowien_niedozwolonych.

Niedozwolone postanowienia umowne w nowym p.z.p.

Zasadniczym sygnałem w kierunku ustawodawcy w zakresie konieczności wprowadzenia w p.z.p. katalogu niedozwolonych postanowień umownych był dokument opublikowany w czerwcu 2018 r. – Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych¹². Przykładowymi klauzulami niedozwolonymi wskazanymi w dokumencie miały być postanowienia umowy naliczające kary umowne za opóźnienie, które wynika z winy zamawiającego, wprowadzające nieproporcjonalnie wysokie kary umowne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie świadczeń, które nie były możliwe. W Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych odwoływano się do „rażącej nieproporcjonalności”. W późniejszym projekcie nowego p.z.p. z tego pojęcia zrezygnowano, ponieważ przedstawiciele doktryny postawili zarzut, że proponowany przepis *de facto* narusza zasadę proporcjonalności¹³. Zrezygnowano także z otwartego katalogu niedozwolonych postanowień umownych na rzecz zamkniętego, w sposób ścisły, porządkującego to zagadnienie. Zabieg legislacyjny w tym zakresie trudno jest ocenić na tym etapie funkcjonowania ustawy, ale wydaje się, że ewentualne rozszerzenie katalogu zamkniętego może przysparzać problemów. Ograniczony też został wpływ judykatury na kształtowanie klauzul abuzywnych w p.z.p.

W konsekwencji wzmożonej współpracy Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urzędu Zamówień Publicznych ustawodawca w projekcie nowej ustawy z dnia 21 stycznia 2019 r. przewidział przepis regulujący kwestię klauzul niedozwolonych¹⁴. W projekcie nowego p.z.p.¹⁵ wskazano m.in., że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą oraz wprowadzono katalog niedozwolonych postanowień umownych w umowach zawieranych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą¹⁶.

Ostateczna treść art. 433 p.z.p. wskazuje na katalog zamknięty niedozwolonych postanowień umownych, gdzie projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest

¹² https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf (data dostępu: 20.04.2021).

¹³ B. Soltys, *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 8, s. 14–22.

¹⁴ <https://codozasady.pl/p/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych> (data dostępu: 20.04.2021).

¹⁵ <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4735A24782F36B5DC12584350055ABB1/%24File/3624.pdf> (data dostępu: 20.04.2021).

¹⁶ <https://zamowienia.org.pl/tag/klauzule-abuzywne/> (data dostępu: 20.05.2021).

to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający oraz możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W odniesieniu do projektu ustawy ustawodawca ostatecznie zrezygnował z ochrony przed nadużyciami kontraktowymi zamawiających¹⁷.

Zgodnie z p.z.p. w umowie o zamówienie publiczne nie mogą znaleźć się postanowienia przewidujące odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Istotną kwestią w tym rodzaju postanowień jest zdefiniowanie pojęcia „opóźnienie”. Przedstawiciele doktryny wskazują, aby kategorycznie ze znaczenia tego terminu wyłączyć opóźnienie *sensu stricto* czy opóźnienie zwykłe, bowiem za takie zgodnie z prawem cywilnym dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Wobec tego „opóźnienie” należy interpretować jako zwłokę, czyli takie, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność także na gruncie przepisów k.c.¹⁸

Następnie ustawodawca wskazuje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Zgodnie z zasadą jedności prawa cywilnego oraz na podstawie art. 8 ust. 1 p.z.p., zastosowanie będzie miał art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Bez wątplenia regulacja w tym zakresie była koniecznością, ponieważ zamawiający nader często kreowali postanowienia umowne dotyczące kar umownych w sposób rażący, nadużywając swoich praw poprzez przenoszenie na wykonawców odpowiedzialności za kwestie niezwiązane z nimi. Przykładowo można tu wskazać brak płynności finansowej po stronie zamawiającego, w konsekwencji czego następowало opóźnienie w dostawie materiałów budowlanych i opóźnienie po stronie wykonawcy, które – mimo że przez niego niezawinione – traktowane było jako zwłoka w realizacji umowy.

Zgodnie z kolejną kategorią prezentowaną w art. 433 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Regulacja ta nie wprowadza nowego stanu prawnego. Zgodnie z art. 473 § 1 k.c.

¹⁷ Zob. K. Grochecka-Goljan, *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 1, s. 62–66.

¹⁸ Szerzej: R. Szostak, *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2021, nr 8, s. 48–58.

dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jednakże regulacja istniejąca na gruncie k.c. przewiduje dobrowolne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika za zobowiązanie, którego powstanie nie jest wynikiem działania tego dłużnika. Natomiast w praktyce umów z zakresu zamówień publicznych zdarzały się sytuacje, kiedy zamawiający kształtował postanowienia umowy w taki sposób, że wykonawca za takie okoliczności ponosił odpowiedzialność kontaktową i nie miał faktycznej możliwości negocjowania takich warunków. Wobec takiej praktyki wprowadzenie ograniczenia w zakresie przenoszenia odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, uważa się za słuszny i konieczny zabieg korzystnie wpływający na interes prawny wykonawcy.

Wydaje się ważny w tym zakresie wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r. sygn. akt I CSK 748/12¹⁹, gdzie Sąd Najwyższy wskazuje, że rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne niż wynikające z ustawy okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 353¹ k.c.). Ponadto stwierdza, że chociaż odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa²⁰.

Ostatnia kategoria postanowień umownych zakazana przez p.z.p. to projektowane postanowienia, przewidujące możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Ustawodawca ogranicza swobodę zamawiającego w zakresie zastrzegania sobie w umowie prawa do ograniczenia zakresu za-

¹⁹ MP z 2014 r., nr 12, s. 638.

²⁰ Szerzej: D. Ćwik, *Kary umowne w umowach w sprawie zamówienia publicznego*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Warszawa 2020, s. 1223–1323.

mówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Rozwiązanie to zapewnia możliwość ustalenia przez minimalnego, pewnego zakresu lub wielkości przyszłego swojego świadczenia, a także wysokości odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. W literaturze przedmiotu wskazuje się na dwojaki charakter tego zakazu. Z jednej strony bowiem chroni on wykonawcę przed ewentualnymi stratami, które mogą powstać po stronie wykonawcy w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, podczas gdy jego rzeczywisty wymiar w wyniku późniejszego działania zamawiającego mógłby okazać się mniejszy. Z drugiej strony, mając na uwadze art. 99 ust. 1 p.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty²¹. Ma to na celu ochronę interesu wykonawcy, który – zawierając umowę – powinien być pewny co do zakresu realizowanych usług, tak aby był w stanie ocenić, czy jest to zadanie dla niego opłacalne.

Podsumowanie

Wprowadzenie art. 433 p.z.p., jako zamkniętego katalogu niedozwolonych postanowień umownych, należy oceniać w dwóch aspektach: stanowienia prawa i jego stosowania. Na pewno pod względem stanowienia nie jest dobrym zabiegiem legislacyjnym zamknięcie przedmiotowego katalogu. To ograniczyło w znacznym zakresie możliwość jego modyfikacji, przede wszystkim poprzez rozszerzenie. Każdorazowa zmiana będzie wymagała zmiany ustawy, a to znowu przeprowadzenia pełnego procesu stanowienia prawa. W konsekwencji każda ewentualna zmiana treści p.z.p. będzie wymagała procedowania parlamentu, co może skutkować brakiem możliwości reakcji na bieżącą sytuację gospodarczą. Pokazała to już pandemia COVID-19, gdzie wielu wykonawców napotkało ogromne problemy z terminową realizacją umów i konieczne było wprowadzenie zmian w treści p.z.p. *ad hoc*. W wielu przypadkach, o czym informują środowiska zrzeszające przedsiębiorców, zmiany te pojawiły się zbyt późno i obecnie trwają spory sądowe o nienależyte wykonanie umów o zamówienie publiczne, np. w wyniku opóźnień z powodu braku pracowników (kwarrantanna).

Analizując aspekt stosowania prawa, wydaje się, że przepis wymaga jednak doprecyzowania w taki sposób, aby usunąć sformułowanie „projektowane” umowy. Wówczas ochrona wykonawcy mogłaby faktycznie mieć wymiar pełnej.

²¹ M. Jaworska, *Komentarz do art. 433*, [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Legalis. Zob. także P. Granecki, I. Granecka, *Komentarz do art. 433*, [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Legalis.

Natomiast w jaki sposób faktycznie katalog zawarty w art. 433 p.z.p. będzie chronił wykonawców, niestety pokaże praktyka i przyszłość funkcjonowania nowej ustawy.

Z drugiej strony dzięki wprowadzeniu katalogu niedozwolonych postanowień umownych w treści p.z.p. wykonawca, który uważa, że w projektowanej umowie o zamówienie publiczne znajdują się klauzule spełniające przesłanki z art. 433 p.z.p., uzyskał możliwość wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej²². Uprawnienie to wynika z art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 p.z.p. Jeżeli argumentacja wykonawcy w zakresie zgłoszonego odwołania zostanie uwzględniona przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c p.z.p., możliwe będzie nakazanie zmiany projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie. Wskazuje się jednak wśród praktyków, że klauzule niedozwolone, wskazane w art. 433 p.z.p., są jedynie wskazówką interpretacyjną, która może posłużyć wykonawcom w formułowaniu treści zarzutów w odwołaniu²³. Faktyczna ochrona wykonawcy może nastąpić dopiero w wyniku wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Wykaz literatury

- Ćwik D., *Kary umowne w umowach w sprawie zamówienia publicznego*, [w:] M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Durbas M., *Klauzule abuzywne a konkurencja*, [w:] P. Serrand (red.), *Prawo konkurencji na skrzyżowaniu prawa europejskiego i krajowego, publicznego i prywatnego*, Materiały z polsko-francuskiego seminarium (Kraków, 23.04.2010 r.), Kraków 2010.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Grochecka-Goljan K., *Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie w świetle aktualnego orzecznictwa KIO oraz przepisów nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr. 1.
- Jabłoński M., *Klauzule abuzywne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2011, nr 85.
- Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Lichoń K., *Klauzule abuzywne a postępowanie przed sądem polubownym z udziałem konsumenta*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 7.
- Sołtys B., *Zapobieganie nadużyciom wolności kontraktowej w założeniach i projekcie nowego prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 8.

²² Por. P. Winczorek, *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z Konstytucją RP*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 9, s. 7–19.

²³ <https://codozasady.pl/p/klauzule-abuzywne-w-swietle-nowego-prawa-zamowien-publicznych> (data dostępu: 10.06.2021).

- Szostak R., *Zastrzeżenie kary umownej na tle nowego Prawa zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2021, nr 8.
- Trocińska A., *Klauzule abuzywne w polskim prawie cywilnym*, [w:] R. Sowiński (red.), *Instrumenty ochrony konsumenta*, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa, Gorzów Wielkopolski 2010.
- Trzaskowski R., *Wpływ uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone (art. 479(42) k.p.c.) i zakazu jego stosowania na indywidualne stosunki prawne kształtowane z wykorzystaniem tego postanowienia wzorca*, [w:] J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, t. 2, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Winczorek P., *W sprawie zakresu skutków uznania postanowienia wzorca umownego za niedozwolone i jego zgodności z Konstytucją RP*, „Przegląd Sądowy” 2013, nr 9.
- Ziemiak M.P., *Klauzule abuzywne w polskim obrocie ubezpieczeniowym. Ocena mechanizmów ochrony konsumenta w Polsce na tle rozwiązań niemieckich i francuskich*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2008, nr 1.

Summary

Forbidden contractual clauses in Public Procurement Law

Keywords: Public Procurement Law, contract, contracting authority, contractor, abusive clauses.

The Act of 11 September 2019 – The Public Procurement Law (Journal of Laws of 2019, item 2019, as amended), repealing the previous legal act constituting the law in this respect, has become the basic regulation of the public procurement system. The act aims to comprehensively regulate the matter of public procurement, which are payable agreements concluded between the ordering party and contractors, the object of which is the purchase of works, supplies or services by the ordering party from a selected contractor. In terms of the functionality of the act, the legislator pays particular attention to the role of the ordering party in the process of granting and performing public procurement, emphasizing the duty of cooperation. It also introduces a new concept in public procurement – prohibited contractual provisions. The legislator noticed the problem of unfavourable formation of contractual provisions transferring the responsibility for the scope, over which the contractor has no influence, onto the contractor. The purpose of this article is to present the prohibited contractual provisions introduced in the new Public Procurement Law and a preliminary analysis of the issue of how the introduced catalogue may affect the functioning of the Public Procurement Law.

Jakub Jan Zięty

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-1243-3394

jakub.ziety@uwm.edu.pl

Ograniczenia antykorupcyjne członków samorządowych kolegiów odwoławczych

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych¹, samorządowe kolegia odwoławcze² są organami wyższego stopnia³ w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁴ oraz ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa⁵. Z punktu widzenia przepisów o finansach publicznych kolegia stanowią państwowe jednostki budżetowe (art. 4 u.s.k.o.)⁶. Warto wskazać, że na gruncie Kodeksu postępowania administracyjnego s.k.o. zostały zakwalifikowane do organów samorządu terytorialnego. Stanowi to wyjątkowe odniesienie, mające na celu umiejscowienie

¹ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 570, dalej jako u.s.k.o.

² Dalej jako s.k.o.

³ Zob. J. Stępień, *Samorząd a państwo*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1–2, s. 91–92; C. Martysz, *Kolegia odwoławcze przy sejmikach samorządowych – zagadnienia wybrane*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12, s. 31–35; D. Kijowski, *Kolegia odwoławcze – zarys nowej regulacji*, „Samorząd Terytorialny” 1993, nr 10, s. 21–30; J.P. Tarno, *Samorządowe kolegia odwoławcze*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 4, s. 30–37; idem, *Samorządowe kolegia odwoławcze jako szczególne organy administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 1–2, s. 120–126; A. Korzeniowska, *Postępowanie przed samorządowym kolegium odwoławczym*, Kraków 2002, s. 23–68; B. Dolnicki, *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w systemie samorządu terytorialnego*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym*, Kraków 2005, s. 27–30; Z. Kmiecik, *Przyszłość instytucji niezależnego organu kontroli w postępowaniu administracyjnym*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), op. cit., s. 55; M. Bąkiewicz, *Samorządowe kolegia odwoławcze. Ewolucja, stan obecny i perspektywy instytucji*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 9, s. 48–59; J. Goleniowska-Gałgan, *Geneza samorządowych kolegiów odwoławczych*, „Casus” 2010, nr 2, s. 51–58; M. Pijewski, *Pozycja ustrojowa samorządowego kolegium odwoławczego*, „Casus” 2012, nr 1, s. 20–23.

⁴ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 735 ze zm., dalej jako: k.p.a.

⁵ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1540 ze zm., dalej jako: o.p.

⁶ Zob. np. P.M. Wroniecki, *Status prawnofinansowy samorządowych kolegiów odwoławczych*, „Casus” 2015, nr 1, s. 65–68.

s.k.o. w dwuinstancyjnym postępowaniu administracyjnym⁷. Z przepisów szczególnych wynika, że s.k.o. mogą być organami wyższego stopnia także nad organami administracji rządowej, np. w zakresie nienależnie pobranych świadczeń rodzinnych w sprawach, w których mają zastosowanie przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Na gruncie prawa pracy s.k.o. są stronami stosunku pracy zawieranego między nimi a pracownikami, czyli pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p.⁸ W skład kolegium, oprócz prezesa i wiceprezesa, wchodzi pozostali członkowie kolegium. Członkostwo w kolegium ma przy tym charakter etatowy lub pozaetatowy (art. 4 ust. 3 u.s.k.o.)⁹. Liczbę członków etatowych określa Prezes Rady Ministrów, natomiast pozaetatowych – zgromadzenie ogólne kolegium¹⁰. Członkowie pozaetatowi wybierani są na 6 lat¹¹.

W doktrynie pojawiają się głosy dotyczące zmian w zakresie funkcjonowania s.k.o.¹² Warto w tym kontekście zastanowić się nad regulacjami antykorupcyjnymi dotyczącymi pozaetatowych członków kolegiów, zwłaszcza że zakres zadań członków orzekających s.k.o., zarówno etatowych, jak i pozaetatowych, jest taki sam¹³. Już ten fakt powinien uzasadniać podobne traktowanie w sferze ograniczeń antykorupcyjnych funkcjonariuszy publicznych.

⁷ Uznanie na tle k.p.a. kolegiów jako organów samorządu terytorialnego nie musi być utrzymane. Możliwa jest bowiem zmiana umiejscowienia s.k.o. w administracyjnym toku instancji.

⁸ J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Skład samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] K.W. Baran, Z. Góral (red.), *Pragmatyki pracownicze*, seria: System Prawa Pracy, t. 11, Warszawa 2021.

⁹ W dalszej części artykułu członkowie kolegiów – z uwagi na formę łączącego ich z s.k.o. stosunku – będą określani jako etatowi lub pozaetatowi.

¹⁰ Zob. R. Sawuła, *Pozycja prawna prezesa samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), op. cit., s. 347; K.A. Politowicz, *Krajowa Reprezentacja Samorządowych Kolegiów Odwoławczych jako specyficzny organ samorządu zawodowego członków SKO*, „Causus” 2006, nr 1, poz. 11; A. Korzeniowska-Polak, *Zgromadzenie ogólne a prezes samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Pozycja ustrojowa organów jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2019, s. 230; J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, op. cit.

¹¹ Zob. M. Kotulski, *Samorządowe kolegia odwoławcze (wybrane uwagi na tle ustawy o samorządowych kolegiach odwoławczych)*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 6, s. 39–40.

¹² Zob. W. Chróścielewski, Z. Kmiecik, *Niezależny organ kontroli w postępowaniu administracyjnym*, „Samorząd Terytorialny” 2005, nr 11, s. 22, gdzie alternatywnie zaproponowano bądź pozostawienie 49 kolegiów, bądź też znaczne zmniejszenie ich liczby; P. Sarnecki, *Samorządowe kolegia odwoławcze w świetle Konstytucji RP*, [w:] K. Sieniawska (red.), *Samorządowe kolegia odwoławcze – przeszłość i przyszłość*, Kraków 2011, s. 93 i 95; B. Dolnicki, *Próby reformowania struktury i zasad działania samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] K. Sieniawska (red.), op. cit., s. 107–108, 114–116; R. Sawuła, *Idea samorządowego kolegium odwoławczego – oczekiwania i zagrożenia*, [w:] K. Sieniawska (red.), op. cit., s. 121–122; W. Chróścielewski, *Samorządowe kolegia odwoławcze – dwudziestolecie funkcjonowania a nieuchronna potrzeba zmiany*, [w:] K. Sieniawska (red.), op. cit., s. 179–182.

¹³ W zakresie zadań etatowych, jak i nieetatowych członków kolegium należy m.in.: załatwianie indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej należących do właściwości jednostek samorządu terytorialnego (w szczególności rozpatrywanie odwołań od decyzji, zażaleń na postanowienia, ponagleń, żądań wznowienia postępowania lub stwierdzanie nieważności decyzji), a oprócz tego orzekanie w innych sprawach na zasadach określonych w odrębnych ustawach.

W sferze prawnej natomiast etatowi członkowie kolegium podlegają, oprócz regulacji antykorupcyjnych wynikających w przepisów u.s.k.o., również ograniczeniom wynikającym z ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne¹⁴ (art. 2 pkt 5). W dalszej części zostanie przedstawiona różnica między ograniczeniami oraz ocena zasadności takiego rozwiązania wraz z propozycją postulowanych rozwiązań prawnych.

Zróżnicowanie statusu członków samorządowych kolegiów odwoławczych

Zarówno etatowy, jak i pozaetatowy członek kolegium jest funkcjonariuszem publicznym. W tym zakresie korzysta przy wykonywaniu swoich funkcji z ochrony prawnej – zgodnie z art. 115 § 13 pkt 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny¹⁵. Podchodząc szerzej do statusu członków kolegium, można wskazać, że wszyscy są zaliczani do służby publicznej w rozumieniu art. 60 Konstytucji *Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹⁶ Pojęcie to ma swój autonomiczny charakter i nie powinno być utożsamiane wyłącznie z ustawowymi określeniami¹⁷. Służbę publiczną należy rozumieć szeroko, jako pojęcie zbiorcze, obejmujące bardzo różne rodzajowo postaci tej służby, polegającej na wykonywaniu trwałych zajęć związanych z realizacją zadań publicznych¹⁸. Służba ta polega na udziale w działalności w rządowych i samorządowych instytucjach publicznych, wykonujących władzę publiczną¹⁹. Służba może być sprawowana w oparciu o wybór²⁰ lub inne podstawy; może mieć charakter pracowniczy lub quasi-pracowniczy. Bez znaczenia pozostaje forma oraz sposób określenia zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji²¹. Ze służbą publiczną wiążą się określone warunki jej pełnienia, w tym ograniczenia związane

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2399 ze zm., dalej jako przepisy antykorupcyjne.

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm., dalej jako: k.k.

¹⁶ Konstytucja *Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁷ Zob. P. Tuleja *Komentarz do art. 60*, [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2021, Lex; M. Jabłoński, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 627; Z. Witkowski, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002, s. 193–194.

¹⁸ J. Dobkowski, *Zasady naboru do służby publicznej*, [w:] J. Dobkowski (red.), *Student i absolwent kierunku administracja na rynku pracy*, Bydgoszcz 2011, s. 101 i nast.

¹⁹ Por. Z. Witkowski, op. cit., s. 193–194; M. Jabłoński, op. cit., s. 639–642.

²⁰ Odnośnie jednostek samorządu terytorialnego zob. wyrok TK z 23 marca 2010 r., sygn. akt K 19/09, OTK-A 2010, z. 3, poz. 24.

²¹ Tak: W. Sokolewicz, K. Wojtyczek, *Komentarz do art. 60*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016.

z jej pełnieniem²². Zakres uprawnień funkcjonariusza musi być bezpośrednio lub pośrednio związany z realizacją zadań władzy publicznej, wypełnianiem funkcji publicznych, zaspokajaniem potrzeb publicznych (masowych, powszechnych, powtarzalnych, działaniem w interesie publicznym bądź dla osiągnięcia celu publicznego)²³. Pojęcie służby publicznej, w znaczeniu podmiotowym, utożsamia się ze służbą w instytucjach publicznych, która musi być wykonywana w sposób trwały. Mając na uwadze poczynione uwagi, ogólne można wskazać, że zarówno członkowie etatowi, jak i pozaetatowi realizujący swoje obowiązki należą do służby publicznej oraz są funkcjonariuszami publicznymi. Jednak nie są pracownikami służby cywilnej ani pracownikami samorządowymi.

W odniesieniu do statusu etatowych i pozaetatowych członków kolegiów można wskazać dwie zasadnicze różnice między nimi, wynikające z: 1) zatrudnienia, 2) zakresu stosowanych przepisów antykorupcyjnych. Członkowie etatowi wykonują swoje obowiązki w ramach stosunku pracy z powołania. Natomiast w przypadku członków pozaetatowych mamy do czynienia z tzw. powołaniem pozornym, który może być podstawą niepracowniczego zatrudnienia danej osoby. Członkowie pozaetatowi (społeczni) pozostają jedynie w stosunku organizacyjnoprawnym z kolegium, nie będąc jego pracownikami²⁴. Za wykonywane czynności członkowie pozaetatowi dostają, zgodnie z art. 15 ust. 4 u.s.k.o., wynagrodzenie za posiedzenie oraz zwrot kosztów podróży. Powołanie do pełnienia funkcji pozaetatowego członka kolegium nie stanowi źródła stosunku pracy. Posłużenie się pojęciem wynagrodzenia we wskazanym wyżej przepisie wyłącznie za udział w posiedzeniach stanowi w istocie swego rodzaju „ekwiwalent za wykonaną pracę członka kolegium, nie zaś świadczenie [pracy – przyp. J.J.Z.] z tytułu pełnionej funkcji”²⁵. Członkowie etatowi kolegium podlegają ograniczeniom wynikającym z u.s.k.o., ograniczeniom wprowadzonym dla funkcjonariuszy publicznych oraz przepisom ustawy antykorupcyjnej. Mimo że status publiczny etatowych i pozaetatowych członków kolegium jest taki sam, to występują różnice w zakresie objęcia ich przepisami antykorupcyjnymi. Już w samej u.s.k.o. część regulacji antykorupcyjnych nie dotyczy członków pozaetatowych. Członkowie ci nie są również objęci regulacjami ustawy antykorupcyjnej. Jak się wydaje, wynika to wyłącznie z tego, że nie wykonują oni swoich funkcji na podstawie stosunku pracy.

²² Zakres pojęcia ‘służba publiczna’ jest szersze niż ‘służba cywilna’, choć nie mieszczą się w nim podmioty prywatne wykonujące zadania zlecone z zakresu administracji publicznej. P. Tuleja, *Komentarz do art. 60*, [w:] P. Czarny, M. Floreczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, op. cit. To ostateczne stwierdzenie odnosi się do regulacji ustawowej.

²³ Tak: W. Sokolewicz, K. Wojtyczek, op. cit.

²⁴ Por. K. Sikora, *Komentarz do art. 7*, [w:] A. Ostrowska, K. Sikora, *Ustawa o samorządowych kolegiach odwoławczych. Komentarz*, 2012, Lex.

²⁵ Zob. A. Ostrowska, *Komentarz do art. 16*, [w:] A. Ostrowska, K. Sikora, op. cit.; J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Status prawny pracowników samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] K.W. Baran, Z. Góral (red.), op. cit.

Zakres regulacji antykorupcyjnych w ustawie o samorządowych kolegiach odwoławczych

Jak wcześniej wspomniano, u.s.k.o. zawiera przepisy antykorupcyjne obejmujące członków etatowych i pozaetatowych (art. 9 ust. 1)²⁶. Zgodnie z nimi członkostwa w kolegium nie można łączyć z: 1) mandatem posła lub senatora, 2) mandatem radnego lub członkostwem w organie wykonawczym jednostki samorządu terytorialnego, 3) zatrudnieniem w urzędzie gminy, starostwie lub urzędzie marszałkowskim²⁷, 4) członkostwem w kolegium regionalnej izby obrachunkowej²⁸. Wyłącznie do etatowych członków kolegium odnosi się zakaz łączenia z zatrudnieniem na stanowisku sędziego, asesora sądowego i prokuratora oraz zatrudnieniem w tym samym województwie w administracji państwowej. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 8 u.s.k.o., prezes kolegium oraz etatowi członkowie kolegium nie mogą należeć do partii politycznej ani prowadzić działalności politycznej. Jednak oba te ograniczenia nie dotyczą pozaetatowych członków s.k.o.

Poszukując uzasadnienia takiego zróżnicowania w zakresie wprowadzanych ograniczeń, można znaleźć poglądy dotyczące charakteru członkostwa etatowego. Autorzy podnoszą, „że w odniesieniu do wskazanych pracowników samorządowych kolegiów odwoławczych ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie bezwzględnego zakazu, ograniczając go jednak do ściśle w ustawie określonych rodzajów dodatkowego zatrudnienia (zajmowanych stanowisk). Chodzi w tym przypadku przede wszystkim o wyeliminowanie pewnych zagrożeń dla obiektywizmu i bezstronności, które powinny cechować osoby orzekające

²⁶ Źródła ograniczeń łączenia stanowisk nie wynikają wyłącznie z u.s.k.o., ale także z przepisów szczególnych. Przykładowo, zgodnie z art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, członkostwa w radzie uczelni nie można łączyć m.in. z zatrudnieniem w administracji publicznej. W zakresie tego pojęcia mieści się również członkostwo etatowe i pozaetatowe w kolegium.

²⁷ Zakaz zatrudnienia członka kolegium w urzędzie gminy, starostwie powiatowym lub urzędzie marszałkowskim, będącym odrębnym pracodawcą, jest dość prosty, jednak obejmuje wyłącznie konkretne jednostki samorządowe. Nie obejmuje zatem ono zatrudnienia danej osoby u innego pracodawcy (w tym pracodawcy samorządowego), np. w jednostkach budżetowych czy samorządowych zakładach budżetowych lub samorządowych osobach prawnych (szkoły, straży gminnej, spółce komunalnej, samorządowej instytucji kultury). Zakaz nie obejmuje także jednostek administracji rządowej. Tak też: K. Sikora, *Komentarz do art. 9*, [w:] A. Ostrowska, K. Sikora, op. cit.

²⁸ Członkowie etatowi dodatkowo objęci są zakazem łączenia członkostwa w kolegium z zatrudnieniem na stanowisku sędziego, asesora sądowego i prokuratora oraz zatrudnieniem w tym samym województwie w administracji państwowej. Członkowie etatowi nie są objęci zakazem zatrudnienia na stanowisku aplikanta sądowego i prokuratorskiego, jednakże w takim przypadku aplikant sądowy powinien uzyskać zgodę prezesa sądu okręgowego, aplikant prokuratorski zaś – prokuratora okręgowego. Tak też: K. Bandarzewski, *Ograniczenia w prowadzeniu działalności przez etatowego i pozaetatowego członka samorządowego kolegium odwoławczego*, „Casus” 2003, nr 28, s. 35.

w składach kolegium, sprawujących kontrolę instancyjną nad jednostkami samorządu terytorialnego”²⁹. W doktrynie wskazuje, że wprowadzone zakazy są dość szerokie, a takie ujęcie zasady *incompatibilitas* ma gwarantować niezależność, samodzielność, bezstronność i niepodleganie członków kolegium przy wykonywaniu podstawowej orzeczniczej funkcji jakimkolwiek wpływom zewnętrznym³⁰. Istnienie zakazów wprowadzonych przez ustawodawcę uzasadniane jest potrzebą zapewnienia obiektywizmu i bezstronności w wypełnianiu przez kolegium funkcji orzeczniczych³¹. Zakazy mają także uniemożliwić koncentrację funkcji publicznych w ręku jednej osoby, która miałaby trudności z należyтым wypełnianiem licznych obowiązków³². Jako argument za takimi ograniczeniami wskazuje się również brak zakazów łączenia funkcji i stanowisk; mógłby stwarzać konieczność częstego wyłączenia członków kolegium od udziału w rozstrzygnięciu danej sprawy z racji zarzutów o brak obiektywizmu³³. Wszystkie te argumenty są jak najbardziej słuszne, zarówno w odniesieniu do członków etatowych, jak i pozaetatowych. Jednak wykonanie tak założonego celu wydaje się dalekie od jego spełnienia w odniesieniu do członków pozaetatowych. W odniesieniu do nich przepisy antykorupcyjne zawarte w u.s.k.o. nie obejmują zakazów wskazanych w art. 9 ust. 2 tej ustawy. Tym samym pozaetatowy członek mógłby być zatrudniony, nawet na potrzeby teoretycznych rozważań, na stanowisku sędziego, asesora sądowego i prokuratora czy w tym samym województwie w administracji państwowej. Trudno poszukiwać uzasadnienia takiego rozwiązania w odniesieniu do zakreślonego wyżej celu. Wykonując takie same funkcje w sferze publicznej, osoby te powinny podlegać tym samym ograniczeniom. Zapewne zastosowanie tych samych rozwiązań byłoby uzasadnione objęciem tych samych pól potencjalnego konfliktu interesów jako działaniu czysto prewencyjnemu. Temu samemu służyłoby objęcie członków etatowych i pozaetatowych zakazami wynikającymi z ustawy antykorupcyjnej.

²⁹ J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Ograniczenia i zakazy dotyczące etatowych członków kolegium*, [w:] K.W. Baran, Z. Góral (red.), op. cit.

³⁰ K. Sikora, *Komentarz do art. 9...*

³¹ D. Dudek, *Konstytucyjne uwarunkowania samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] P. Smoleń, W. Taras (red.), *XX lat odrodzonego samorządu terytorialnego w Polsce (konferencja rocznicowa SKO w Lublinie)*, Lublin 2010, s. 47.

³² T. Brzezicki, T. Jędrzejewski, P. Rączka, *Status prawny członka samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] J. Parchomiuk, B. Uliasz, E. Kruk (red.), *Dziesięć lat reformy administracji publicznej w Polsce*, Warszawa 2009, s. 535.

³³ K. Sikora, *Komentarz do art. 9...*

Różnice w regulacjach antykorupcyjnych w stosunku do etatowych i pozaetatowych członków samorządowych kolegiów odwoławczych

Jak wcześniej wskazano, jedna z głównych różnic między regulacjami dotyczącymi etatowych i pozaetatowych członków kolegiów polega na braku objęcia tych ostatnich przepisami ustawy antykorupcyjnej. W tym zakresie nie muszą oni przestrzegać zakazów wskazanych w jej art. 4. Mogą zatem łączyć funkcje z wymienionymi tam stanowiskami chociażby członków rad nadzorczych, prowadzić działalność gospodarczą czy być przedstawicielem lub pełnomocnikiem w takiej działalności i w końcu mogą posiadać udziały i akcje w spółkach. Jak się wydaje, pozaetatowymi członkami kolegium mogą być adwokaci czy radcowie prawni. Zgodnie z art. 4b ustawy z dnia 26 maja 1982 r. adwokat nie może wykonywać zawodu m.in. w przypadku, gdy pozostaje w stosunku pracy³⁴. Nie może on zatem być etatowym członkiem kolegium, bowiem łączyłby go z danym kolegium stosunek pracy. Można wyobrazić sobie natomiast sytuację, gdy adwokat jest pozaetatowym członkiem kolegium. Adwokat nie naruszałby zakazu wynikającego z art. 4b ust. 1 pkt 1 Prawa o adwokaturze³⁵. Z kolei radca prawny mógłby być zarówno członkiem etatowym, jak i nietatowym, przy czym w tym ostatnim przypadku mógłby on dalej wykonywać zawód w ramach działalności zawodowej³⁶. W obu sytuacjach o ewentualnych kwestiach związanych konfliktami interesów można rozstrzygać na tle kodeksów etyki adwokatów lub radców prawnych i zasadach odpowiedzialności, ale przede wszystkim na tle odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego w świetle przepisów u.s.k.p. Przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej członków kolegiów mają nade wszystko zastosowanie do sytuacji, które wystąpiły i to jedynie w zakresie uregulowanym w u.s.k.o. Przepisy antykorupcyjne mają rolę prewencyjną (wyprzedzającą). Wprowadzone w nich rozwiązania dotyczące zakazów łączenia stanowisk i w tym zakresie są precyzyjne.

Rozwiązań dotyczących przeciwdziałania konfliktom interesów w przypadku rozpoznawania spraw przez członków kolegiów można upatrywać w przepisach dotyczących postępowania przed s.k.o. Chodzi tu przede wszystkim o przepisy art. 24 K.p.a. i art. 130 O.p. Przepisy te stanowią proceduralne zabezpieczenie przed stronniczością członków realizujących funkcje orzecz-

³⁴ Zakaz przewidziany w art. 4b ust. 1 pkt 1 Prawa o adwokaturze nie dotyczy pracowników naukowych i naukowo-dydaktycznych.

³⁵ Na marginesie można wskazać, że adwokat może wykonywać swój zawód w kancelarii adwokackiej, w zespole adwokackim oraz w spółce: cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, komandytowo akcyjnej – na zasadach wynikających z art. 4a Prawa o adwokaturze.

³⁶ Na marginesie można wskazać, że radca prawny może wykonywać swój zawód w ramach stosunku pracy, umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz spółce: cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, komandytowo akcyjnej – na zasadach wynikających z art. 8 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 75 ze zm.).

nicze. Przepisy te pozwalają uniknąć sytuacji konfliktu ról oraz interesów³⁷ i stanowią gwarancję bezstronności orzekania.³⁸ Ich stosowanie będzie dotyczyło sytuacji zaistniały w toku postępowania i przed rozpoznaniem danej sprawy, kiedy wystąpią wskazane w nich przesłanki. Przepisy te dotyczą więc momentu, gdy konflikt interesów czy konflikt ról został ujawniony. Odmiennie niż w przepisach antykorupcyjnych dotyczące *incompatibilitas* wyraźnie uregulowana jest kwestia ich stosowania. Pierwsze z nich zapewniają wyłączenia członka kolegium z orzekania w danej sprawie, czyli sytuacji, która już wystąpiła. Przepisy antykorupcyjne, poprzez wprowadzany zakaz łączenia stanowisk, wprowadzają prewencyjną ochronę przed wystąpieniem konfliktu interesów. Dlatego też trudno jest porównywać cel wprowadzenia tych dwóch kategorii. Można zgodzić się, że w swoim założeniu mają zmierzać do ograniczenia powstawania konfliktów, jednak moment i zakres ich stosowania jest inny. Można raczej powiedzieć, że te dwie regulacje dopełniają się i dopiero łącznie zapewniają cel ustawodawcy, jakim jest przeciwdziałanie powstawaniu konfliktów interesów nie tylko na płaszczyźnie procedur orzeczniczych, ale również w kwestiach zakazów łączenia stanowisk. Dopełnieniem regulacji dotyczących konfliktu interesu są przepisy dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej członków kolegiów³⁹. W przypadku gdyby członek organu naruszył art. 24 k.p.a. czy 130 o.p. i nie został wyłączony, to oprócz skutków procesowych dla danego postępowania administracyjnego można byłoby poszukiwać odpowiedzialności dyscyplinarnej członka kolegium za brak ujawnienia przesłanek jego wyłączenia. Jednak i w tym przypadku mamy działanie nie prewencyjne, ale *post factum*. W takim kontekście postępowanie dyscyplinarne mogłoby być elementem szerszego zamierzenia ustawodawcy w przeciwdziałaniu następstwom wystąpienia konfliktu interesu i braku jego ujawnienia przez członka kolegium⁴⁰.

Odpowiedzialność dyscyplinarna członków samorządowych kolegiów odwoławczych jako mechanizm przeciwdziałania konfliktowi interesów

Warto wskazać, że odpowiedzialność dyscyplinarna obejmuje zarówno członków etatowych, jak i pozaetatowych kolegium. Przy czym regulacja zakresu tej odpowiedzialności w stosunku do tych dwóch kategorii orzeczników

³⁷ D.R. Kijowski, *Proceduralne zabezpieczenia przed stronniczością pracowników organów administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4, s. 32 i nast.

³⁸ Z. Kmiecik, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 136 i nast.

³⁹ Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje kwestia ewentualnego stosowania przepisów karnych.

⁴⁰ Szerzej o postępowaniu dyscyplinarnym członków s.k.o. zob. w punkcie 4 niniejszego opracowania.

jest różna, bowiem i różnie zostały ukształtowane zakazy obejmujące członków etatowych i pozaetatowych. Ustawodawca nie uregulował bowiem (jak w przepisach ustawy antykorupcyjnej) sankcji za naruszenie zakazu łączenia stanowisk wynikającego z art. 9 u.s.k.o. przez członków etatowych (należy przypomnieć, że zakaz ten nie obejmuje członków pozaetatowych). Tym samym naruszenie tego zakazu może stanowić delikt objęty odpowiedzialnością dyscyplinarną⁴¹. Jednak art. 16b u.s.k.o. zawiera katalog kar dyscyplinarnych. Ich zastosowanie jest uzależnione od rodzaju zawinienia, które miało miejsce po stronie członka kolegium, a także przebiegu postępowania dyscyplinarnego w danej sprawie⁴². Jeżeli zatem przyjmiemy, że naruszenie przez etatowego członka kolegium zakazu wskazanego w art. 9 u.s.k.o. stanowi delikt dyscyplinarny, to nie musi być za nią orzeczona kara dyscyplinarna.

W świetle powyższych rozważań można zadać pytanie o skuteczności odpowiedzialności dyscyplinarnej jako środka prewencyjnego, w tym nie tylko dla członków etatowych, ale przede wszystkim członków pozaetatowych⁴³. W jej ramach członek pozaetatowy podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej w związku z postępowaniem uchybiającym jego obowiązkom lub godności zawodowej. Utrudnieniem oceny zaistnienia przewinienia dyscyplinarnego członków kolegiów jest brak sformalizowanych zasad etyki zawartych w jednym zbiorze norm przeznaczonych dla tej grupy zawodowej. Zachowania te należy oceniać przez pryzmat ustawowych wymagań stawianych osobom zajmującym stanowisko czy wykonującym funkcje⁴⁴. Obowiązki członka kolegium można

⁴¹ Choć naruszenie zakazów wynikających z ustawy antykorupcyjnej stanowi podstawę do odwołania etatowego członka kolegium. Uregulowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej wyklucza jednocześnie stosowanie przepisów ustawy o pracownikach samorządowych do naruszenia zakazów łączenia stanowisk, chociażby art. 30 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w zw. z art. 16 ust. 2 u.s.k.o. Można próbować przyjąć również odmienne stanowisko, że naruszenie zakazów jest objęte treścią przepisów ustawy o pracownikach samorządowych. Jest to jednak wątpliwe w świetle wskazania, że odpowiedzialnością dyscyplinarną w świetle art. 16a u.s.k.o. jest objęte naruszenie obowiązków pracowników, a takim obowiązkiem jest zakaz łączenia stanowisk. Przyjęcie stosowania do łączenia stanowisk, sankcji przewidzianych do pracowników samorządowych za naruszenie zakazu wskazanego w art. 9 u.s.k.o. byłoby dobrym rozwiązaniem, jednak wymagałoby doprecyzowania właściwych przepisów u.s.k.o.

⁴² K. Sikora, *Komentarz do art. 16(b)*, [w:] A. Ostrowska, K. Sikora, op. cit.

⁴³ Ibidem; J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [w:] K.W. Baran, Z. Góral (red.), op. cit. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku SA w Białymstoku z 11 czerwca 2018 r., sygn. akt III APo 4/18, „odpowiedzialność dyscyplinarna charakteryzuje się tym, że nie typizuje się czynów za które pracownik ponosi odpowiedzialność. Mnogość zdarzeń, które mogą wchodzić w grę, różnorodność podstaw określających wzór postępowania powoduje, że w odróżnieniu od odpowiedzialności karnej, nie istnieje w prawie dyscyplinarnym wyraźny katalog przewinień dyscyplinarnych. Podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej z reguły są czyny godzące w dobro danej służby czy też godność wykonywanego zawodu. Odpowiedzialność dyscyplinarna spełnia m.in. funkcję przymuszania pracownika do należytego wykonywania swych obowiązków czy, szerzej, do należytego wykonywania zawodu”.

⁴⁴ Tak: D. Kaczorkiewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna członków samorządowych kolegiów odwoławczych (wybrane zagadnienia)*, „Casus” 2013, nr 3, s. 36–40.

ustalić na podstawie przepisów obowiązującego prawa; sprowadzają się one przede wszystkim do pełnienia funkcji orzeczniczej oraz przestrzegania związanych z funkcjonowaniem kolegium przepisów prawa⁴⁵. Natomiast pojęcie godności zawodowej, mimo że posłużył się nim ustawodawca, nie zostało wyjaśnione, brak również w tym zakresie jakichkolwiek wskazówek interpretacyjnych⁴⁶. W orzecznictwie i doktrynie pojęcie to eksplikuje się w nawiązaniu do wykładni językowej, odnosząc się do literatury w zakresie pojęcia „godnego zachowania w sprawach zawodowych i codziennych, tak jak tego wymaga kultura społeczna i dobry zwyczaj. Natomiast takie ujęcie nie musi być tożsame z pojęciem ‘godności zawodowej’ rozumianej jako wysoki standard postępowania, którego uchybienie naraża na odpowiedzialność dyscyplinarną”⁴⁷. Można zgodzić się z wyrażonymi w doktrynie zapatrywaniami, że „(...) pojęcie ‘godności zawodowej’ członka samorządowego kolegium odwoławczego służy do wyznaczania pewnej relacji, w jakiej pozostaje członek kolegium. Bardziej chodzi nawet o jakość tej relacji. Ponieważ w art. 16a u.s.k.o. rozdzielono wyraźnie sferę obowiązków członka kolegium od kwestii godności zawodowej, owej relacji należy poszukiwać poza sferą obowiązków. Chodzi o obowiązki wobec samego kolegium jako instytucji państwowej i zarazem organu administracji publicznej oraz o obowiązki względem innych członków kolegium i pozostałych pracowników. (...) Godność zawodowa członka kolegium wyznacza jego standard postępowania w relacjach społecznych, a zatem kryterium oceny zachowań z zewnątrz – wobec członków społeczności. (...) Wyznacza normatywny wzorzec odpowiadający oczekiwaniom społecznym, zakorzenionym w utrwalonych normach obyczajowych i etycznych. Godność zawodowa związana jest ściśle z wizerunkiem członka kolegium jako osoby bezstronnej i strzegącej praworządności”⁴⁸. Wśród takich zachowań wskazuje się nie tylko kwestię sposobu komunikacji z innymi członkami kolegium czy nieobyczajnego zachowania, ale również nakaz unikania działań ekonomicznych lub finansowych, które mogą być odebrane jako wykorzystywanie własnej pozycji i zarazem przekroczenie zasad szeroko ujętego porządku prawnego⁴⁹. Użyte przez ustawodawcę pojęcie godności zawodowej, jako szerszej zakresowo niż obowiązki pracownicze, ma związek z objęciem zasadami odpowiedzialności dyscyplinarnej również pozaetatowych członków kolegium. W tym zakresie odpowiedzialność członków etatowych jest szersza, obejmuje bowiem również dyscyplinę pracy: przestrzeganie czasu pracy, usprawiedliwianie nieobecności itd. Natomiast kwestie związane z organizacją pracy orzeczniczej mogą stanowić podstawę odpowiedzialności zarówno etatowych, jak i nietatowych

⁴⁵ J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*

⁴⁶ K. Świdorski, *Uwagi o godności zawodowej...*, s. 137–138.

⁴⁷ Ibidem, s. 139

⁴⁸ Ibidem, s. 147–148.

⁴⁹ Ibidem, s. 149.

członków kolegium⁵⁰. Jako przykład można wskazać brak uczestnictwa bez usprawiedliwienia w wyznaczonym posiedzeniu czy przewlekłość w rozpatrywaniu spraw⁵¹. Poza wskazanymi przypadkami w zakresie dotyczącym wspólnych podstaw odpowiedzialności członków etatowych i pozaetatowych ustawodawca nie różnicuje zasad ich odpowiedzialności⁵².

Należy jednak odnotować, że ustawodawca przewidział również przesłanki negatywne wszczęcia takiego postępowania, a więc takie, których wystąpienie uniemożliwia jego uruchomienie. Bowiem w myśl art. 16e ust. 1 u.s.k.o. postępowanie dyscyplinarne nie może być wszczęte po upływie czterech miesięcy od dnia powzięcia przez właściwy organ wiadomości o popełnieniu czynu uzasadniającego nałożenie kary i po upływie 3 lat od dnia popełnienia tego czynu. Jeżeli czyn stanowi przestępstwo, okres ten nie może być krótszy od okresu przedawnienia ścigania tego przestępstwa. Co za tym idzie, określony przez ustawodawcę upływ czasu powoduje, że nie ma podstaw do wszczęcia wobec członka kolegium postępowania dyscyplinarnego. Zatem może wystąpić sytuacja, która mogłaby stanowić naruszenie przepisów antykorupcyjnych, ale nie będzie podlegała odpowiedzialności w związku z upływem okresów wskazanych wyżej. Kary za przewinienia dyscyplinarne są zróżnicowane, a najcięższą z nich jest usunięcie z kolegium. W przypadku stosowania kar o mniejszej dolegliwości, nawet przy naruszeniu zasad odpowiedzialności dyscyplinarnej, osoba dalej będzie członkiem kolegium i wykonywać funkcje orzecznicze. Uwagi poczynione w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej są o tyle istotne, że w doktrynie sygnalizuje się, że ustawodawca, wprowadzając zakazy łączenia stanowisk w u.s.k.o., nie przewidział sankcji za ich naruszenie. Zatem ewentualna odpowiedzialność członków etatowych i pozaetatowych w przypadku naruszenia zakazów może być orzeczona wyłącznie w postępowaniu dyscyplinarnym⁵³. Przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej obejmują przypadki, gdy doszło do deliktu. Zatem ich celem jest przede wszystkim zastosowanie sankcji za naruszenie przepisów. Z tego punktu widzenia ich funkcja prewencyjna jest mniejsza niż przepisów ustawy antykorupcyjnej.

Podsumowanie

Dokonana w niniejszym opracowaniu analiza przepisów dotyczących przyjętych rozwiązań przeciwdziałania konfliktowi interesów pokazuje, że

⁵⁰ Por. wyrok SA w Białymstoku z 11 czerwca 2018 r., sygn. akt III APo 4/18.

⁵¹ Por. wyrok WSA w Warszawie z 10 września 2014 r., sygn. akt II SA/Wa 824/14, CBOSA.

⁵² J. Wyporska-Frankiewicz, M. Nowak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*

⁵³ M. Frączkiewicz, M. Terlikowska, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Frączkiewicz, M. Terlikowska, *Ustawa o samorządowych kolegiach odwoławczych. Komentarz*, 2019, Legalis.

w odniesieniu do członków kolegiów ustawodawca skorzystał z różnych rozwiązań. Pierwszą kategorię stanowią przepisy kształtujące zakazy łączenia stanowisk, których naruszenie skutkuje odwołaniem członka kolegium z pełnionej funkcji – są to przepisy ustawy antykorupcyjnej. Przepisy należące do tej kategorii pełnią funkcję prewencyjną, uniemożliwiając powstanie chociażby teoretycznej sytuacji konfliktu. Druga kategoria przepisów obejmuje przepisy kształtujące zakaz łączenia stanowisk, których skutkiem jest naruszenie obowiązków członka kolegium podlegające odpowiedzialności dyscyplinarnej. W tym przypadku ustawodawca sankcjonuje skutki naruszenia przepisów, które nastąpiło, przy czym uzależnia zastosowaną sankcję od oceny całokształtu okoliczności naruszenia oraz orzeczonej sankcji, którą nie musi być usunięcie ze składu kolegium. Trzecią kategorię przepisów stanowią przepisy proceduralne dotyczące wyłączenia od orzekania w związku z konfliktem interesów. W końcu czwartą kategorią przepisów stanowią te regulacje dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej członków s.k.o., które nie są objęte kategorią drugą. Dwie ostatnie kategorie dotyczą zdarzeń, które w rzeczywistości wystąpiły. Niemniej do pozaetatowych członków kolegiów znajdują zastosowanie wyłącznie przepisy objęte kategorią trzecią i czwartą.

Celem wprowadzania przepisów antykorupcyjnych⁵⁴ jest przeciwdziałanie sytuacjom, które stwarzają pokusę nadużywania zajmowanego stanowiska publicznego czy pełnienia funkcji publicznej. Nadużycie takie polega na możliwości przedkładania interesu prywatnego nad interes publiczny przez osoby, które reprezentują instytucję publiczną lub z którą wiąże go określone relacje⁵⁵.

⁵⁴ W Polsce pojęcie korupcji posiada swoją normatywną definicję zawartą w art. 1 ust. 3a ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Ustawodawca nie stworzył legalnej definicji przepisów antykorupcyjnych, chociaż zwrot ten jest powszechnie używany. Por. A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących przepisów antykorupcyjnych z wykazaniem mankamentów prawnych*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia*, cz. I, Warszawa 2012, s. 59–60.

⁵⁵ Podobne stanowisko co do *ratio legis* wprowadzenia przepisów antykorupcyjnych zostało zaprezentowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego: 1) zgodnie z uchwałą TK z 13 kwietnia 1994 r., sygn. akt W 2/94, elem tych rozwiązań jest „wyeliminowanie sytuacji i uwikłań mogących nie tylko stawiać pod znakiem zapytania osobistą bezstronność czy uczciwość osób publicznych, ale także podważać autorytet konstytucyjnych organów Państwa i osłabiać zaufanie wyborców i opinii publicznej do ich prawidłowego funkcjonowania. (...) *Ratio legis* zakazu ustanowionego w art. 4 jest przeciwdziałanie sytuacjom i uwikłaniom, które mogą stwarzać pokusę nadużywania zajmowanego stanowiska publicznego. Chodzi tu zwłaszcza o sytuację tzw. konfliktu interesów (...); 2) czy w orzeczeniu TK z 11 stycznia 1995 r., sygn. akt W 17/94, zgodnie z którym „związek stanowiska z władzą rodzi szczególne wyczerlenie opinii publicznej na sposób postępowania osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe. Nie pozostaje to bez związku z większymi możliwościami tych osób do zyskiwania różnego rodzaju przywilejów. (...) Wynika też z tego szczególna łatwość pojawiania się konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje pełnione przez tę samą osobę popadają ze sobą w kolizję”. Szerzej zob. A. Wierzbica, *Komentarz do art. 4*, [w:] A. Wierzbica, *Ustawa o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Komentarz*, Warszawa 2017; S. Koroluk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2003 r., I PK 107/02*, „Gdańskie Studia Prawnicze –Przegląd

W przypadku łączenia tego typu aktywności z pracą lub wykonywaniem innych czynności w spółkach lub na rzecz innych podmiotów może powodować powstanie konfliktu interesów. Z reguły odnosi się do materialnego zainteresowania wynikami gospodarczymi prowadzonej działalności indywidualnej lub wspólnie z innymi osobami. Może to też wiązać się z pośrednimi korzyściami dla funkcjonariusza⁵⁶. Przepisy antykorupcyjne powinny być interpretowane w sposób zawężający i zgodnie z regułami wykładni gramatycznej. Jeżeli te uwarunkowania przeniesiemy na grunt przepisów u.s.k.o., to można wskazać, że powyższe uwarunkowania zostały, co do zasady, spełnione w odniesieniu do etatowych członków s.k.o. W stosunku do tych członków zostały zachowane szerokie gwarancje zachowania bezstronności i unikania powstawania konfliktów interesów, w odniesieniu w zasadzie do każdej możliwości ich zidentyfikowania oraz z zachowaniem proporcjonalności stosowanych sankcji. Mimo że z punktu widzenia ogólnej sytuacji funkcjonariusza publicznego etatowi i pozaetatowi członkowie kolegium posiadają takie same uprawnienia orzecznicze, to zakres przeciwdziałania powstawaniu konfliktu interesów w odniesieniu do pozaetatowych członków kolegiów jest zdecydowanie mniejszy. Po pierwsze, nie są oni objęci rozwiązaniami ustawy antykorupcyjnej, a zatem ustawodawca nie wyeliminował względem nich większości potencjalnych pól konfliktu interesów. Po drugie, stosowanie zasad odpowiedzialności względem pozaetatowych członków s.k.o. nie stanowi skutecznego narzędzia eliminacji potencjalnych pól konfliktu interesów. Celem tych przepisów jest wprowadzenie odpowiedzialności za zdarzenia, które wystąpiły a niektóre potencjalnie mogłyby wystąpić. Te ostatnie kwestie regulują przepisy ustawy antykorupcyjnej. Po trzecie, obowiązujące reguły odpowiedzialności dyscyplinarnej członków etatowych i pozaetatowych dotyczą również przypadków, gdy ewentualny konflikt interesów wystąpił w związku z naruszeniem obowiązków orzeczniczych. Po czwarte, przepisy proceduralne uregulowane w k.p.a. czy o.p. zapewniają jedynie wyłączenie od orzekania, gdy konflikt taki wystąpił. Tym samym w odniesieniu do członków pozaetatowych regulacje dotyczą sytuacji, gdy faktycznie zaistniał konflikt interesów oraz kiedy przepisy prawa zostały naruszone.

Orzecznictwa” 2005, nr 3, s. 17; A. Wierzbica, *Analiza obowiązujących przepisów...*, s. 61. W przypadku łączenia stanowisk publicznych z funkcjami w organach spółek wskazuje się, że ograniczenie łączenia stanowisk jest konieczne. Por. K. Małyś-Sulińska, G. Suliński, *Udział osób pełniących funkcje publiczne w spółkach prawa handlowego oraz ich organach*, [w:] M. Stec, K. Bandarzewski (red.), *Unormowania antykorupcyjne w administracji publicznej*, Warszawa 2009, s. 291–297.

⁵⁶ W świetle przepisów ustawy antykorupcyjnej konsekwencją naruszenia zakazów może być m.in. wygaśnięcie mandatu lub rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia, tj. rozwiązaniem stosunku pracy bez wypowiedzenia z winy pracownika. Szerzej w zakresie skutków prawnych naruszenia zakazów, o których mowa w art. 4 u.o.p.d.g., zob. A. Rzetecka-Gil, *Ustawa o ograniczeniach prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Komentarz*, 2009, Lex; J.J. Zięty, *Przestanki odwołania członka zarządu spółki gminnej*, „Kontrola Państwa” 2013, nr 1, s. 191–199.

Oceniając ten stan rzeczy, należy konkludować, że brak jest racjonalnego uzasadnienia do wprowadzenia odmiennych reguł antykorupcyjnych w stosunku do członków etatowych, jak i pozaetatowych. Taką podstawą nie powinna być różnica w podstawie sprawowania funkcji publicznej, tj. zatrudnienie pracownicze w s.k.o. lub jego brak. Ograniczenia powinny obejmować osoby pełniące funkcje z uwagi na zakres przysługujących im uprawnień orzeczniczych. W konsekwencji członkowie pozaetatowi powinni być objęci przepisami ustawy antykorupcyjnej. Warto wskazać, że znane są w ustawodawstwie przykłady objęcia przepisami tej ustawy osób pełniących funkcje, które z organem łączy stosunek organizacyjnoprawny. Najlepszym przykładem jest objęcie podmiotowym zakresem regulacji ustawy antykorupcyjnej członków zarządów powiatu, bez względu na to, czy są oni zatrudnieni w starostwie powiatowym, czy pełnią funkcję jako nieetatowi (honorowi) członkowie zarządu powiatu (art. 2 pkt 6a ustawy antykorupcyjnej)⁵⁷.

Mając na względzie powyższe uwagi, w ocenie autora niniejszego artykułu istnieje uzasadniona potrzeba zrównania statusu członków etatowych i pozaetatowych w zakresie regulacji antykorupcyjnych, chociażby poprzez objęcie regulacją antykorupcyjną członków pozaetatowych.

Wykaz literatury

- Bandarzewski K., *Ograniczenia w prowadzeniu działalności przez etatowego i pozaetatowego członka samorządowego kolegium odwoławczego*, „Casus” 2003, nr 28.
- Bąkiewicz M., *Samorządowe kolegia odwoławcze. Ewolucja, stan obecny i perspektywy instytucji*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 9.
- Brzeziński T., Jędrzejewski T., Rączka P., *Status prawny członka samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] J. Parchomiuk, B. Uliasz, E. Kruk (red.), *Dziesięć lat reformy administracji publicznej w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Chróścielewski W., Kmiecik Z., *Niezależny organ kontroli w postępowaniu administracyjnym*, „Samorząd Terytorialny” 2005, nr 11.
- Chróścielewski W., *Samorządowe kolegia odwoławcze – dwudziestolecie funkcjonowania a nieuchronna potrzeba zmiany*, [w:] K. Sieniawska (red.), *Samorządowe kolegia odwoławcze – przeszłość i przyszłość*, Wyd. Promo, Kraków 2011.
- Czarny P., Florczak-Wątor M., Naleziński B., Radziejewicz P., Tuleja P., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2021, Lex.

⁵⁷ Interpelacja nr 7369 do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie interpretacji art. 2 ust. 6a w kontekście art. 4 ust. 6 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, w zakresie dotyczącym nieetatowego członka zarządu powiatu z dnia 28 lutego 2007 r. Odpowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 7369 w sprawie interpretacji art. 2 ust. 6a w kontekście art. 4 ust. 6 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, w zakresie dotyczącym nieetatowego członka zarządu powiatu z dnia 19 kwietnia 2007 r.

- Dobkowski J., *Zasady naboru do służby publicznej*, [w:] J. Dobkowski (red.), *Student i absolwent kierunku administracja na rynku pracy*, Kujawsko-Pomorska Wyższa Szkoła w Bydgoszczy, Bydgoszcz 2011.
- Dolnicki B., *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w systemie samorządu terytorialnego*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Dolnicki B., *Próby reformowania struktury i zasad działania samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] K. Sieniawska (red.), *Samorządowe kolegia odwoławcze – przeszłość i przyszłość*, Wyd. Promo, Kraków 2011.
- Dudek D., *Konstytucyjne uwarunkowania samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] P. Smoleń, W. Taras (red.), *XX lat odrodzonego samorządu terytorialnego w Polsce (konferencja rocznicowa SKO w Lublinie)*, Verba, Lublin 2010.
- Frączkiewicz M., Terlikowska M., *Ustawa o samorządowych kolegiach odwoławczych. Komentarz*, 2019, Legalis.
- Garlicki L., Zubik M., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2016.
- Goleniowska-Gałgan J., *Geneza samorządowych kolegiów odwoławczych*, „Casus” 2010, nr 2.
- Jabłoński M., *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Kaczorkiewicz D., *Odpowiedzialność dyscyplinarna członków samorządowych kolegiów odwoławczych (wybrane zagadnienia)*, „Casus” 2013, nr 3.
- Kijowski D., *Kolegia odwoławcze – zarys nowej regulacji*, „Samorząd Terytorialny” 1993, nr 10.
- Kijowski D.R., *Proceduralne zabezpieczenia przed stronniczością pracowników organów administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 4.
- Kmieciak Z., *Przyszłość instytucji niezależnego organu kontroli w postępowaniu administracyjnym*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Kmieciak Z., *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Koroluk S., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2003 r., I PK 107/02*, „Gdańskie Studia Prawnicze –Przegląd Orzecznictwa” 2005, nr 3.
- Korzeniowska A., *Postępowanie przed samorządowym kolegium odwoławczym*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Korzeniowska-Polak A., *Zgromadzenie ogólne a prezes samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Pozycja ustrojowa organów jednostek samorządu terytorialnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kotulski M., *Samorządowe kolegia odwoławcze (wybrane uwagi na tle ustawy o samorządowych kolegiach odwoławczych)*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 6.
- Małyś-Sulińska K., Suliński G., *Udział osób pełniących funkcje publiczne w spółkach prawa handlowego oraz ich organach*, [w:] M. Stec, K. Bandarzewski (red.), *Unormowania antykorupcyjne w administracji publicznej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Martysz Cz., *Kolegia odwoławcze przy sejmikach samorządowych – zagadnienia wybrane*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 11–12.
- Ostrowska A., Sikora K., *Ustawa o samorządowych kolegiach odwoławczych. Komentarz*, 2012, Lex.
- Pijewski M., *Pozycja ustrojowa samorządowego kolegium odwoławczego*, „Casus” 2012, nr 1.

- Politowicz K.A., *Krajowa Reprezentacja Samorządowych Kolegiów Odwoławczych jako specyficzny organ samorządu zawodowego członków SKO*, „Causus” 2006, nr 1.
- Rzetecka-Gil A., *Ustawa o ograniczeniach prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Komentarz*, 2009, Lex.
- Sarnecki P., *Samorządowe kolegia odwoławcze w świetle Konstytucji RP*, [w:] K. Sieniawska (red.), *Samorządowe kolegia odwoławcze – przeszłość i przyszłość*, Wyd. Promo, Kraków 2011.
- Sawuła R., *Pozycja prawna prezesa samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] C. Martysz, A. Matan (red.), *Pozycja samorządowych kolegiów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Sawuła R., *Idea samorządowego kolegium odwoławczego – oczekiwania i zagrożenia*, [w:] K. Sieniawska (red.), *Samorządowe kolegia odwoławcze – przeszłość i przyszłość*, Wyd. Promo, Kraków 2011.
- Stępień J., *Samorząd a państwo*, „Samorząd Terytorialny” 1991, nr 1–2.
- Tarno J.P., *Samorządowe kolegia odwoławcze*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 4.
- Tarno J.P., *Samorządowe kolegia odwoławcze jako szczególne organy administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 1–2.
- Wierzbica A., *Ustawa o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Wierzbica A., *Analiza obowiązujących przepisów antykorupcyjnych z wykazaniem mankamentów prawnych*, [w:] J. Kosiński, K. Krak, A. Koman (red.), *Korupcja i antykorupcja. Wybrane zagadnienia*, cz. I, CBA, Warszawa 2012.
- Witkowski Z., *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Wolności i prawa polityczne*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Wroniecki P.M., *Status prawnofinansowy samorządowych kolegiów odwoławczych*, „Causus” 2015, nr 1.
- Wyporska-Frankiewicz J., Nowak M., *Skład samorządowego kolegium odwoławczego*, [w:] K.W. Baran, Z. Góral (red.), *Pragmatyki pracownicze*, seria: System Prawa Pracy, t. 11, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Wyporska-Frankiewicz J., Nowak M., *Status prawny pracowników samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] K. W. Baran, Z. Góral (red.), *Pragmatyki pracownicze*, seria: System Prawa Pracy, t. 11, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Zięty J.J., *Przesłanki odwołania członka zarządu spółki gminnej*, „Kontrola Państwa” 2013, nr 1.

Summary

Anti-corruption laws on non-permanent staff in the Local Government Boards of Appeal

Keywords: local government, anti-corruption, local government appeal board, disciplinary liability.

The subject of the article is the analysis of anti-corruption solutions for college members. Both permanent and non-permanent staff college members are public officials. The former has an employment relationship with the college,

the latter a legal and organizational relationship that is not an employment relationship. However, in terms of anti-corruption solutions, the legislator differentiated the status of college members. permanent members are liable not only under the provisions of the Act on Local Government Appeal Colleges but also under the provisions of the Anti-Corruption Act. In the author's opinion, this distinction should be changed, and broader anti-corruption rules should apply to non-permanent members of the local government appeals board.

Przemysław Kuczkowski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-4808-8577

pk@ukw.edu.pl

Glosa aprobująca do wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 16 maja 2019 r., sygn. akt III AUa 246/18¹

Teza

Rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy w rozumieniu przepisu art. 2 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o świadczeniach przedemerytalnych nastąpić może także w sytuacji odwołania pracownika z zajmowanego stanowiska w trybie art. 70 § 2 k.p. o ile ten jest w stanie wykazać, że do odwołania nie doszło z przyczyn leżących po jego stronie.

Wprowadzenie

Komentowane orzeczenie jest warte uwagi ze względu na wystąpienie kilku zasadniczych problemów prawnych związanych z przyznawaniem świadczeń przedemerytalnych osobom zatrudnionym na podstawie powołania. Autor glosy zajął się tematyką świadczeń przedemerytalnych dla osób, które były zatrudnione na podstawie powołania z tego powodu, że po pierwsze, ta problematyka nie była szerzej podejmowana w orzecznictwie i piśmiennictwie, po drugie, Zakłady Ubezpieczeń Społecznych odmawiały ich przyznawania, w przypadku gdy rozwiązano stosunek pracy na podstawie powołania.

Zagadnienia, które glosator będzie podejmował w niniejszym opracowaniu, zostały ujęte w tezie wyroku. Pierwszą kwestią, która będzie rozstrzygana, jest to, czy osobie, która była zatrudniona na podstawie powołania, a następ-

¹ Wyrok opublikowany w Portalu Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie – wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 16 maja 2019 r., sygn. akt III AUa 246/18.

nie została odwołana z zajmowanego stanowiska, przysługuje uprawnienie do przyznania świadczenia przedemerytalnego, drugą zaś – jak kształtuje się rozkład ciężaru dowodu w procesie cywilnym o świadczenie przedemerytalne w zakresie przyczyn odwołania z zajmowanego stanowiska w przypadku nieujęcia ich w oświadczeniu o odwołaniu. W treści uzasadnienia głosowanego orzeczenia zarówno Sąd Apelacyjny w Rzeszowie (dalej jako SA Rzeszów), jak i Sąd Okręgowy w Krośnie (dalej jako SO Krosno) nie uzasadniły swojego stanowiska co do rozkładu ciężaru dowodu w procesie o świadczenie przedemerytalne.

Glosator pragnie również podkreślić, że w analizowanym przypadku celem rozstrzygnięcia wskazanych zagadnień będzie odnosił się do unormowań zawartych w trzech ustawach:

1) przepisów zawartych w ustawie o świadczeniach przedemerytalnych² (dalej jako ustawa o świadczeniach przedemerytalnych),

2) przepisów zawartych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy³ (dalej jako ustawa o promocji zatrudnienia) oraz

3) przepisów zawartych w ustawie z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników (dalej jako ustawa o zwolnieniach grupowych)⁴,

gdyż problematyka świadczeń przedemerytalnych jest zagadnieniem złożonym.

Zasadniczo stanowisko SA w Rzeszowie należy ocenić jako przekonujące w myśl obowiązujących przepisów prawa, jednakże warto bliżej przyjrzeć się problemom, które wyniknęły na tle rozpatrywanego stanu faktycznego oraz ocenić przytaczaną przez zajmujące się nim sądy argumentację.

Przed analizą i oceną stanowiska SA w Rzeszowie glosator zaprezentuje przebieg postępowania sądowego.

Przebieg postępowania sądowego

Stan faktyczny, który był przedmiotem zainteresowania sądów orzekających w toku instancji, przedstawiał się w sposób następujący. W głosowanym orzeczeniu SA w Rzeszowie oddalił apelację od wyroku SO w Krośnie z 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV U 780/17 w sprawie z wniosku A.C. (dalej jako wnioskodawca lub odwołujący) przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych (dalej jako ZUS lub organ rentowy).

² Dz.U. z 2013 r., poz. 170 z późn. zm.

³ Dz.U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2016 r., poz. 1474 z późn. zm.

ZUS, rozstrzygając odmownie o prawie do świadczeń przedemerytalnych, argumentował to tym, że wnioskodawca nie spełnił przewidzianego w przepisie art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych warunku rozwiązania stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy, ze względu na ustanie stosunku pracy w wyniku odwołania z zajmowanego stanowiska.

Postępowanie przed SO w Krośnie zainicjował A.C., który odwołał się od decyzji ZUS, wnosząc o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez przyznanie prawa do świadczenia przedemerytalnego. Zarzucił on, że wbrew stanowisku organu rentowego spełnia wszystkie konieczne ku temu warunki, ponadto stwierdził, że choć jego ostatecznie zatrudnienie w M. ustało z dniem 30 września 2016 r. wskutek odwołania go ze stanowiska dyrektora przez Ministra Środowiska w trybie art. 70 § 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy⁵, to jednak odwołanie to nie miało związku z nienależytym wykonywaniem przez niego obowiązków pracowniczych. Niniejsze – zdaniem wnioskodawcy – uzasadnia przyjęcie, że do rozwiązania stosunku pracy doszło z przyczyn od niego niezależnych, a to winno skutkować przyznaniem prawa do dochodzonego świadczenia.

SO w Krośnie wyrokiem z 15 lutego 2018 r. zmienił zaskarżoną decyzję ZUS, przyznając A.C. prawo do świadczenia przedemerytalnego od dnia 3 października 2017 r. Jednocześnie stwierdził brak odpowiedzialności organu rentowego za nieustalenie ostatecznej okoliczności niezbędnej do wydania decyzji. Argumentując swoje stanowisko, skład sędziowski podkreślił, że w myśl art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych w zw. z przepisami ustawy o promocji zatrudnienia rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy nastąpić może także w sytuacji odwołania pracownika z zajmowanego stanowiska w trybie art. 70 § 2 Kodeksu pracy w przypadku, gdy jest on w stanie wykazać, że do odwołania nie doszło z przyczyn dotyczących jego osoby.

Wyrok ten został zaskarżony w wyniku apelacji przez ZUS. Zarzucono mu naruszenie art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 29 ustawy o promocji zatrudnienia przez błędną wykładnię tych przepisów prowadzącą do nieuzasadnionego twierdzenia, że odwołanie ze stanowiska w trybie art. 70 Kodeksu pracy wypełnia dyspozycję rozwiązania stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy. Jednocześnie ZUS wniósł o zamianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wnioskodawcy. Uzasadniając środek odwoławczy apelujący, m.in. podnosił, że skoro pracodawca wnioskodawcy dalej istnieje, a w miejsce wnioskodawcy powołany został kolejny dyrektor, to nie doprowadziło to odwołanie, po pierwsze, ani do likwidacji zakładu pracy, ani po drugie do likwidacji stanowiska odwołującego się, a tym samym przyczyna rozwiązania stosunku pracy z wnio-

⁵ Dz.U. z 2016 r., poz. 1666 z późn. zm.

skodawcą nie leżała po stronie pracodawcy. Ponadto ZUS wskazał, że w podobnym stanie faktycznym i prawnym Sąd Okręgowy w Siedlcach w wyroku z 9 października 2014 r., sygn. akt IV U 1224/13⁶ w uzasadnieniu stwierdził, iż samo wykazanie przez odwołującego się, że nie dał powodów do jego odwołania, jest w tej mierze niewystarczające, skoro art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych wymaga aby do rozwiązania stosunku pracy doszło z przyczyn dotyczących zakładu pracy. W odpowiedzi na apelację A.C. podkreślał, że jedynym powodem jego odwołania była chęć wymiany kadry zarządzającej parkami narodowymi, gdyż odwołania były na szeroką skalę i dotknęły w tym czasie jeszcze kilkunastu innych dyrektorów parków narodowych.

Mając na uwadze powyższe, SA w Rzeszowie oddalił apelację, wskazując, że wnioskodawca wypełnia warunek nabycia prawa do dochodzonego świadczenia przedemerytalnego przewidziany w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych, gdyż do rozwiązania stosunku pracy doszło z przyczyn dotyczących zakładu pracy. SA w Rzeszowie podkreślił również, że przewidziane w powołanym przepisie ustawy o świadczeniach przedemerytalnych, rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy odsyła w rozumieniu tego pojęcia do przepisów ustawy o promocji zatrudnienia, gdzie w myśl art. 2 pkt 29 lit. a przyczynami rozwiązania stosunku pracy leżącymi po stronie zakładu pracy jest również rozwiązanie stosunku pracy zgodnie z przepisami o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników lub zgodnie z przepisami Kodeksu pracy. Sąd, uzasadniając spełnienie warunku, wskazał, że wystarczające jest w tym względzie, aby przyczyna odwołania nie dotyczyła pracownika, a jednocześnie nie musi ona też leżeć po stronie pracodawcy. Ponadto podkreślono, że z orzecznictwa sądowego wynika, iż jakkolwiek pracodawca nie ma obowiązku podawania przyczyny odwołania pracownika ze stanowiska, które jest równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę, to jednak nie może się on uwolnić od obowiązku wypłaty odprawy poprzez stwierdzenie, że do odwołania doszło bez żadnej przyczyny. Nie jest wystarczające do wykazania braku podstaw do wypłaty odprawy, że pracodawca nie przeprowadził żadnych zmian organizacyjnych, strukturalnych, czy ekonomiczno-finansowych. SA w Rzeszowie w zakresie rozkładu ciężaru dowodu podkreślił, że wystarczające w niniejszym procesie było samo wykazanie przez wnioskodawcę, iż nie dał merytorycznych powodów do odwołania go z zajmowanego stanowiska.

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Siedlcach z 9 października 2014 r., sygn. akt IV U 1224/13, Lex nr 1868800.

Analiza i ocena merytoryczna

Prawo do świadczenia przedemerytalnego jest niewątpliwie instytucją, która ma znaczenie dla osób starszych w wieku produkcyjnym, gdyż umożliwia zaspokojenie potrzeb życiowych na wypadek utraty zatrudnienia⁷. „Konieczność szczególnej regulacji prawnej w tym przypadku jest uzasadniona – osoby w takim wieku mają z reguły znikome szanse na znalezienie nowej pracy w razie utraty dotychczasowego zatrudnienia. Świadczenie przedemerytalne ma więc umożliwić »przejście« od momentu utraty źródła utrzymania do chwili, gdy w związku ze spełnieniem wymaganych przesłanek przyznane zostanie prawo do emerytury”⁸. Podobnie wskazuje Alicja Kopeć – twierdzi, że prawo do świadczeń służy „uzyskaniu regularnych środków utrzymania dla osób, które wkrótce będą uprawnione do emerytury”⁹.

Instytucja świadczeń przedemerytalnych, mających zastosowanie do glosowanego przypadku, została uregulowana przez polskiego prawodawcę w ustawie o świadczeniach przedemerytalnych.

W kwestii ciężaru dowodu podkreślić należy, że w piśmiennictwie wyróżnia się podmiotową i przedmiotową jego stronę. Pierwsza z nich „odpowiada na pytanie, którą stronę obciąża powinność dowodzenia, przedmiotowa zaś – co ma zostać udowodnione w trakcie postępowania”¹⁰.

Przechodząc do meritum, należy podkreślić, że rozważania SA w Rzeszowie prawidłowo rozpoczął od przytoczenia treści art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych, w którym określono warunek nabycia prawa do dochodzonego świadczenia przedemerytalnego oraz wskazał, że jego zdaniem doszło do rozwiązania stosunku pracy wnioskodawcy z przyczyn dotyczących zakładu pracy. Sąd podkreślił również, że stosownie do art. 2 Kodeksu pracy jednym ze sposobów nawiązania stosunku pracy jest m.in. – obok umowy o pracy – powołanie, zaś ten stosunek pracy może ulec rozwiązaniu poprzez odwołanie pracownika z zajmowanego stanowiska i jest ono równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę, mając na uwadze treść art. 70 § 2 Kodeksu pracy.

Aprobując taki tok rozumowania sądu, należy podkreślić, że zgodnie z przepisem art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych uprawnienie do świadczenia przysługuje, gdy nastąpiło rozwiązanie stosunku pracy. Mając na uwadze treść przepisu, zdaniem glosatora nie ma znaczenia, czy rozwiązano stosunek pracy umowny, czy też z powołania. W ustawie

⁷ I. Sierocka, *Nabycie i ustanie prawa do świadczenia przedemerytalnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2013, nr 2, s. 103.

⁸ A. Kosut, *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 marca 2000 r., II SA 2443/99*, Lex.

⁹ A. Kopeć, [w:] A. Kopeć, W. Maciejko, M. Wojewódka (red.), *Komentarz do ustawy o świadczeniach przedemerytalnych*, 2008, Legalis, art. 2.

¹⁰ A. Krasuń, *Ciężar dowodu w sporach ze stosunku pracy – zagadnienia wybrane*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXI, s. 192.

o świadczeniach przedemerytalnych jest mowa wyłącznie o rozwiązaniu stosunku pracy, zaś nie sposób doszukać się przepisu, który by wyłączał prawo do świadczeń osób zatrudnionych na podstawie powołania. Kolejno należy wziąć pod uwagę art. 69 Kodeksu pracy, który stanowi o stosowaniu do powołania przepisów dotyczących umowy o pracę na czas nieokreślony oraz art. 70 § 1 i 2 Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik zatrudniony na podstawie powołania może być w każdym czasie – niezwłocznie lub w określonym terminie – odwołany ze stanowiska przez organ, który go powołał, i odwołanie takie jest równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że kompetencje organów właściwych do powołania i odwołania pracowników na stanowiska obsadzone na podstawie powołania określają odrębne przepisy. W przypadku dyrektora parku narodowego, takie przepisy znajdziemy w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody¹¹. W myśl art. 8c ust. 2 „dyrektor parku narodowego jest powoływany przez ministra właściwego do spraw środowiska, spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru, oraz przez niego odwoływany. Powołanie, o którym mowa w ust. 2, stanowi nawiązanie stosunku pracy na podstawie powołania w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (ust. 3)”.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy dojść do wniosku, że ustawa o świadczeniach przedemerytalnych nie wyklucza prawa do świadczenia dla osoby, której stosunek pracy uległ rozwiązaniu na skutek odwołania pracownika ze stanowiska przez właściwy organ. Istotne w tym przypadku jest to, że do rozwiązania stosunku pracy musi dojść z przyczyn dotyczących zakładu pracy, jednakże – mając na uwadze odesłanie ustawowe – tymi przyczynami będą również te, które nie dotyczą pracownika w myśl przepisów o zwolnieniach grupowych.

Warto wskazać, że przyjęte w ustawie o zwolnieniach grupowych znaczenie pojęcia „przyczyn niedotyczących pracownika” sprawia, iż katalog przyczyn niedotyczących pracownika jest bardzo szeroki i nie sposób go dokładnie zdefiniować. Przyczyny te mogą mieć zróżnicowany charakter, począwszy od ekonomiczno-finansowych, przez organizacyjno-strukturalne, skończywszy na technologiczno-ekologicznych. Jak ujął to Sąd Najwyższy w wyroku z 20 marca 2009 r.¹², „mogą być one mniej lub bardziej istotne. Nie jest ważne, czy zwolnienia następują z winy pracodawcy, który niewłaściwie zarządzał przedsiębiorstwem, czy też są następstwem okoliczności od niego niezależnych”. Zdaniem Krzysztofa Barana przyczynami niedotyczącymi pracownika „są wszelkie inne czynniki – poza statusem pracownika (...). W praktyce ich enumeratywne

¹¹ Dz.U. z 2016 r., poz. 2134 z późn. zm.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 2009 r., sygn. akt I PK 185/08, OSNP 2010, Nr 21–22, poz. 259.

wyliczenie jest niemożliwe”¹³. Arkadiusz Sobczyk zaś wskazuje, że przyczyny dotyczące pracownika to okoliczności związane ze sposobem wykonywania przez pracownika pracy, a także z psychiczną i fizyczną możliwością jej świadczenia, ponadto „w konkretnych okolicznościach przyczyną taką jest brak woli pracownika do dalszego świadczenia pracy”¹⁴. Przyczyny te muszą być podstawą rozwiązania stosunku pracy. Z powyższego należy wywnioskować, że przyczyna niedotycząca pracownika odwoływanego nie dotyczy jego osoby, ponadto nie musi ona też leżeć po stronie pracodawcy.

W przypadku rozwiązania stosunków umownych zasadniczo przyczynę poznamy z treści uzasadnienia do wypowiedzenia umowy, na problem praktyka prawnicza natrafia w przypadku rozwiązania stosunków pracy z powołania. Należy zaznaczyć, że pracodawca w przypadku odwołania, które jest równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę, nie ma obowiązku wskazania przyczyny uzasadniającej rozwiązanie stosunku¹⁵, jeśli przepis szczególny nie stanowi inaczej¹⁶. Jednakże w przypadku, gdy pracownik, który nie podważa samego rozwiązania umowy o pracę, decyduje się dochodzić wyłącznie świadczeń związanych z rozwiązaniem tego stosunku pracy, niewątpliwie konieczne staje się ustalenie przyczyny rozwiązania stosunku pracy z powołania, gdyż „w przeciwnym wypadku pracownicy, z którymi rozwiązano stosunek pracy z powołania (w sposób równoznaczny z wypowiedzeniem), nie mogliby skutecznie dochodzić odprawy pieniężnej i podobnych do niej innych świadczeń”¹⁷.

Przy tej okazji pojawia się zasadniczy problem z rozkładem ciężaru dowodowego w procesie o świadczenie przedemerytalne w ramach dowodzenia wystąpienia przesłanki rozwiązania stosunku pracy z przyczyn niedotyczących pracownika odwoływanego. Słuszny jest argument SA, dotyczący w zasadzie rozkładu ciężaru dowodu, że „wystarczające w tym względzie było samo wykazanie przez Wnioskodawcę, iż nie dał merytorycznych powodów do odwołania go z zajmowanego stanowiska Dyrektora M. Parku Narodowego”. Jednakże sądy obu instancji w glosowanym wyroku nie wskazały, dlaczego ciężar dowodu w zakresie wykazania przyczyny rozwiązania stosunku pracy przeszedł zasadniczo na pracodawcę.

¹³ K.W. Baran, M. Lekston, *Komentarz do ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, [w:] K. W. Baran (red.), *Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 1; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2016 r., sygn. akt III PK 81/151, <https://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20PK%2081-15-1.pdf> (data dostępu: 11.12.2021).

¹⁴ A. Sobczyk, *Uwagi do ustawy o zwolnieniach grupowych*, „Prawo i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 10, s. 30.

¹⁵ Patrz wyrok Sądu Najwyższego z 15 grudnia 2000 r., sygn. akt I PKN 170/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych” 2002, Nr 16, poz. 377.

¹⁶ Ł. Pisarczyk, T. Zieliński, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. siódme, 2017, Lex, art. 70.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 lipca 2009 r., sygn. akt II PK 30/09, Lex nr 533040.

Przystępując do rozwiązania tego problemu, rozważania w zakresie ciężaru dowodu w procesie dotyczącym świadczenia przedemerytalnego należy rozpocząć od jego rozumienia na gruncie cywilistyki.

Zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹⁸ (dalej jako Kodeks cywilny), ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, że ten przepis Kodeksu cywilnego określa: 1) przedmiot dowodu, czyli fakty, 2) podmiot, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁹. Niewątpliwie przepis art. 6 pozostaje w związku z odpowiednimi przepisami o dowodach²⁰. „Przepis art. 6 k.c. ma charakter szczególny i jest wyrazem zasady kontradyktoryjności, zgodnie z którą materiał procesowy i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony postępowania”²¹. Ponadto „ten, kto, powołując się na przysługujące mu prawo, żąda czegoś od innej osoby, jest obowiązany udowodnić fakty (okoliczności faktyczne) uzasadniające to żądanie, ten zaś, kto odmawia uczynienia zadość żądaniu, a więc neguje uprawnienie żądającego, jest obowiązany udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje”²².

Podsumowując wypowiedzi doktryny, należy dojść do przekonania, że instytucja ciężaru dowodu uregulowana w Kodeksie cywilnym w znaczeniu materialnym ma za cel kwalifikację skutków prawnych zakończenia postępowania dowodowego²³. Natomiast znaczenie formalne problematyki ciężaru udowodnienia faktu wyraża art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego²⁴.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, „znaczenie wyrażonej w art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu ujawnia się, gdy wyniki postępowania dowodowego nie pozwalają na uznanie oznaczonych faktów za wykazane; reguła ta rozstrzyga wówczas o tym, kogo należy obciążyć konsekwencjami niemożności dokonania ustaleń faktycznych”²⁵.

¹⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.

¹⁹ Art. 227 Kodeksu postępowania cywilnego: „Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”.

²⁰ L. Morawski, *Ciężar dowodu – niektóre problemy dowodowe*, „Studia Cywilistyczne” 1982, t. XXXII, s. 18.

²¹ S. Kalus, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna (art. 1–125)*, 2018, Lex, art. 6.

²² S. Dmowski, R. Trzaskowski, [w:] J. Gudowski, (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2014, art. 6.

²³ D. Duda, *Ciężar dowodu przed sądem pracy*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 1, s. 14

²⁴ Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 z późn. zm., art. 232 Kodeksu postępowania cywilnego: „Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę”.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 1999 r., sygn. akt III CKN 404/98, Lex nr 1216935.

W sprawach o świadczenia przedemerytalne zasadniczo ciężar dowodu spoczywa na pracowniku dochodzącym świadczenia jako na osobie, która z powoływanych przez siebie faktów wywodzi skutki prawne. Jednakże w orzecznictwie sądowym na gruncie ustawy o zwolnieniach grupowych (co ma znaczenie dla niniejszej sprawy)²⁶ zauważono szczególnie problem, który związany jest z rozkładem ciężaru dowodu, w przypadku gdy rozwiązanie stosunku pracy z powołania następuje w drodze odwołania równoznacznego z wypowiedzeniem umowy o pracę, gdzie w akcie odwołania nie wskazano przyczyny rozwiązania stosunku pracy. Należy podkreślić, że w takiej sytuacji pracownik, który dochodziłby roszczenia, mógłby jedynie podjąć próbę wykazania, iż odwołanie nie nastąpiło z przyczyn dotyczących jego osoby, co oznaczałoby udowadnianie przez stronę powodową okoliczności negatywnej. W tym miejscu należy podkreślić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że „wyrażonej w art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie można rozumieć w ten sposób, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na stronie powodowej²⁷”, jeśli bowiem „strona powodowa udowodniła fakty przemawiające za zasadnością powództwa, to na stronie pozwanej spoczywa ciężar udowodnienia ekscpepcji i faktów uzasadniających jej zdaniem oddalenie powództwa²⁸. Ponadto „jeżeli jedna ze stron swoim postępowaniem uniemożliwia lub poważnie utrudnia wskazanie okoliczności drugiej stronie, na której spoczywa ciężar dowodu, to na tę pierwszą stronę przechodzi ciężar dowodu co do tego, że okoliczności takie nie zachodziły”, pogląd ten jest akceptowany również przez przedstawicieli doktryny prawa cywilnego²⁹.

Sąd Najwyższy w jednym ze swych orzeczeń uznał, że pracodawca wprowadzie nie ma obowiązku podawania przyczyny odwołania pracownika ze stanowiska, które jest równoznaczne z wypowiedzeniem umowy o pracę, „jednak nie może on uwolnić się od obowiązku wypłaty odprawy i podobnych do niej świadczeń związanych z rozwiązaniem stosunku pracy jedynie poprzez twierdzenie, że do odwołania doszło bez żadnej przyczyny³⁰. Ponadto jeśli „z okoliczności sprawy nie wynika, by przyczyny rozwiązania stosunku pracy dotyczyły osoby pracownika lub nie ustalono w ogóle, o jakie przyczyny chodzi, na

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 lipca 2009 r., sygn. akt II PK 30/09, Lex nr 533040.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2008 r., sygn. akt I PK 22/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych” 2010, Nr 3–4, poz. 32.

²⁸ Patrz wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 1982 r., sygn. akt I CR 79/82, Lex nr 8416.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 3 marca 1971 r., sygn. akt II PR 453/70, Lex nr 14120; patrz także K. Pietrzykowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, 2020, Legalis, art. 6; por. K. Piasecki, [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2003, art. 6.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2016 r., sygn. akt III PK 30/16, Legalis

pracodawcę przechodzi ciężar dowodu w zakresie przyczyny dokonanego odwołania, która wyłącza prawo do świadczeń pracowniczych³¹.

Podzielając przedstawione powyżej poglądy Sądu Najwyższego, należy podkreślić, że ciężar dowodu w procesie o świadczenie przedemerytalne zasadniczo jest po stronie pracownika, który zamierza uzyskać świadczenie przedemerytalne. Problem z określeniem, na której ze stron postępowania spoczywa ciężar dowodu, pojawia się w dopiero w momencie wykazania i udowodnienia przyczyny odwołania ze stanowiska (rozwiązania stosunku pracy z powołania). Warto nadmienić, że w postępowaniu sądowym o świadczenie przedemerytalne stroną postępowania obok wnioskodawcy nie jest pracodawca, a organ rentowy, który jednakże ma wszelkie uprawnienia, aby już na etapie postępowania przesądowego czynić ustalenia co do przyczyn rozwiązania stosunku pracy.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż nieujawnione przyczyny rozwiązania przez pracodawcę stosunku pracy dotyczą osoby pracownika, może w niektórych okolicznościach obciążać pracodawcę³². Będzie to miało miejsce m.in. w procesie o ustalenie prawa do świadczenia przedemerytalnego w przypadku gdy pracodawca nie ujawnił w akcie odwołania przyczyny rozwiązania stosunku.

W glosowanym orzeczeniu SO w Rzeszowie ustalił, że wobec braku zastrzeżeń prełożonych do pracy wnioskodawcy ciężar dowodu przyczyn rozwiązania stosunku pracy z nim spoczywał na ZUS-ie, jednakże sądy obu instancji tego nie uzasadniły. W związku z tym glosator szczegółowo uzasadnił aprobatę co do przejścia ciężaru dowodu na organ rentowy.

Mając na uwadze ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu wypracowaną przez cywilistykę, należałoby przyjąć, że spoczywa on na pracowniku dochodzącym świadczenia przedemerytalnego, jako na osobie, która z powoływanych przez siebie faktów wywodzi skutki prawne. Warto jednak podkreślić, że w zaprezentowanym orzecznictwie sądowym słusznie dostrzeżony został swoisty problem związany z rozkładem ciężaru dowodu. Problem ten występuje w przypadku, w którym rozwiązanie stosunku pracy z powołania następuje w drodze odwołania równoznacznego z wypowiedzeniem umowy o pracę, gdzie w akcie odwołania nie wskazano przyczyny rozwiązania stosunku pracy. Należy podkreślić, że w takim stanie faktycznym pracownik dochodzący świadczenia przedemerytalnego mógłby jedynie podjąć próbę wykazania, iż odwołanie nie nastąpiło z przyczyn, które dotyczą jego osoby. Dlatego też, mając na uwadze te szczególne okoliczności, orzecznictwo i doktryna dopuściły modyfikację w zakresie ciężaru dowodu w ten sposób, że nie zawsze obowiązek dowodzenia wszystkich faktów o istotnym znaczeniu dla rozstrzygnię-

³¹ Ibidem.

³² Patrz wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2017 r., sygn. akt II PK 334/15, Legalis; także wyrok Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt III PK 30/16, Legalis.

cia sporu będzie spoczywał na wnioskodawcy, który dochodzi roszczenia o świadczenie przedemerytalne, gdyż w przypadku, gdy udowodnił fakty, które przemawiają za zasadnością roszczenia, to na organie rentowym będzie spoczywać ciężar udowodnienia ekscpepcji i faktów, które uzasadniają jego zdaniem oddalenie żądania wnioskodawcy³³.

Modyfikacja ciężaru dowodu w przedmiotowej sprawie była prawidłowa, gdyż wnioskodawca, który dochodził roszczenia o świadczenie przedemerytalne, dochodząc roszczenia o ustalenie świadczenia przedemerytalnego, mógłby jedynie podjąć próbę wykazania, że odwołanie nie nastąpiło z przyczyn, które tyczyły się jego osoby (wobec braku wskazania tych przyczyn w odwołaniu). Wiedzę o powodach odwołania, skoro nie zostały w żaden sposób wyartykułowane wobec pracownika, znać mógł wyłącznie pracodawca.

W tym miejscu należy podkreślić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, iż „wyrażonej w art. 6 k.c. reguły rozkładu ciężaru dowodu nie można rozumieć w ten sposób, że zawsze, bez względu na okoliczności sprawy, obowiązek dowodzenia wszelkich faktów o zasadniczym dla rozstrzygnięcia sporu znaczeniu spoczywa na stronie powodowej”.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż nieujawnione przyczyny rozwiązania przez pracodawcę stosunku pracy dotyczą osoby pracownika (co wyłącza nabycie prawa do świadczenia przedemerytalnego), może w niektórych okolicznościach obciążać organ rentowy. Należy podkreślić, że pracownikowi przysługuje świadczenie przedemerytalne, gdy:

- nie zostaną ustalone jakiegokolwiek przyczyny odwołania,
- ujawnione przyczyny odwołania nie dotyczą osoby i sposobu świadczenia pracy przez pracownika.

Podzielając przedstawione powyżej poglądy judykatury wobec wskazania przez organ rentowy w uzasadnieniu decyzji o odmowie przyznania świadczeń przedemerytalnych, że prawo do świadczeń nie przysługuje wnioskodawcy, gdyż nie spełnił przewidzianego w przepisie art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych warunku rozwiązania stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy ze względu, iż ustał on na skutek odwołania z zajmowanego stanowiska, uznać należało, że ciężar dowodu przyczyn rozwiązania stosunku pracy z powodem – jako dotyczących jego osoby – spoczywał na ZUS-ie. W związku z tym organ rentowy poniósł negatywne konsekwencje wynikające z braku wykazania w niniejszym postępowaniu przyczyn rozwiązania stosunku pracy dotyczących wnioskodawcy. W konsekwencji uznać należało, że spełniona została przesłanka zobowiązująca ZUS do wypłaty na rzecz wnioskodawcy świadczeń przedemerytalnych w związku z rozwiązaniem

³³ Patrz wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 1982 roku, sygn. akt I CR 79/82, Lex nr 8416.

z nim stosunku pracy z przyczyn dotyczących zakładu pracy (przyczyn niedotyczących pracownika).

Podsumowanie

Rekapitułując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że w myśl przepisu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach przedemerytalnych uprawnienie do świadczenia przysługuje, m.in. gdy nastąpiło rozwiązanie stosunku pracy. W ustawie o świadczeniach przedemerytalnych jest mowa wyłącznie o rozwiązaniu stosunku pracy, zaś nie sposób doszukać się przepisu, który wyłączałby prawo do świadczeń osób zatrudnionych na podstawie powołania. W związku z takim brzmieniem przepisu nie ma znaczenia, czy rozwiązano stosunek pracy umowny, czy też z powołania.

Ponadto w zakresie rozkładu ciężaru dowodu w procesie o świadczenie przedemerytalne należy przyjąć, że zasadniczo spoczywa on na pracowniku dochodzącym świadczenia przedemerytalnego jako na osobie, która z powoływanych przez siebie faktów wywodzi skutki prawne. Jednakże w zakresie wykazania nieujawnionej w akcie odwołania przyczyny rozwiązania stosunku pracy ciężar dowodu, w zakresie że dotyczy ona pracownika, przechodzi na ZUS.

Ponieważ w ocenie autora niniejszej glosy decyzja organu rentowego była nieprawidłowa, komentowane orzeczenie SA w Rzeszowie zasługuje na aprobatę.

Wykaz literatury

- Baran K.W., Lekston M., *Komentarz do ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników*, [w:] K.W. Baran (red.), *Zbiorowe prawo zatrudnienia. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Duda D., *Ciężar dowodu przed sądem pracy*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 1.
- Gudowski J., *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Fras M., Habdas M. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna (art. 1–125)*, 2018, Lex.
- Kopeć A., Maciejko W., Wojewódka M., *Komentarz do ustawy o świadczeniach przedemerytalnych*, 2008, Legalis.
- Kosut A., *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 marca 2000 r., II SA 2443/99*, Lex.
- Krasuń A., *Ciężar dowodu w sporach ze stosunku pracy – zagadnienia wybrane*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. XXI.
- Morawski L., *Ciężar dowodu – niektóre problemy dowodowe*, „Studia Cywilistyczne” 1982, t. XXXII.

- Pisarczyk Ł., Zieliński T., [w:] L. Florek, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. siódme, 2017, Lex.
- Pietrzykowski K., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, 2020, Legalis.
- Sierocka I., *Nabycie i ustanie prawa do świadczenia przedemerytalnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2013, nr 2.
- Sobczyk A., *Uwagi do ustawy o zwolnieniach grupowych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2005, nr 10.

Summary

Approbatory gloss on the Court of Appeal in Rzeszów judgment of 16 May 2019, ref. II III AUa 246/18

Keywords: labour law, burden of proof, pre-retirement benefits employer, employee, pension authority.

The subject of the commentary to the Judgment of the Court of Appeal in Rzeszów of 16 May 2019, ref. II III AUa 246/18 is the issue of pre-retirement benefits granted to persons whose employment relationship was terminated by an act of dismissal. The author of the opinion took up the issue of pre-retirement benefits for persons who were employed based on an appointment because, firstly, this issue has not been widely discussed in the jurisprudence and literature, and secondly, the pension authorities refused to grant them in the case where the employment relationship was terminated on the basis of an appointment. The aim of this article is first to determine whether employees dismissed from their jobs are entitled to pre-retirement benefits. Secondly, what is the burden of proof in a civil lawsuit for pre-retirement benefits with respect to the reasons for dismissal from an occupied position if they were not included in the notice of termination.

Recenzje

DOI: 10.31648/sp.7248

Rafał Czachor

Krakowska Akademia im. A. Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-5929-9719

rczachor@afm.edu.pl

Artur Trubalski (red.), *Obowiązki człowieka i obywatela w Konstytucji RP z 1997 roku*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2020, ss. 182

W 2020 r. nakładem Wydawnictwa Sejmowego ukazała się praca zbiorowa pod redakcją Artura Trubalskiego pt. *Obowiązki człowieka i obywatela w Konstytucji RP z 1997 roku*. Pojawienie się na rynku wydawniczym tej publikacji należy odnotować z tym większym uznaniem, że do tej pory zagadnienie konstytucyjnych obowiązków jednostki w obrocie naukowym pojawiała się stosunkowo rzadko, głównie w szerszym kontekście pozycji prawnej osoby w RP¹ bądź w postaci badań prawnoporównawczych o charakterze przyczynkarskim². Podobna sytuacja ma miejsce w doktrynie zagranicznej, gdzie o ile mowa o obowiązkach konstytucyjnych, dotyczy to głównie obowiązków nakładanych na władze publiczne, a więc ich obowiązków względem jednostki. Recenzowana praca uzupełnia tym samym istotną lukę, która dotyczy nie tylko dyskursu naukowego, lecz także szeroko rozumianej edukacji prawniczej.

Koncepcja pracy jest klarowna i podyktowana katalogiem obowiązków zawartych w Konstytucji RP. Składa się na nią sześć rozdziałów, których autorami są ustrojodawcy z Uniwersytetu Rzeszowskiego. Zbiór rozpoczyna rozdział *Obowiązki obywatelskie w Rzeczypospolitej Polskiej* autorstwa Haliny Zięby-Załużkiej. O ile praca nie posiada klasycznego wstępu, tenże rozdział pełni funkcję wprowadzenia do przedmiotowej tematyki. Kolejne rozdziały

¹ M.in. K. Wojtyczek, *Konstytucyjne obowiązki jednostki*, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2008; W. Zakrzewski, *Podstawowe wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2004; K. Działocha, A. Łukaszczuk, *Dylematy konstytucyjnej regulacji obowiązków jednostki w Konstytucji RP*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane prof. Bogusławowi Banaszakowi*, seria: e-Monografie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 50, Wrocław 2014.

² M.in. R. Czachor, *Obowiązki konstytucyjne w państwach postradzieckich*, „Prawo” 2019, nr 327, s. 219–229.

pracy zbiorowej w całości odnoszą się do poszczególnych artykułów Konstytucji (art. 82–86). Rozdział drugi, dotyczący wierności RP i troski o dobro wspólne, oraz czwarty, na temat obowiązku ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, napisała Beata Stępień-Załucka, rozdział trzeci – o obowiązku przestrzegania prawa – Grzegorz Pastuszko, piąty, dotyczący obowiązku obrony Ojczyzny – Artur Trubalski, zaś ostatni, na temat dbałości o środowisko naturalne – Anna Hadała-Skóra.

Odchodząc od szczegółowego omawiania treści poszczególnych rozdziałów, należy podkreślić ich prawidłową strukturę oraz wysoką wartość merytoryczną. W każdym z nich autorzy odwołali się do kontekstu międzynarodowego, porównując zawarte w Konstytucji RP obowiązki do regulacji w innych państwach oraz praktyki krajowej, poprzez przywołanie właściwego orzecznictwa. Z publikacji jasno wynika, że katalog wolności, praw i obowiązków stanowi aksjologiczną podstawę pełnowartościowego funkcjonowania jednostki w państwie. Przyjętą przez ustrojodawców praktyką jest umieszczanie w ustawach zasadniczych jednego rozdziału poświęconego tym zagadnieniom, przy czym większa uwaga poświęcana jest stypulacjom w przedmiocie wolności i praw niż obowiązkom. W ten stan rzeczy wpisuje się również obowiązująca Konstytucja RP. Uzasadnieniem dla ograniczonego katalogu obowiązków jest przekonanie, że prawo *par excellence* reguluje postępowanie jednostek, zawierając nakazy i zakazy, toteż zbędne jest rozbudowywanie obowiązków w akcie najwyższej rangi. Autorzy trafnie podnoszą, że niektóre obowiązki, w szczególności zawarte w art. 82 i 86, mają bardzo ogólny charakter, którego konkretyzacja dokonuje się na mocy przepisów rozproszonych w aktach niższego rzędu. Z tego też powodu za cenne należy uznać szerokie odwoływanie się autorów do orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, m.in. w przedmiocie definicji „dobra wspólnego”. Oczywistym jest fakt, że obowiązki konstytucyjne są konkretyzowane w drodze ustaw, toteż ograniczanie uwagi badawczej do enumeratywnego katalogu art. 82–86 Konstytucji może być złudne. Potwierdza to choćby fakt umieszczenia obowiązku pobierania edukacji do 18 roku życia w art. 70 Konstytucji – ten wątek jednak nie został przez autorów temu podjęty. Z uznaniem jednak należy odnotować, że wyraźnie wskazali oni na rolę poszczególnych obowiązków dla sprawnego funkcjonowania nie tylko państwa jako instytucji publicznych, lecz społeczeństwa jako zbiorowości ludzi. Obywatel nie może się samowolnie zwolnić z przestrzegania poszczególnych obowiązków, nawet jeśli w jego przekonaniu są one sprzeczne z przepisami konstytucyjnymi.

Jak każda wartościowa i aktualna praca, także recenzowana książka skłania do formułowania kolejnych pytań badawczych. Nawiązując do uwagi H. Zięby-Załuckiej, że we współczesnych demokracjach nacisk kładzie się na konstytucyjne regulacje wolności i praw jednostki, co odbywa się niejako kosztem regulacji obowiązków, zasadne wydaje się odnotowanie tych wątków, któ-

re nie były przedmiotem uwagi w pracy, a mianowicie o doktrynalne uzasadnienie tej prawidłowości i jej ewolucja na przestrzeni dziejów.

Racjonalne wydaje się stanowisko, że od zarania dziejów to obowiązki determinowały pozycję prawną jednostki, będąc istotą stosunku prawnego suwerena i jego poddanych. Sytuacja ta była powodem refleksji filozofii politycznej i formułowania postulatów przynajmniej częściowego równoważenia obowiązków wolnościami i prawami jednostki. Wątek ten obecny był już w myśli Platonskiej i Arystotelejskiej, dla której *politeia* była wspólnotą obywateli w ramach ustroju definiowanego prawami i obowiązkami, oraz w praktyce antycznych *poleis*. Korzystanie w nich z praw politycznych wiązało się z wykonywaniem obowiązków wobec wspólnoty, w tym finansowych, organizacyjnych i wojskowych. Zatem już ówczesne rozumienie obywatelstwa zawierało określone obowiązki i prawa. Bez potwierdzenia wzajemnych praw i obowiązków jednostek całkowicie sens traciłaby koncepcja umowy społecznej, która na różny sposób rozwijana była przez Johna Locka, Jeana Jacques'a Rousseau czy Johna Rawlsa.

Za pierwszą nowoczesną konstytucję, która zawierała rozbudowany katalog obowiązków, należy uznać konstytucję Republiki Weimarskiej. Przyczyn tego stanu rzeczy upatruje się w konieczności budowy nowego, powojennego państwa, które zrywało z dziedzictwem monarchicznym, oraz konsolidacji obywateli wokół instytucji władzy. W kolejnych dekadach rozbudowany katalog obowiązków zawierały konstytucje państw totalitarnych, w tym Związku Radzieckiego. Rozwiązania radzieckie znalazły odbicie również w innych ustawach zasadniczych państw socjalistycznych. Ucieleśniały one pogląd o prymacie interesu państwowego nad indywidualnym oraz służebną rolę jednostki wobec społeczeństwa.

Niewątpliwie współczesna demokracja liberalna stała się podatnym gruntem dla rozwoju koncepcji jednostki realizującej się głównie poprzez konsumpcję dóbr materialnych („konsumuję więc jestem” jako współczesny zamiennik *cogito ergo sum*). W efekcie tego zjawiska, względnie nowe konstytucje, ograniczają katalog obowiązków, koncentrując się na regulacji katalogu wolności oraz praw jednostki. Czy jednak globalne problemy społeczno-gospodarcze, w tym pandemia, kryzysy finansowe nie powinny pobudzić do doktrynalnej dyskusji, a następnie redefinicji pozycji prawnej jednostek w zakresie nakładanych na nie obowiązków publicznych?

Kolejne pytanie, które prowokuje lektura recenzowanej pracy, dotyczy międzynarodowego kontekstu obowiązków unormowanych w obowiązującej Konstytucji RP. Przegląd ustaw zasadniczych państw europejskich oraz wybranych pozaeuropejskich prowadzi do potwierdzenia zawartej w rozdziale pierwszym wzmianki o dwóch możliwych podejściach ustrojodawców do tej kwestii. Pierwsza to pominięcie obowiązków jednostek, co czyni np. konstytucja Stanów Zjednoczonych. Wynikało to z faktu, że akt ten regulował głównie

sposób organizacji kształtującej się federacji, kierując uwagę na ochronę prawną jednostek przed władzą publiczną. Drugie, dużo bardziej rozpowszechnione, podejście to umieszczenie w konstytucji określonego katalogu obowiązków jednostek. Co do zasady najbardziej rozpowszechnione są następujące obowiązki: przestrzegania prawa, uiszczania danin publicznych, obrony Ojczyzny, troski o środowisko naturalne i dziedzictwo kulturowe. Tym samym rozwiązania polskie w pełni wpisują się we współczesną praktykę konstytucjonalizmu.

Na marginesie, jako ciekawostkę, można przytoczyć inne, stosunkowo oryginalne, obowiązki unormowane konstytucjami pozaeuropejskimi. Przykładowo w konstytucjach Chińskiej Republiki Ludowej oraz Sri Lanki zawarto obowiązek pracy, w konstytucjach Mozambiku i Timoru Wschodniego – obowiązek dbania o własne zdrowie, a ustawie zasadniczej Koreańskiej Republiki Ludowo-Demokratycznej – „zachowania rewolucyjnej czujności”.

Na koniec, wracając do recenzowanej publikacji, oprócz odnotowania jej merytorycznej poprawności, podnieść należy, że ukazała się we właściwym czasie. Narastające problemy w funkcjonowaniu państw, przypadki kontestowania legalności działania władz, podważanie nałożonych na jednostki obowiązków poprzez przywoływanie pojęcia konstytucyjności i praworządności rodzi konieczność rzetelnej edukacji prawniczej odnośnie wolności, praw i obowiązków jednostki. Obserwujemy dość niepokojące zjawisko nadawania sobie przez niektórych prawa do swoistej „indywidualnej kontroli konstytucyjności prawa” m.in. w kwestii wprowadzonych obostrzeń związanych z pandemią koronawirusa. Lektura, notabene napisanej przystępnym językiem przedmiotowej pracy zbiorowej, pozwoli zrozumieć szerszym kręgom społecznym istotę pełnowartościowej partycypacji w demokratycznym społeczeństwie, która nie polega jedynie na egzekwowaniu posiadanych wolności i praw. Pozostaje jedynie wyrazić życzenie, że publikacja ta spotka się z zainteresowaniem i życzliwym odbiorem czytelników.

Wykaz literatury

- Czachor R., *Obowiązki konstytucyjne w państwach postradzieckich*, „Prawo” 2019, nr 327.
- Działocha K., Łukaszczyk A., *Dylematy konstytucyjnej regulacji obowiązków jednostki w Konstytucji RP*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane prof. Bogusławowi Banaszakowi*, seria: e-Monografie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 50, Wrocław 2014.
- Wojtyczek K., *Konstytucyjne obowiązki jednostki*, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Zakrzewski W., *Podstawowe wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Verba, Lublin 2004.

Summary

Duties of a person and a citizen in the Constitution of the Republic of Poland of 1997 edited by Artur Trubalski, Sejm Press, Warsaw 2020, pp. 182 [book review]

Keywords: constitutional law, constitutional duties of the person, book review.

The following text discusses the book *Duties of a person and a citizen in the Constitution of the Republic of Poland of 1997* edited by Artur Trubalski. Since in recent years academic scholars have focused on constitutional rights and freedoms, it is worth noticing this awaited and actual study. The book consists of six chapters that cover all duties included in the Constitution of Poland. Taking the opportunity, the following review undertakes some issues that have not been considered by the authors of this book, i.e., a doctrinal justification of constitutional duties and the scope of the duties in contemporary European constitutions.

