

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

**S**tudia  
**P**rawnoustrojowe

**38**



**Wydawnictwo  
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego  
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)

Elżbieta Zębek (zastępca)

Kacper Milkowski (sekretarz)

RADA NAUKOWA

Jaime Bonet Navarro, Janina Ciechanowicz-McLean, Gaetano Dammacco,  
Przemysław Dąbrowski, Jarosław Dobkowski, Burduli Irakli, Mariola Lemonnier,  
Dorota Lis-Staranowicz, Maria LoGiaccio, Piotr Majer, Agnieszka Malarewicz-Jakubów,  
Elena Safranowa, Myriam Senn, Bronisław Sitek, Bogusław Sygit,  
Renata Świrgoń-Skok, Sebastiano Tafaro

RECENZENCI NR (35–38) 2017

Małgorzata Andrzejczak-Świątek, Janusz Bryk, Kamila Bubelova,  
Zbigniew Bukowski, Pavel Bureš, Piotr Chlebowicz, Janina Ciechanowicz-McLean,  
Tomasz Dauerman, Zofia Duniewska, Anna Feja-Paszkiewicz, Adam Habuda,  
Stanisław Hoc, Brunon Holyst, Róbert Jáger, Wiesław Jasiński, Grażyna Kędzierska,  
Piotr Krajewski, Jerzy Kuciński, Tomasz Kuczur, Mariola Lemonnier,  
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Marcin Marcinko, Katarzyna Myszona-Kostrzewa,  
Monika Némethová, Janusz Orłowski, Michał Pietkiewicz, Paweł Polaczuk,  
Bartosz Rakoczy, Mieczysław Rózański, Elena Safranowa, Anna Schneiderová,  
Bronisław Sitek, Jacek Sobczak, Denis Solodov, Bogusław Sygit, Piotr Starzyński,  
Ján Štefanica, Ivana Šošková, Małgorzata Szwejkowska, Michał Turošík,  
Robert Zawłocki, Elżbieta Zębek

REDAKTOR TOMU

Olga Łachacz

REDAKCJA WYDAWNICZA

Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE

Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2017

Wydawnictwo UWM

ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn  
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38  
[www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/](http://www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/)  
e-mail: [wydawca@uwm.edu.pl](mailto:wydawca@uwm.edu.pl)

---

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 29,5; ark. druk. 25,0  
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 195

# Spis treści

## ARTYKUŁY

<b>Adam Habuda, Ludwik Habuda</b> , <i>Instytucja referendum jako prawny wyraz populistycznej natury demokracji bezpośredniej</i> .....	5
<b>Magdalena Fedorowicz</b> , <i>Nadzorcze „soft law” nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe</i> .....	29
<b>Edyta Sokalska</b> , <i>„The Uniform Commercial Code” z 1952 r. w amerykańskim dyskursie akademickim lat pięćdziesiątych XX wieku</i> .....	45
<b>Małgorzata Szwejkowska, Kacper Milkowski</b> , <i>Suwerenny Zakon Kawalerów Maltańskich jako podmiot prawa międzynarodowego</i> .....	59
<b>Elżbieta Zębek, Natalia Kulbacka-Burakiewicz</b> , <i>Prawnokarna ochrona wód w świetle prawa polskiego i czeskiego</i> .....	71
<b>Michał Pietkiewicz</b> , <i>The Integration Role of the European Space Agency Background History of the ESA</i> .....	87
<b>Pablo An Ping Chang Ibarra</b> , <i>Regional Energy Cooperation and Sustainable Energy Systems in Latin America</i> .....	103
<b>Renata Tanajewska</b> , <i>Klauzula „rebus sic stantibus” w prawie zamówień publicznych a problematyka stosowania kar umownych</i> .....	119
<b>Kacper Milkowski</b> , <i>Funkcjonowanie Donieckiej Republiki Ludowej w przestrzeni międzynarodowej – na przykładzie przedstawicielstwa w Republice Czeskiej</i> .....	133
<b>Marzena Laskowska</b> , <i>The Path the Polish Constitutional Tribunal Negotiated to Refer Questions for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union</i> .....	147
<b>Szymon Kisiel</b> , <i>Ochrona unijnych finansów – czyli ciąg dalszy batalii o urząd Prokuratora Europejskiego</i> .....	159
<b>Paweł Czubik</b> , <i>Obowiązki informacyjne wynikające z noweli ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców a czynności notarialne polskich konsulów</i> ...	171
<b>Mateusz Stramski</b> , <i>Międzynarodowe organizacje sportowe a prawo sportowe</i> .....	183
<b>Marta Pietras-Eichberger</b> , <i>Ochrona osób żyjących w ubóstwie w świetle prawa międzynarodowego</i> .....	199
<b>Marcin Pączek</b> , <i>Kilka uwag o dopuszczalności wykorzystania wyłącznej strefy ekonomicznej obcego państwa dla celów wojskowych</i> .....	211
<b>Katarzyna Grzelak-Bach</b> , <i>Koszty procesu w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym – wybrane problemy na tle orzecznictwa</i> .....	227
<b>Dagmara Kuźniar-Kwiatek</b> , <i>Kilka uwag o militaryzacji kosmosu w świetle regulacji międzynarodowego prawa kosmicznego</i> .....	245
<b>Oksana Cabaj, Olga Łachacz</b> , <i>Orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Australia przeciwko Japonii dotyczące połowu wielorybów z 2014 r. (tzw. Whaling) – głos międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w międzynarodowym dyskursie na temat ochrony wielorybów</i> .....	257

<b>Bartłomiej Błaszczyk</b> , <i>Atak hakerski jako naruszenie prawa międzynarodowego</i> .....	273
<b>Anna Kańczyk</b> , <i>Unia Europejska na drodze do zwiększenia ochrony cyberprzestrzeni – wybrane zagadnienia prawne</i> .....	287
<b>Agnieszka Wedeł-Domaradzka</b> , <i>Ochrona przed „nowoczesnym niewolnictwem” – współczesne uniwersalne i regionalne działania na rzecz ofiar handlu ludźmi</i> .....	307
<b>Joanna Jarecka</b> , <i>Kryminalna analiza zjawiska „odwróconego łańcucha dystrybucji leków”</i> .....	323
<b>Marta Kowalczyk-Ludzia</b> , <i>Realizacja uprawnień pokrzywdzonego w świetle uchybień procesowych (zagadnienia wybrane)</i> .....	333
<b>Marta Sagan</b> , <i>Najnowsza próba reform konstytucyjnych we Włoszech</i> .....	345
<b>Justyna Krzywkowska</b> , <i>Uregulowania prawne i praktyka w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce</i> .....	355
<b>Jozef Čentěš, Michal Krajčovič</b> , <i>Non-Criminal Sanction for Lack of Cooperation of Third Persons at Determination of Bankrupt’s Property within Bankruptcy Proceedings „de lege ferenda”</i> .....	369
<b>Damian Michalski, Kamil Dominik Ryś</b> , <i>Kara śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Wybrane zagadnienia</i> .....	381

#### SPRAWOZDANIA

<b>Marek Salamonowicz</b> , <i>Sprawozdanie z 36. Seminarium Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych, Cedzyna 18–22 września 2017 r.</i> .....	397
--	-----

**Adam Habuda\*****Ludwik Habuda\*\***

\* Instytut Nauk Prawnych PAN

\*\* emerytowany profesor Uniwersytetu Wrocławskiego

## **Instytucja referendum jako prawny wyraz populistycznej natury demokracji bezpośredniej**

### **Wprowadzenie**

O demokracji bezpośredniej jest mowa w art. 62, 125 i 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis art. 62 gwarantuje każdemu pełnoletniemu polskiemu obywatelowi prawo udziału w referendum i wybierania (Prezydenta RP, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego). W art. 125 ustawodawca przewiduje możliwość przeprowadzania referendów ogólnokrajowych w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa. Z kolei art. 170 dopuszcza możliwość przeprowadzania referendów lokalnych (członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego). Referenda lokalne są także przedmiotem regulacji zawartych w ustawach samorządowych. Według art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>1</sup> mieszkańcy gminy podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym (poprzez wybory i referendum) lub za pośrednictwem organów gminy. W art. 8. ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1990 r. o samorządzie powiatowym<sup>2</sup> czytamy, że mieszkańcy powiatu podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym – poprzez wybory i referendum powiatowe – lub za pośrednictwem organów powiatu. Analogiczną treść ma art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa<sup>3</sup> (mieszkańcy województwa podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym – w drodze wyborów i referendum – lub za pośrednictwem organów samorządu województwa).

<sup>1</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1875.

<sup>2</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1868.

<sup>3</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 486 z późn. zm.

W polskim samorządzie terytorialnym demokracja bezpośrednia to również zebrania wiejskie (art. 36 ustawy o samorządzie gminnym), a gdy możliwość taką przewidują nadane im przez rady gmin statuty, także zebrania mieszkańców dzielnic (art. 37 tej ustawy). Słabszą od referendum postacią demokracji bezpośredniej jest inicjatywa ludowa z art. 118 ust. 2 Konstytucji – wniesienie projektu ustawy przez grupę co najmniej 100 000 obywateli mających prawo wybierania do Sejmu.

Jeżeli chodzi o rozumienie populizmu, to na użytek niniejszego opracowania przyjmujemy za Ernesto Laclauem<sup>4</sup> i innymi autorami, że istota każdego populizmu tkwi nie w treści żądań, lecz w ich artykułowaniu na bazie odrzucania istnienia opozycji między władzą i ludem<sup>5</sup>. Konstytuuje go nie zbieżność zgłaszanych pod adresem władzy żądań, lecz znacząco pusta – legitymizująca samo rozróżnienie ludu i sprawujących władzę – wynikających z tych żądań roszczeń ich ekwiwalencja. O ekwiwalencji żądań przesądza nie ich zbieżność co do treści, lecz ich z jednej strony zgłaszający je, uosabiający tylko dobro poddany władzy lud, z drugiej zaś adresat w postaci złych władzę sprawujących. „Nie istnieje populizm bez dyskursywnej konstrukcji wroga: *ancien regime*’u, oligarchii, establishmentu itp.”<sup>6</sup>. Lud żąda, oczekuje, ludowi się należy, ludowi nie można odmawiać. Sama treść żądań nie ma większego znaczenia. One są wobec siebie ekwiwalentne<sup>7</sup>. Populistyczna polityka do zgłaszanych przez lud roszczeń się odwołuje i zwłaszcza w zabiegach o przejęcie władzy je agitacyjnie wykorzystuje, obiecując ich spełnienie. Populistyczni politycy starają się przedstawiać wykorzystywane przez siebie roszczeniowe partykularyzmy rządzonych zbiorowości jako reprezentujące niezaspokojone i – dlatego że ludowe – uważane za słuszne i wymagające spełnienia żądania ludu.

Myślmy, że nie byłoby miejsca dla populizmu, przynajmniej byłoby go mniej, bez zawsze koniecznego w relacjach władzy przyzwolenia tych, nad którymi władza jest sprawowana podporządkowania się tym, którzy władzę sprawują. Bez niego nie byłoby możliwe i potrzebne do oczekiwań ludu odwoływanie się, nie byłoby miejsca dla populizmu jako takiego. Ale przede wszystkim nie byłoby go bez głoszenia przekonania, jak zauważa Peter Wiles, że „cnota przysługuje prostemu ludowi [...]. Twierdzimy, że ta przesłanka stała się przyczyną pewnego syndromu politycznego”<sup>8</sup>. W niej znajdujemy ugruntowanie wywodzenia przekonania, że „wola ludu jest nadrzędna wobec

<sup>4</sup> E. Laclau, *Rozum populistyczny*, Wyd. Nauk. Dolnośląskiej Szkoły Wyższej, Wrocław 2009, s. 9–22.

<sup>5</sup> Ich wielorakość i wielopostaciowość jest wręcz nieskończona, zob. ibidem oraz P. Wiles, *Syndrom, nie doktryna: kilka podstawowych tez o populizmie*, [w:] O. Wysocka (red.), *Populizm*, Wyd. UW, Warszawa 2010, s. 25–43 oraz M. Canovan, *Populizm*, [w:] ibidem, s. 53–76.

<sup>6</sup> E. Laclau, *Co oznacza populizm?*, [w:] ibidem, s. 106.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> P. Wiles, op. cit., s. 25.

wszelkich innych standardów, jest nadrzędna wobec standardów tradycyjnych instytucji, wobec autonomii instytucji, oraz wobec woli innych warstw<sup>9</sup>. Realnie funkcję ludu mogą spełniać bardzo różne desygnaty; można odwoływać się do narodu, takiej czy innej zbiorowości, prostego ludu, wyłączonego i zmarginalizowanych, ludzi pracy, światowego proletariatu itp.

## **Demokracja bezpośrednia a demokracja pośrednia**

Podstawową tezę tego opracowania formułujemy już w jego tytule: stwierdzamy, że taka prawna forma demokracji bezpośredniej jak referendum jest odbiciem populizmu zawartego w istocie demokracji bezpośredniej. Argumentując na rzecz tej tezy, staramy się śledzić funkcjonowanie najbardziej bezpośrednio wiązanych z demokracją nazywaną bezpośrednią instytucji. Zatrzymujemy się przede wszystkim nad uważanym za oczywiste przekonaniem o wyższości demokracji bezpośredniej nad pośrednią. Przekonaniem utrzymującym się niezależnie od sięgania do nich, zwłaszcza do referendów, przez oczywiste autokracje w rodzaju Trzeciej Rzeszy Hitlera, Białorusi Łukaszenki, Iraku Husajna, Iranu ajatollahów czy Kuby Castro<sup>10</sup>. Dlaczego tak się dzieje? Jedną z *ad hoc* nasuwających się odpowiedzi to jakoby brak w niej pośredników mogących wolę tych, w których imieniu pośrednicy występują, deformować. Tylko czy naprawdę takich pośredników w demokracjach nazywanych bezpośrednimi brak?

W demokracji bezpośredniej sprawujący władzę są zarazem władzy podporządkowanymi się, występują jednocześnie w dwóch rolach: części narodu jako rządzącego suwerena i rządzonej politycznie zorganizowanej zbiorowości. Konstytuującej każdą relację władzy niesymetryczności zależności, naszym zdaniem, w niczym nie zmienia koncept władzy strukturalnej, wymuszającej podporządkowanie się poprzez w system włączenie, poprzez dostosowywanie się do obowiązujących w nim reguł gry<sup>11</sup>. Władza strukturalna nie jest ani trochę mniej asymetryczna, sprawujący ją są jedynie znakomicie trudniejsi do zidentyfikowania. Kryjąc się w systemie – w którym są – zachowując nad jego funkcjonowaniem kontrolę, ułatwiają sobie uchylanie się od odpowiedzialności za podejmowane decyzje. Gdy trudno ich odnaleźć, władzę przypisuje się bliżej niezdefiniowanemu systemowi.

Gdyby zestawić ze sobą, zwykle przyjmowaną za Robertem A. Dahlem, definicję władzy jako relacji, w której „A wpływa na B i sprawia, że B zach-

<sup>9</sup> E.A. Shils, *Udręka tajemnicy: populizm*, [w:] *Populizm...*, s. 44.

<sup>10</sup> Por. M. Podolak, *Referenda w Europie Środkowej i Wschodniej*, [w:] M. Barański (red.), *Modernizacja polityczna w teorii i praktyce. Doświadczenia państw postsocjalistycznych i Trzeciego Świata*, Wyd. Nauk. Śląsk, Katowice 2008, *passim* i cytowana tam literatura.

<sup>11</sup> J. Staniszkis, *Władza globalizacji*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2003.

wuje się tak jak nie zachowałby się, gdyby A nie wywierał na niego wpływu”<sup>12</sup>, z Stanisława Ossowskiego czterema typami ładu społecznego – nieskoordynowanymi swobodnymi nieinterferującymi ze sobą zachowaniami; postępowaniem wyznaczonym przez tradycyjne wzory i refleksy warunkowe, bez zewnętrznych nakazów; zbiorowymi zachowaniami wyznaczonymi przez decyzje jednego ośrodka władzy i policentryczną interferencją prowadzącą do działań skoordynowanych w ramach danej zbiorowości<sup>13</sup>, to z relacjami władzy mielibyśmy do czynienia tylko w przypadku dwóch ostatnich typów (monocentrycznego i policentrycznego). W pierwszym typie ładu, jako że wszyscy chodzą w nim własnymi ścieżkami, w ogóle nie ma interferencji decyzji i nikt z nikim nie współdziała. Interferencja i współdziałanie są obecne w ładzie drugim, ale kształtują je zinternalizowane przez poszczególne jednostki obowiązujące w zbiorowości wspólnotowe normy. Gdy się bliżej przyjrzyć ich funkcjonowaniu, to zwykle daje się odnaleźć czuwających nad obowiązujących w nim norm przestrzeganiem.

To obserwacje o tyle istotne, że wynika z nich, iż w ludzkich zbiorowościach nie zawsze mamy do czynienia ze współdziałaniem, a gdy już dochodzi do niego, to nie tylko za sprawą narzucania go w (jednoznacznych) relacjach władzy. A tam gdzie nie ma relacji władzy, nie ma też ani możliwości, ani potrzeby relacji władzy demokratyzacji, możliwości i potrzeby wciągania we władzy sprawowanie władzy podlegających. Inna sprawa, w jakim zakresie możliwe jest takie omijające relacje władzy funkcjonowanie zbiorowości. To zależy od uwarunkowań kulturowych.

Jeśli demokracja to udział poddanych władzy we władzy sprawowaniu, to partnerskie relacje, jakie demokracje charakteryzują, przesuwiają tak zmodyfikowane relacje władzy do ładu czwartego – policentrycznej interferencji w skoordynowanych współdziałaniach w ramach danych zbiorowości. To tylko złudzenie, że w ten sposób usamorzadowują się i zacierają granice między nie-rządzeniem (ład pierwszy), poddaniem się normatywnym oczekiwaniom niczym w przypadku władzy strukturalnej (ład drugi) i rządzeniem (ład trzeci i czwarty).

W ładzie monocentrycznym źródłem wszelkiej władzy jest różnie, ale chyba najczęściej personalizowane w postaci przywódcy najwyższej w hierarchii usytuowane centrum, w najbardziej tradycyjnej sakralizowanej wersji – Boży pomazaniec, w wersji świeckiej – mąż opatrnościowy.

Piastunem i źródłem władzy w ładzie czwartym jest lud. Lud, czyli praktycznie kto? Za emanację ludu uznawali się m.in. w Wenezueli Hugo Chavez, a w Argentynie Evita Peron.

<sup>12</sup> R.A. Dahl, *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs Inc., New Jersey 1963, s. 40.

<sup>13</sup> S. Ossowski, *Koncepcje ładu społecznego i typy przewidywań*, [w:] idem: *O osobliwościach nauk społecznych*, PWN, Warszawa 1962, s. 114.



## **Korzenie demokracji bezpośredniej**

Współcześnie pierwsze postaci demokracji bezpośredniej cofa się do o 2 tys. lat wcześniejszych od starożytnych Aten politycznych organizmów bliskowschodniego Trójrzeczca<sup>14</sup>. Ale nawet gdyby nad takim czasowym cofnięciem się w czasie przejść do porządku dziennego, to i tak demokracja bezpośrednia byłaby postacią demokracji starszą od demokracji przedstawicielskiej. Skąd to jej pierwszeństwo? Myślmy, że jej mniejsza niż demokracji przedstawicielskiej złożoność.

W Atenach, bodajże najbardziej demokratycznych spośród wszystkich państw starożytnej Grecji, w praktyce nigdy nie miało miejsca uczestnictwo we władzy wszystkich do takiego uczestnictwa uprawnionych. Około 450 roku p.n.e., w szczytowym okresie rozwoju ateńskiej demokracji, liczba obywateli Aten sięgała około 40 tys., a według innych autorów nawet 60 tys., tymczasem agora była w stanie fizycznie pomieścić nie więcej jak 5–6 tys. zgromadzonych<sup>15</sup>. Polityczne uczestnictwo uniemożliwiała konieczność nieustającego zabiegania o byt, konieczność wykonywania przez obywateli także innych zadań niż tylko polityczne decydowanie. Niektórzy nawet sądzą, że tak naprawdę polityczne zaangażowanie nie było w Atenach szczególnie cennie, a Peryklesowe uznanie w mowie pogrzebowej nieangażujących się politycznie za bezużytecznych<sup>16</sup>, to bardziej konstrukcja retoryczna niż realnie obowiązująca w Atenach norma<sup>17</sup>.

Biorąc pod uwagę, że formalne prawo do uczestnictwa w rzymskich zgromadzeniach miały miliony zamieszkujących rozległe posiadłości republikańskiego Rzymu, formalnie za bezpośrednią należałoby też uznać właściwą mu demokrację. Ale równocześnie o tyle nie była to demokracja bezpośrednia, że faktycznie nie mogli wszyscy – liczeni w milionach – uprawnieni do sprawowania władzy w jej sprawowaniu uczestniczyć. Powszechność i bezpośredniość uczestnictwa wykluczało już tylko geograficzne oddalenie od Rzymu uprawnionych do bezpośredniego uczestnictwa w sprawowaniu władzy zamieszkujących odległe prowincje Republiki<sup>18</sup>. Powszechność i bezpośredniość ograniczała też dysproporcja między liczbą stanowisk do obsadzenia i liczbą uprawnionych

---

<sup>14</sup> D.E. Fleming, *Democracy's Ancient Ancestors. Mari and Early Collective Governance*, University Press, Cambridge 2008. Dotyczy to nie tylko przywoływanego w I rozdziale tej pracy królestwa Mari. O innych podobnych przypadkach pisze R. Isakhan, *Re-thinking Middle Eastern Democracy: Lessons from Ancient Mesopotamia*, [online] <[www.newcastle.edu.au](http://www.newcastle.edu.au)> (dostęp: 10.03.2013).

<sup>15</sup> H.M. Herman, *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady i ideologia*, Wyd. DiG, Warszawa 1999, s. 69.

<sup>16</sup> Tukidydes, *Wojna peloponeska*, Ossolineum, Wrocław 1991, s. 140.

<sup>17</sup> M.I. Finley, *Polityka w świecie starożytnym*, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak” – Fundacja im. Stefana Batorego, Kraków – Warszawa 2001.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 90.

do ich zajmowania; bardzo niewielu z pełnoprawnych obywateli miało szansę na ich objęcie.

W Pierwszej Rzeczypospolitej wszyscy bez wyjątku szlachcice mieli prawo uczestnictwa w obradach sejmików wojewódzkich i ziemskich<sup>19</sup>. Faktyczne w nich uczestnictwo nigdy jednak nie było powszechne. Brak pewnych danych, ale pewne jest, że nierzadko obradowały w składzie tylko kilkudziesięciu posłów; w obradach uważanego za duży sejmiku lubelskiego uczestniczyło zazwyczaj 100–200 posłów<sup>20</sup>.

Zatem demokracje ateńska, rzymska, republikańska w średniowiecznych włoskich państwach-miastach i szlachecka w Pierwszej Rzeczypospolitej nie były do końca tak powszechne, jak się je zwykło przedstawiać, pierwsza choćby tylko ze względu na fizyczny brak miejsca na agorze, druga ze względu na fizyczną niemożność częstego przybywania na zgromadzenia z oddalonych o setki kilometrów prowincji, trzecia ze względu na ograniczenie jej do grona patrycjusza, a wszystkie, łącznie z Pierwszą Rzeczypospolitą, m.in. z uwagi na znaczne koszty uczestnictwa, na których poniesienie wielu uprawnionych do niego nie mogło sobie pozwolić. A wśród tych, którzy w zgromadzeniach takich brali udział, o niemożności zapewnienia osobistego i równego uczestnictwa w podejmowaniu decyzji w różnym stopniu przesądzały klientelizm i już tylko czasowa niemożność zabrania głosu przez wszystkich chętnych spośród uprawnionych do współdecydowania<sup>21</sup>.

Elementarnym i naturalnym, wręcz „przyrodniczym” ograniczeniem bezpośredniego politycznego uczestnictwa była i jest nierówność intelektualna, nierówność możliwości rozumnego (oświeconego) udziału w podejmowaniu politycznych decyzji<sup>22</sup>. Manipulowanymi byli i są zwłaszcza ci mniej rozumiejący, a ci, którzy manipulują, mniej lub bardziej podporządkowują sobie manipulowanych.

W starożytnych Atenach ważne było i to, że obrady zgromadzeń były jednodniowe, przedstawiane na nich projekty opracowywane przez Radę, czas wystąpień bardzo ograniczony, a ten przez mówców wykorzystywany był nie dla racjonalnego argumentowania, lecz dla uwodzenia słuchaczy<sup>23</sup>. Nie bez znaczenia było także to, że zabieranie głosu przed licznym audytorium wymagało cywilnej odwagi. Wśród mówców najbardziej liczyli się demagodzy i przywódcy. Same dyskusje i głosowania na agorze nie były wolne od „kupiecko-rachunkowych” nadużyć, łącznie z – dosłownie – kupowaniem

<sup>19</sup> W szczytce potęgi Rzeczypospolitej było ich 40. Zob. R. Lolo, *Jak imć pan Dzierżysław posłował. O parlamentaryzmie staropolskim*, „Pomocnik Historyczny. Polityka” z 26 sierpnia 2006 r.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> R.A. Dahl, op. cit., s. 100 i nast.

<sup>22</sup> Oczywiście tylko wówczas, gdy taki oświecony udział w podejmowaniu decyzji przyjmie się – jak to czyni np. R. A. Dahl – za konstytutywny dla demokracji.

<sup>23</sup> M.I. Finley, op. cit., s. 94 i nast. Jak widać, pod tym względem sytuacja w Atenach sprzed 2500 lat nie odbiegała od tej, z którą mamy do czynienia dzisiaj.

głosów, a sądząc po archeologicznych znaleziskach także – konkretnie chodzi o sady skorupkowe i odkryte „dodatkowe” niewykorzystane głosy – wyników głosowań fałszowania<sup>24</sup>.

W uprawiających demokrację bezpośrednią starożytnych Atenach obywatelstwo było wysoce absorbujące, jako wymagające totalnego poświęcenia się polityce, było w praktyce tylko dla dostatecznie zamożnych, uwolnionych od konieczności codziennego zabiegania o zapewnienie sobie środków do życia. Nie jest też aż tak pewne – a tak się ateńską demokrację zwykle przedstawia – że starożytny ateński obywatel „jest pełnym człowiekiem, dla którego polityka stanowi naturalne pole działalności, bynajmniej niewydzielone z życia, a rząd i państwo – czy też raczej *polis* – nie są bytami dalekimi i obcymi”<sup>25</sup>. Wszystkiego tego od obywateli oczekiwano, wielu jednak z nich oczekiwań tych nie spełniało. I w zakresie, w jakim to od nich zależało, korzystaniem z uprawnień, jakie ich spełnianie było okazją, wielu nie było zainteresowanych.

W Rzymie szczególnie duże możliwości wpływania na wyniki głosowań stwarzało manipulowanie frekwencją poprzez zwoływanie zgromadzeń w dni bliższe lub dalsze dniom targowym – bliskość obu wydarzeń, umożliwiając połączenie aktywności gospodarczej z polityczną, zwiększała frekwencję – oraz odwoływanie zgromadzeń z powodu ogłaszanych auspicjów. „Najprościej rzecz ujmując, Rzymianie dzielili rok na *dies fasti*, w których można było legalnie prowadzić działalność publiczną, i obejmujące jedną trzecią roku *dies nefasti*, w których tego rodzaju aktywność była zakazana (wyjątek dotyczył posiedzeń Senatu). Daty były na ogół stałe, uwzględniano je więc w kalendarium życia politycznego, sprawy się jednak komplikowały, kiedy dni uważane dotąd za *fasti* ogłaszano nagle dniami *nefasti* z uwagi na niekorzystną wyrocznię, wnioskowaną choćby z lotu ptaków. [...] Senat bądź urzędnicy proklamowali *dies nefasti*, by udaremnić obrady zgromadzenia lub zablokować inicjatywę ustawodawczą”<sup>26</sup>.

Manipulacje te służyły przede wszystkim mniej lub bardziej zamkniętemu gronu ówczesnych oligarchicznych rodów. W przypadku Rzymu zachowały się nawet całkiem mocne dowody potwierdzające trwale utrzymywanie się takiego stanu rzeczy: „w latach 232–133 p.n.e. 200 konsulów wywodziło się z 58 rodów (*gentes*) arystokratycznych; 159 spośród nich reprezentowało 26 rodów, 99 zaś zaledwie dziesięć”<sup>27</sup>. W Grecji i Rzymie – to było dla każdej z tych demokracji zupełnie zasadnicze – czołowi, najbardziej znaczący polity-

<sup>24</sup> Świadczy o tym zbiór odnalezionych – z jakichś względów jednak niewykorzystanych – skorupki z wypisanym na nich nazwiskiem osoby, którą poddano procedurze ostracyzmu (ibidem, s. 65–66, 70).

<sup>25</sup> Ibidem, s. 28.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 113.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 82.

cy to jednocześnie wyróżniający się wojennymi sukcesami dowódcy wojskowi<sup>28</sup>. Nie służyły niczemu innemu jak umacnianiu ich politycznych pozycji triumfy organizowane wodzom po powrocie ze zwycięskich wojennych kampanii.

Samo wybieranie – jak to ma miejsce w przypadku wyboru papieża przez kardynałów – niekoniecznie też czyni wybranego przedstawicielem wybierających. To nie kardynałowie wybierają, oni są narzędziem w ręku Ducha Świętego<sup>29</sup>. Niewyłaniania w wyborach mogą być również uznawani za demokratycznie legitymizowanych przez formułę *omnis potestas a populo*. To także na swój sposób – oczywiście symboliczne – demokratyczne legitymizowanie władzy.

Władanie masami można udatnie łączyć z dawaniem im (oczywiście bardziej złudnego niż realnego) poczucia politycznego upodmiotowienia, w starożytnym Rzymie choćby w postaci możliwości uczestnictwa w teatrze – przez to właśnie tylko jakoby – bezpośredniego wymuszania przez ludowe audytorium decyzji (np. o ułaskawieniu) podejmowanych przez wspaniałomyślnie wysłuchujących lud imperatorów. „W ogromnych amfiteatrach spotykali się ludzie pochodzący ze wszystkich warstw społecznych, biedni i bogacze, władcy świata i nędzarze, niemający najmniejszego znaczenia w życiu miejskim. Właśnie tam biedak mógł odczuć wspólnotę z cesarzem, tak jak i on, jak wszyscy emocjonującym się widokiem toczonych na arenie walk. Ta równość widzów, dzielących się co najwyżej na zwolenników jednego czy drugiego zawodnika, miała z pewnością wielkie znaczenie polityczne, łagodziła kontrasty, zbyt ostre w innych dziedzinach. Co więcej, przeciętny obywatel mógł nawet poczuć się czasem ważniejszy od cesarza, kiedy przyszło mu współdecydować o losie pokonanego gladiatora”<sup>30</sup>. To go subiektywnie, ale też złudnie upodmiotowiało. Zauważmy do tego, że „upodmiotowiało” nie indywidualnie, lecz – stąd cudzysłów – w masie, jaką stanowiło audytorium i jeszcze do tego w bardzo szczególnych warunkach.

Porównywanie bezpośrednich demokracji antycznych – greckiej i rzymskiej<sup>31</sup> – ze współczesnymi ma z wielu powodów ograniczoną wartość. Po pierwsze, dlatego że grecka *polis* to dalece nie to samo co współczesne państwo. Po drugie, postaci demokracji współczesnych są nieporównanie liczniejsze i bardziej zróżnicowane niż demokracji historycznie odległych. Po

---

<sup>28</sup> Ibidem, s. 74 i nast. oraz 83–86. W Rzymie symbolem *imperium* były fasces (wiązki różeg i toporów) obowiązkowo noszone przez towarzyszących konsulom i pretorom liktorów.

<sup>29</sup> W I Rzeczypospolitej każdy sejmik zaczynał się mszą świętą, „w czasie której szczególnie zwracano się do Ducha Świętego jako dawcy mądrości i dobrej rady” – R. Lolo, op. cit.

<sup>30</sup> A. Ładomirski, *Słowo wstępne*, [w:] M. Grant, *Gladiatorzy*, Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 1987, s. 15.

<sup>31</sup> Nad wschodnimi przechodzi się z reguły do porządku dziennego, bowiem ich odkrycie i szersze zainteresowanie się nimi to problem ostatnich 2–3 dziesięcioleci.

trzecie, i chyba najważniejsze, demokracjom dawnym (antycznym i średnio-wiecznym) zupełnie obce były prawa i wolności jednostki. I po czwarte wreszcie, przy wypowiedaniu się na temat antycznych demokracji z powodu przypisywanej im powszechności i bezpośredniości idealizujemy je.

## Lud jako suweren

U Jana Jakuba Rousseau podstawą konstrukcji ludu-suwerena jest – to właściwy temu myślicielowi paradoks – z jednocześnie, bynajmniej nie tożsame, i *volonte' generale*, i lud, czyli wszyscy; „co nie jest ludem, jest tak nieliczne, że nie wchodzi w rachubę. Człowiek jest taki sam w każdym stanie; jeżeli tak jest, stany najliczniejsze zasługują na największe poważanie. [...] Szanuj przeto rodzaj ludzki; pomyśl, że składają się nań zasadniczo zbiorowości ludów; że gdyby usunąć wszystkich królów i wszystkich filozofów, byłoby to rzeczą niedostrzegalną i że sprawy nie szłyby z tego powodu gorzej”<sup>32</sup>. Często nie chce się pamiętać, że w obydwu przypadkach są to konstrukcje abstrakcyjne, niemające swego empirycznego odpowiednika, a tym bardziej egzekutora. W praktyce „jeśli nawet wola pełni funkcję suwerena, to jej podmiot jest rozmyty i nieokreślony, gdyż nie istnieją żadni reprezentujący go delegaci. Jedność państwa i społeczeństwa, suwerennych instancji decyzyjnych i ogółu obywateli od samego początku skazana jest na pozostanie w sferze mitów, misteriiów”<sup>33</sup>.

Niczego takiego jak lud bezpośrednio artykułujący swoją *volonte' generale* realnie nie ma. Lud jako suweren to konstrukcja czysto abstrakcyjna. „Często bywa znaczna różnica między wolą wszystkich (*volonte' de tous*) a wolą powszechną; ta ostatnia ma na względzie interes wspólny, tamta – interes prywatny i jest tylko sumą woli poszczególnych ludzi. Odejmiemy jednak od tych woli partykularnych plusy i minusy, które się nawzajem znoszą, a pozostaje jako wynik tych różnic wola powszechna”<sup>34</sup>. Wola powszechna jest co najwyżej wyprowadzana z sumy woli jednostkowych.

Wyciągnąwszy konsekwencje z tego co pisze J.J. Rousseau o ludzie jako suwerenie, Reinhart Koselleck konkluduje: „Rzeczywistym suwerenem jest zatem czysta wola, której celem jest urzeczywistnienie samej siebie”<sup>35</sup>. Pozycję suwerena zajmuje sama *volonte' generale*. W każdym razie to właśnie wynika w kwestii natury ludu jako wyidealizowanego suwerena, gdy się na-

<sup>32</sup> J.J. Rousseau, *Emil*, t. II, Ossolineum, Wrocław 1955, s. 26–27.

<sup>33</sup> R. Koselleck, *Krytyka i kryzys. Studium patogenezy świata mieszczańskiego*, Respublica NOVA, Warszawa 2015, s. 346.

<sup>34</sup> J. J. Rousseau, *Umowa społeczna*, [w:] idem, *Umowa społeczna. Uwagi o rządzie polskim. List o widowiskach*, PWN, Warszawa 1966, s. 36.

<sup>35</sup> R. Koselleck, op. cit., s. 346.

wiąże do Rousseau i jego *Umowy społecznej*<sup>36</sup>. Jak przenieść tę konstrukcję na grunt praktyki?

Obywatel jest członkiem politycznej zbiorowości – i to bez znaczenia, czy rządzonym, czy rządzącym – któremu nieobojętna jest kondycja państwa, za którego obywatela się uważa, jest jednostką, którą interesuje, jak władza w państwie, którego jest obywatelem, funkcjonuje, człowiekiem, który nie przechodzi obojętnie wobec spraw wykraczających poza jego partykularne jednostkowe bądź grupowe interesy, któremu na sercu leży kondycja jego państwa. Zdaniem Rousseau lud jako suweren złożony jest z takich obywatelsko zorientowanych indywidualów, co oddala od ludu partykularyzujące podziały<sup>37</sup>.

Abstrahując od teoretycznej natury *volonte' generale*, zatrzymajmy się nad praktycznymi możliwościami przełożenia jednostkowych decyzji wielorako uwikłanych w różnorakie interesy członków zbiorowości na wolę zbiorowości jako całości. Otóż według Rousseau *volonte' generale* nie ma nic wspólnego z wolą ludu jako bytu realnego. Gdyby jednak, pozostając pod wrażeniem tego konceptu, chciał skorzystać z niego w praktyce trudność w tym, że „lud jest [...] suwerenem pozornym, który nie może sam odkryć swojej woli i potrzebuje przywódcy mówiącego mu, czego powinien chcieć<sup>38</sup>. Jednostki ulegają uniformizacji, a kto nie pasuje do kolektywu, zostaje zlikwidowany (totalitaryzm) bądź wykluczony (postpolityka). Liderzy tej nowej »demokracji« na stałe zaprzęgają medialne, ideologiczne narzędzia, wytwarzając fikcyjną jedność czynów i poglądów opinii publicznej, która jest przekonana, że rządzi i że nie potrzebuje nad sobą żadnej innej władzy”<sup>39</sup>.

Im liczniejsze zbiorowości, tym bardziej dzielące je społeczne partykularyzmy oddalają je od praktykowania w nich realizującej wolę suwerena demokracji bezpośredniej. Zresztą i sama bezpośredniość w tych za pośrednio uważanych demokracjach nie wydaje się w przypadku bez wyjątku wszystkich z nich naprawdę realna. Zawsze pojawiają się jacyś animatorzy, przywódcy i organizatorzy zorganizowanej zbiorowej aktywności. Oni tę demokrację „upośredniają”. Z racji pełnionych funkcji stają się równiejszymi wśród równych<sup>40</sup>.

Gdyby politycznie zorganizowane zbiorowości były się w stanie bez nich obejść, nie trzeba by było władzy sprawujących i rządzących. Nie trzeba by było również instytucji demokracji bezpośredniej: referendum, inicjatyw lu-

<sup>36</sup> J.J. Rousseau, *Umowa społeczna...*

<sup>37</sup> Ibidem, s. 36 i nast. oraz 80.

<sup>38</sup> Tak też lud jako suwerena opisuje J. J. Rousseau (ibidem, s. 47–48).

<sup>39</sup> M. Moskalewicz, J. Dura, *Krytyka i kryzys: diagnoza choroby w stadium terminalnym*, [w:] F. Koselleck, op. cit., s. 31.

<sup>40</sup> M. Kaase, *Interpersonal Trust, Political Trust and Non-institutionalised Political Participation in Western Europe*, „West European Politic” 1999, vol. 22, nr 3, s. 33–34.

dowych etc. Więcej, w ogóle nie trzeba byłoby rządzenia, lud radziłby sobie bez rządzących, „rządziłby sobą sam”, funkcjonując według mechanizmów właściwych ładom: pierwszemu i drugiemu. Tymczasem łady te nie wystarczają do zapewnienia zorganizowanego funkcjonowania politycznych zbiorowości. One nie wystarczają nawet przy najlepszej woli poszczególnych jednostek<sup>41</sup>.

Nie radzą sobie, co najbardziej oczywiste, nie tylko z powodu swej dużej liczebności, ale i dlatego, że w rządzeniu, inaczej jak tylko w sprawowaniu władzy, potrzebna jest wiedza, znajomość problemów i sposobów ich rozwiązywania; że w rządzeniu i zarządzaniu wszystkich powinna obowiązywać zasada *plus ratio quam vis*. A ludowi jako zbiorowości i wiedzy, i umiejętności brak. Ludowi jeszcze bardziej niż poszczególnym wchodzącym w jego skład osobom brak oświeconego rozumienia. Gdy po odrzuceniu w roku 2008 w referendum tzw. traktatu lizbońskiego zapytano Irlandczyków o przyczyny takiej decyzji, uzyskano następujące odpowiedzi: 22% głosowało przeciwko, bo nic nie wiedziało o traktacie, 14% nie potrafiło powiedzieć, dlaczego głosowało na „nie”, 12% głosowało przeciwko, bo obawiało się utraty tożsamości w powiększonej Europie, 6% bo uważało, że zniknie wojskowa neutralność Irlandii, 6% sądziło, że traktat niekorzystnie zmieni system podatkowy, a 5% było przeciwko zjednoczeniu Europy<sup>42</sup>.

W 2016 r. 2/3 spośród biorących 32% uprawnionych do udziału w referendum Holendrów powiedziało „nie” stowarzyszeniu Ukrainy z Unią. Dlaczego? Trzy najczęściej wskazywane uzasadnienia to: przypisanie Ukrainie odpowiedzialności za zestrzelenie nad jej terytorium przez rosyjskich separatystów holenderskiego pasażerskiego samolotu (19% odpowiedzi), przekonanie, że umowa gwarantuje przyjęcie Ukrainy do Unii (34%) i skorumpowanie Ukrainy (59%)<sup>43</sup>.

Po przeprowadzeniu w 2015 r. terenowych badań tropiących oświecone rozumienie polityki przez polskich wyborców ich autorzy tak oto badanych kategoryzują: „»totalny ignorant«, »porażający ignorant«, »ogromny ignorant« i po prostu »ignorant«, no i te 2–3%, które potrafi cokolwiek logicznie uporządkować”<sup>44</sup>.

Co przywołane w obydwu referendach i w polskich badaniach wyniki mówią o mądrości ludu? Raczej można wyciągnąć przeciwny wniosek. Świadomi jesteśmy, że *expressis verbis* wyartykułowanie takiego stanowiska graniczy przynajmniej z nieodpowiedzialnością. Nawet najwięksi z wypowiada-

<sup>41</sup> K. Szaniawski, *Plus ratio quam vis. Wykład inauguracyjny wygłoszony w Uniwersytecie Warszawskim*, „Kultura” z 11 października 1981 r.

<sup>42</sup> O. Osica, *Kolejna rysa czy początek końca*, „Tygodnik Powszechny” z 29 czerwca 2008 r.

<sup>43</sup> A. Applebaum, *Jak Rosja miesza w Europie*, „Gazeta Wyborcza” z 16–17 kwietnia 2016 r.

<sup>44</sup> M. Cześnik, A. Kwiatkowska, R. Markowski, *Między nami ignorantami*, „Polityka” z 27 kwietnia – 3 maja 2016 r.

jących się, jeśli nie chylą czoła przed mądrością ludu<sup>45</sup>, unikają zajmowania jednoznacznego stanowiska i lawirują między „za” i „przeciw”, jednocześnie chyląc czoła przed mądrością ludu i ostrzegając przed nieoczekiwaniem od niego zbyt wiele<sup>46</sup>.

## Demokracja bezpośrednia a populizm

Powstaje pytanie, jak mają się do siebie demokracja nazywana bezpośrednią i polityczny populizm? Na ile instytucje demokracji bezpośrednich są kluczowymi instytucjami syndromu każdego politycznego populizmu?

W demokracjach szczególną okazją do ujawniania się populizmu są legitymizujące wyłonionych do sprawowania władzy wybory. Najpowszechniejsze ustrojowe rozwiązania to referenda oraz bliskie im ludowe inicjatywy i zgromadzenia. Niezainteresowanymi w odkrywaniu nierealności i utopijności takich ustrojowych rozwiązań są i politycy-populiści, i uwodzony przez nich lud.

W dalszych rozważaniach, koncentrując się na referendach jako przypadku typowej i najczęściej wykorzystywanej populistycznej instytucji, stawiamy tezę, że wbrew temu, jak są one przez polityków, publicystów i wielu przedstawicieli nauki przedstawiane, nie są one ani tak bezpośrednią postacią sprawowania władzy, ani tak dla wszystkich (powszechną), ani tak naprawdę oczekiwaniom ludu wychodzącą naprzeciw. Są one wyrazem nie tyle woli ludu, ile próbą wyartykułowania jej przez aktorów występujących w rolach przywódców proszonej o dokonanie wyboru zbiorowości. To roztaczane przed ludem wielowymiarowe złudzenia.

Uprawnieni do uczestnictwa w referendach jednocześnie formalnie występują w rolach i rządzonych, i rządzących. Ciągłe jednak są to różne role. Czystej wody populistycznym uwodzeniem ludu są deklaracje w rodzaju „w idealnym państwie referendum jest szczytem demokracji bezpośredniej”<sup>47</sup>. Czym miałyby być to idealne państwo? Oczywiście demokracją. A tą według J. J. Rousseau byłoby państwo, którego obywatelami są bogowie<sup>48</sup>. Chyba właściwiej byłoby pytać nie o (idealne) państwo, lecz o (idealną) władzę w państwie, a jeszcze ściślej o idealną demokrację. Czym miałyby być, czym jest, ten szczyt demokracji? A dlaczego mniej ważne jest to, co jest – to

<sup>45</sup> Wielokrotnie czyni to J. J. Rousseau, *Umowa społeczna*, s. 88, 122, 124.

<sup>46</sup> Tak właśnie Jürgen Habermas, gdy komentuje wyniki referendum, w którym Irlandczycy odrzucili Traktat Lizboński – J. Habermas, *Zrozumieć Irlandczyków*, „Dziennik. Europa” z 12 lipca 2008 r.

<sup>47</sup> I. Lasota, *Moje referendalne pięć groszy*, „Rzeczpospolita. Plus Minus” z 29–30 sierpnia 2015 r. To stanowisko publicystki, ale całkiem częste i wśród polityków, i wśród naukowców. Ci ostatni szczególnie często nawiązują do tego od lat 60. XX wieku (M. Canovan, op. cit., s. 61).

<sup>48</sup> J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, s. 82.



oczywiście wartościowanie – poniżej tego szczytu, na czym szczyt się wspiera, to czego szczyt jest szczytem? Wówczas, jak sądzimy, mielibyśmy do czynienia nawet nie z samo-rządzeniem się, lecz z brakiem rządzenia, z nie-rządzeniem, z – podobnym do wolnorynkowego – przez nikogo niekontrolowanym dogadywaniem się równych sobie partnerów.

Takich systemów społecznych, a tym bardziej politycznych nie ma. I nic nie wskazuje, aby miały pojawić się w przyszłości. Nie stanowią ich też, od pewnego czasu bardzo popularne w literaturze naukowej, omalże pod niebiosą wynoszone jako jakoby bardziej nowoczesne, bo niehierarchiczne sieci<sup>49</sup>.

## Istota referendum

Powszechnie powtarza się, że referenda umożliwiają suwerenowi lub jego wyodrębnionym częściom na udział wprost w sprawowaniu władzy. Jest to jednak udział tylko tych, których wybór był wyborem wymaganej większości. Jeśli dla ważności referendum konieczna jest 50% frekwencja (próg przewidziany dla ważności polskich referendów ogólnokrajowych), a dla skuteczności większość oddanych głosów to wybór 25% + 1 wyborcy staje się wyborem narzuconym 75% – 1 wyborcy. Przy wymaganej w przypadku referendów lokalnych dla ich ważności frekwencji 30%, a dla skuteczności opowiedzenia się za danym rozwiązaniem większości broniących w nich udział wystarcza 15% + 1 głos wyborcy. Przy referendach w sprawie samo opodatkowania – 30% frekwencja i 2/3 głosów za – dla przyjęcia wniosku o samo opodatkowanie się wystarcza 20% ogółu uprawnionych. Gdzie w przypadku takich referendów większość? W każdym z tych przypadków przyjęte rozwiązanie jest wyborem zdecydowanej mniejszości, narzucającej preferowane rozwiązanie wielokrotnie liczniejszej większości. Gdzie tu powszechność? Gdzie wola zbiorowości? Czy tego rodzaju narzucanie woli mniejszości większości to powód dla doszukiwania się w referendach „filarów demokracji”, a w dniach ich przeprowadzania „świąt demokracji”?<sup>50</sup>.

Referenda demokratycznie odwzorowywałyby wolę suwerena po przyjęciu mocno idealizacyjnego – mniej dyplomatycznie się wyrażając: mocno nie-realistycznego założenia reprezentowania przez zwyciężających w nich nie interesów partykularnych, lecz dobra i interesów narodu lub, w mniejszej skali, wyróżnionych zbiorowości<sup>51</sup>. Tymczasem tak nie jest; referenda to szczególnie dobra okazja, aby rozproszonej większości narzucić wolę zdyscy-

<sup>49</sup> J. Sroka, *Deliberacja i zarządzanie wielopasmowe. Teoria i praktyka*, Wyd. UW, Wrocław 2009.

<sup>50</sup> R. Drzewiecki, *Politycy nas ograli*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 8 września 2015 r.

<sup>51</sup> M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Wyd. UW, Wrocław 2001, s. 62.

plinowanej i zmobilizowanej mniejszości. A gdyby tak jeszcze zlikwidować wymagane progi, jak proponują najbardziej zdeterminowani zwolennicy referendum, to te mniejszości mogłyby być mniejszościami zupełnie minimalnymi.

Co do wiązanej z reaktywnością i responsywnością referendum rzadziej podnoszoną ich słabością jest możliwość uchylania się w ten sposób przez sprawujących władzę – i to bez znaczenia, w jakiej skali: czy ogólnej, czy lokalnej – od odpowiedzialności za podejmowane lub niepodejmowane decyzje. Zawsze można się powołać na wynik referendum – albo: zrobiłem to czego życzyli sobie wyborcy, albo: nic nie mogłem zrobić, takiego wyboru dokonali obywatele w referendum. Tymczasem wynik nawet formalnie wiążący dla odpowiednich organów – np. referendum ogólnokrajowego, o którym mowa w art. 60–67 ustawy o referendum ogólnokrajowym<sup>52</sup> – staje się prawem nie automatycznie, lecz dopiero po uchwaleniu stosownych aktów prawnych. Tak samo rzecz się ma – poza referendum odwoławczymi i o samoopodatkowaniu – z referendum lokalnymi.

W takiej sytuacji, jeśli zarzut nie dotyczy tego, że przedmiotem referendum nie jest sprawa o szczególnym znaczeniu, jest oczywistym nieporozumieniem zarzucanie referendum organizowanym zgodnie z przywołaną wcześniej ustawą niekonstytucyjności<sup>53</sup>. Argumentowanie przeciwko referendum typu: „Można poddać pod referendum najpierw likwidację KRUS, potem zniesienie Karty Nauczyciela – i tak powoli likwidować wszystkie kompromisy, które w ostatnich 25 latach gwarantowały spokój społeczny ...”<sup>54</sup>, jest skrajnie demagogiczne. Prawnie wszelkie takie referenda są dopuszczalne. A niekompromisowość, konieczność wyboru zero-jedynkowego jest właściwością każdego referendum. Taka jest ich natura i nieusuwalna słabość. Konsekwencją nieakceptowania jej jest tylko odrzucenie instytucji referendum w ogóle. Tak rozumując Klaus Bachman po pierwsze, w ten sposób atakuje referenda w ogóle i po drugie, zapomina, że takie referenda niczego w polskim obowiązującym stanie prawnym nie zmieniają, w szczególności niczego nie likwidują. Wyniki takich referendum, dopóki nie przybiorą postaci wymaganego aktu prawnego, są w najlepszym razie niczym innym jak – co prawda politycznie ważką, ale jednak na tyle tylko, na ile poważne jest samo referendum – opinią, bardzo szczególnym i kosztownym badaniem opinii publicznej.

---

<sup>52</sup> Ustawa z 13 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz. U. nr 57, poz. 507 z późn. zm.).

<sup>53</sup> Jak to czyni K. Bachman (*Prezent Komorowskiego dla Dudy*, „Gazeta Wyborcza” z 4–5 lipca 2015 r.) w odniesieniu do referendum w sprawie jednoosobowych okręgów wyborczych, budżetowego finansowania partii politycznych i interpretowania wątpliwości w prawie podatkowym na korzyść podatników.

<sup>54</sup> Ibidem.

W Polsce przedmiotem ogólnokrajowego referendum może być każda sprawa uznana za ważną, poza wyłączonymi przez ustawę. Przy tak ogólnym sformułowaniu ich przedmiotu łatwe jest ich polityczne – szkodzące im jako instytucji – nadużywanie poprzez stawianie w nich pytań takich, jak jedno z zaproponowanych przez Koalicję Odnowy Rzeczypospolitej „Wolność i Nadzieja”: „Czy jest Pan/Pani za likwidacją podatku dochodowego od osób fizycznych i podatku dochodowego od osób prawnych”<sup>55</sup>. To rodzaj pytania godzącego w powagę referendum i obrażające uprawnionych do uczestnictwa w nich, ale zarazem odkrywające prawdziwą naturę referendum.

Pod względem jednoznaczności inaczej rzeczy się mają w przypadku referendum odwoławczych; w nich ważny wybór „za” jest równoznaczny z odwołaniem ze stanowiska.

Ponad połowa wszystkich przeprowadzonych na świecie głosowań ludowych (łącznie referendum i inicjatyw ludowych) miała miejsce w Szwajcarii<sup>56</sup>. W latach 1848–2009 przeprowadzonych zostało tam 351 referendum ogólnokrajowych, w tym aż 230 referendum akceptujących<sup>57</sup>. W tak „zreferendyzowanym” państwie jednak tylko 7% spośród 2108 uchwalonych w tym czasie przez szwajcarski parlament ustaw stało się przedmiotem ogólnokrajowego referendum<sup>58</sup>. Jak na kraj dzierżący w świecie referendalną palmę pierwszeństwa nie jest to odsetek imponujący.

Nie poraża również skuteczność szwajcarskich inicjatyw ludowych. W Konfederacji Szwajcarskiej od wprowadzenia w 1891 r. inicjatywy obywatelskiej do roku 2010 wniosków mających ją za przedmiot złożono 378, poddano głosowaniu 170, a przyjęto 18, a więc tylko nieco ponad 10% przyjętych, a mniej niż 5% zgłoszonych<sup>59</sup>. Z tych 378 wniosków ponad 110 złożono po 1970 r.<sup>60</sup> Jeśli „w latach 1949–1982 nie przyjęto ani jednej inicjatywy ludowej”, to w ostatnich 30 latach na 18 przeprowadzonych przyjęto ich aż 11<sup>61</sup>.

Tak radykalny wzrost odsetka inicjatyw przyjętych, bywa różnie tłumaczony przez różnych autorów<sup>62</sup>, zdaje się być jednak związany głównie z dwoma okolicznościami: po pierwsze, ze zwiększającą się względną łatwością

---

<sup>55</sup> Za: A. Kondzińska, I. Szpala, *W potrzasku referendum*, „Gazeta Wyborcza” z 22–23 sierpnia 2015 r.

<sup>56</sup> A. Vatter, *Demokracja bezpośrednia w Szwajcarii: historia, debaty, skutki*, [w:] *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, Wyd. Semper, Warszawa 2011, s. 29.

<sup>57</sup> W. Linder, *Blaski i cienie demokracji bezpośredniej*, [w:] *Demokracja bezpośrednia...*, s. 16.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 17 oraz G. Lutz, *Inicjatywa obywatelska, jako metoda kontroli politycznej w Szwajcarii*, [w:] *Demokracja bezpośrednia...*, s. 94.

<sup>59</sup> G. Lutz, op. cit. s. 73.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 91.

<sup>61</sup> Ibidem, s. 87–88.

<sup>62</sup> Ibidem, s. 89–90.

zgromadzenia podpisów pod wnioskiem o przeprowadzenie głosowania ludowego (jeśli w momencie wprowadzenia inicjatywy ludowej w 1891 r. – uwagi te odnosimy do referendum ogólnokrajowych, ale zachowują pełną aktualność w stosunku do referendum w ogóle – 50 000 podpisów pod wnioskiem stanowiło około 7,6% uprawnionych, to dzisiejsze 100 000 wymaganych podpisów to około 2%<sup>63</sup>), i po drugie, z większymi i ciągle zwiększającymi się możliwościami komunikacyjnymi, tj. nieporównywalnie większą łatwością dotarcia z informacją (propagandą i agitacją) do zainteresowanych.

Mimo większej w Konfederacji Szwajcarskiej niż w jakimkolwiek innym państwie częstości sięgania do referendum i inicjatyw obywatelskich, Wolf Linder nie opisuje szwajcarskiej demokracji jako bezpośredniej, lecz jako „półbezpośrednią”<sup>64</sup>. I czyni tak dlatego, że jego zdaniem w Szwajcarii referenda zapewniają nie tylko bezpośrednie uczestnictwo we władzy, ale są także – co się tylko zupełnie wyjątkowo podnosi w literaturze przedmiotu – swoistą postacią podziału władz<sup>65</sup>, jak też podstawą konsensualności (konkordacyjności) systemu<sup>66</sup>. Formy demokracji bezpośredniej są „w warunkach szwajcarskich swego rodzaju elementem *checks and balances*, sprawiając, że brak podziału władz nie oznacza bynajmniej jakiejś ewolucji w stronę autorytaryzmu czy innej postaci systemu niedemokratycznego”<sup>67</sup>. To wypełnienie luki będącej następstwem braku podziału władz.

W Polsce nie ma podobnej do szwajcarskiej potrzeby przywracania zachwianej równowagi między władzą wykonawczą i ustawodawczą. Gdyby nawet próbować szukać podobnego uzasadnienia dla referendum i inicjatyw ludowych w Polsce, to w dzisiaj obowiązujących ustawowych<sup>68</sup> regulacjach – pomijając pewne mniej istotne z punktu widzenia niniejszych wywodów różnice – pozwala ono zwłaszcza, ale nie tylko w przypadku referendum lokalnych, na osłabianie pozycji władzę sprawujących. W przypadku organów wykonawczych gmin to „przykryte” odwoływaniem się do demokracji bezpośredniej podważenie ich pozycji – innymi ustrojowymi regulacjami ponad miarę wzmocnionej. Mamy na myśli, począwszy od wejścia w życie ustawy z 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta (burmistrza, prezydenta), zarówno o zastąpieniu jego dotychczasowego wyboru przez rady wyborem bezpośred-

<sup>63</sup> Ibidem, s. 82.

<sup>64</sup> W. Linder, *Blaski i cienie...*, s. 11, 13.

<sup>65</sup> W. Linder, *Demokracja szwajcarska*, Wyd. Wyższej Szkoły Pedagogicznej, Rzeszów 1996, s. 135 i nast.; A Vatter, op. cit., s. 41.

<sup>66</sup> A. Vatter, op. cit., s. 41–43.

<sup>67</sup> J. Szymanek, *Ciągłość i zmiana konstytucyjnych systemów rządów: egzemplifikacja ewolucji w systemach politycznych*, [w:] *Ewolucja, dewolucja, emergencja w systemach politycznych*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2007, s. 18.

<sup>68</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. nr 88, poz. 285 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (Dz.U. nr 57, poz. 507 z późn. zm.).

nim przez wszystkich uprawnionych mieszkańców, jak i o osłabieniu kontroli rady nad jego funkcjonowaniem.

Dla realnego demokratyzmu nie tylko szwajcarskiego systemu politycznego nie mniejsze znaczenie od faktycznego referendalnego uczestnictwa ma już sama możliwość sięgnięcia do niego. Jest ona kluczowa dla osiągania w parlamencie i – niezależnie od wyników wyborów zawsze – w wielopartyjnych organach władzy wykonawczej (rządzie) (przedreferendalnego) kompromisu w innych sprawach. „O ile jednak dojdzie do referendum, »okręt« wymyka się spod kontroli parlamentu: projekt parlamentarny ma w takim przypadku mniej niż 60% szans na powodzenie”<sup>69</sup>. A najistotniejsze następstwa takiego wymykania się wyników referendów spod kontroli to z jednej strony faworyzowanie silnych grup i interesów, z drugiej zaś dyskryminacja słabszych i pozostających w mniejszości<sup>70</sup>. Inne przypisywane im wskazywane są jako niedemokratyczne<sup>71</sup>.

Politycznie nośne jest referendalne odwoływanie się do sprawiedliwości społecznej. Tylko – niezależnie od tego, że otwarte jest, co i dla kogo jest, a co nie jest sprawiedliwe – referendum nie jest tym rozwiązaniem ustrojowym, które można by uznać za sprawiedliwości służące, wręcz przeciwnie. W maju 2013 r. w Szwajcarii zebrano dostateczną liczbę podpisów pod wnioskiem o referendum, w którym proszono o wybór między „tak” lub „nie” dla ograniczenia najwyższej płacy w zarządach w szwajcarskich notowanych na giełdzie spółkach do 12-krotności płacy najniższej. Referendum miało miejsce 24 listopada 2013 r., było ważne, ale nieskuteczne. 71% biorących udział w referendum opowiedziało się przeciwko takiemu ograniczeniu, a tylko 29% „za”<sup>72</sup>. To też nie bez znaczenia, świadczy bowiem o wysokiej zgodności poglądów – a to *par excellance* aksjologia – w żadnym bowiem z kantonów opowiadających się za takim ograniczeniem wynagrodzeń najwyższego szczebla menedżerów nie było więcej niż jego przeciwników<sup>73</sup>. Czyżby to znaczyło, że nierówności w tym zakresie są dla większości Szwajcarów nieznaczące, nie oburzają? Inaczej niż możliwość wznoszenia minaretów – w całej Szwajcarii było ich wtedy tylko cztery<sup>74</sup> – przy muzułmańskich świątyniach. W roku 2014 Szwajcarzy wypowiedzieli się w referendum w sprawie otrzymywania od państwa przez każdego obywatela, od urodzenia począwszy, 2,5 tys. franków miesięcznie tzw. podstawowego wynagrodzenia<sup>75</sup>. I ten krok w kierun-

<sup>69</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>70</sup> A. Vatter, op. cit., s. 45, 69.

<sup>71</sup> Ibidem, passim.

<sup>72</sup> Z innych doniesień (*Co bogaci mają w głowie...*) wynika, że opowiadających się „za” było 34%.

<sup>73</sup> *Szwajcarzy przeciwko ograniczeniu wysokich wynagrodzeń prezesów*, [online] <www.wyborcza.pl> (dostęp: 24.11.2013).

<sup>74</sup> E. Siedlecka, *Wkurzenie zamiast demokracji*, „Gazeta Wyborcza” z 27–28 czerwca 2015 r.

<sup>75</sup> *Premia dla Szwajcara*, „Polityka” z 29 października – 5 listopada 2013 r.

ku bardzo mechanistycznie, bo nie powiedzielibyśmy nawet, że skrajnie egalitarystycznie – gdyż niczego niewyrównującej, pojmowanej sprawiedliwości społecznej został przez Szwajcarów odrzucony. Jak taki wybór interpretować?

Dalekie od powszechności, czego się w literaturze przedmiotu nie ekspozuje, jest korzystanie przez Szwajcarów z prawa do referendalnego uczestnictwa. Aktualnie korzysta z niego tylko około 40% uprawnionych<sup>76</sup>. „W przypadku projektów przyjętych niewielką przewagą głosów decydująca o nich większość nie stanowi [...] połowy ludności, a jedynie około 15%”<sup>77</sup>. Około 1/5 uprawnionych do referendalnego uczestnictwa Szwajcarów nigdy w referendach udziału nie bierze, a tylko 1/4 bierze w nich udział regularnie<sup>78</sup>. Pozostałe 55% zadaje sobie trud w nich uczestnictwa od czasu do czasu. Czy szczerze ulegający urokowi szwajcarskiej referendalnej demokracji są tego świadomi?

## Referenda ogólnokrajowe w III RP

W Rzeczypospolitej Polskiej po 1989 r., jak dotychczas, przeprowadzone zostały trzy ogólnokrajowe referenda: uwłaszczeniowe w lutym 1996 r., nazywane dualnym, albowiem jednocześnie zawierające pytania i prezydenckie, i parlamentarne, a w swej podstawie prawnej przeprowadzone, na podstawie obowiązujących wówczas Małej Konstytucji z 1992 r. i ustawy z czerwca 1995 r. o referendum; konstytucyjne w maju 1997 r. oraz akcesyjne, mające za przedmiot przystąpienie Polski do Unii w czerwcu 2003 r.

Pierwsze z referendów (uwłaszczeniowo-prywatyzacyjne, prezydencko-sejmowe) było nieważne, wzięło w nim bowiem udział zbyt mało uprawnionych: zaledwie 32,4% przy wymaganej dla jego ważności 50% frekwencji. Ci, co wzięli w nim udział, w przytłaczającej większości (od ponad 74% do ponad 94%) na każde z czterech pytań odpowiedzieli „tak”<sup>79</sup>. Dla niebiorących w nim udziału odwiedzenie lokalu wyborczego to trud zbyt wielki, aby ponieść go w imię uzyskania jakichś bliżej nieokreślonych korzyści.

Dla nieskorzystania z okazji – to tylko domniemanie – nie bez znaczenia była pamięć niewielkich korzyści, jakie przyniosły za symboliczną opłatę nabywane bony prywatyzacyjne, uprawniające do objęcia udziałów w akcjach

---

<sup>76</sup> Co jest uczestnictwem nieco niższym niż frekwencja wyborcza w krajach Europy Zachodniej (W. Linder, *Blaski i cienie demokracji bezpośredniej...*, s. 21), ale wyraźnie wyższym niż w Kalifornii (S. Moeckli, *Demokracja bezpośrednia w stanach federalnych USA*, [w:] *Demokracja bezpośrednia...*, s. 140).

<sup>77</sup> W. Linder, *Blaski i cienie...*, s. 18.

<sup>78</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>79</sup> Zob. [online] <[www.pkw.gov.pl](http://www.pkw.gov.pl)>.

wybranych do takiej prywatyzacyjnej ścieżki, niecieszących się – co było powszechnie wiadome – szczególnie dobrą kondycją państwowych przedsiębiorstw. Dla wyróżniająco niskiej referendalnej frekwencji w referendum uwłaszczeniowo-prywatyzacyjnym nie bez znaczenia były też: (1) mało byłoby powiedzieć utrudniające zrozumienie, o co w nim chodzi, wprowadzające dodatkowe zamieszanie, poprzedzające je partyjne spory oraz (2) takie sformułowanie stawianych pytań, że aby je zrozumieć, trzeba by być jednocześnie nie tylko całkiem wytrawnym ekonomistą, ale i dalekowzrocznym wizjonerem.

Żadna z tych okoliczności nie wystąpiła przez przypadek. A jako że jego przygotowywaniu i przeprowadzaniu towarzyszyła prezydencka kampania wyborcza, wszystkim w nim zaangażowanym, w tym i sejmowym współtwórcom i organizatorom referendum, tak naprawdę nie o jego ważność i skuteczność chodziło. I było nie bez znaczenia, że była to kampania zwycięska dla jednoznacznie kojarzonego z Sojuszem Lewicy Demokratycznej Aleksandra Kwaśniewskiego, reprezentującego – co oceniam jako istotne – tę najmniej reformatorską część i polityków i wyborców, i zarazem najmocniej identyfikującą się partyjnie z postkomunistycznym kandydatem na prezydenta<sup>80</sup>. Dla wszystkich najbardziej zaangażowanych w jego przeprowadzenie było ono elementem równolegle prowadzonej przez partie polityczne prezydenckiej kampanii wyborczej.

W referendum konstytucyjnym wzięło udział 42,86% uprawnionych<sup>81</sup>, za przyjęciem Konstytucji opowiedziało się 52,71% głosujących, co stanowiło nieco więcej niż 1/4 ogółu uprawnionych<sup>82</sup>. Dla jego ważności w ogóle nie było określonego progu frekwencji, poniżej którego byłoby nieważne. To zastanawiające, iż nie było go w referendum politycznie i prawnie najważniejszym, bo konstytucyjnym. Dlaczego? – to politycznie łatwe do wytłumaczenia. Gdyby próg frekwencji został dla jego ważności przewidziany, będąc takim, którego przedmiot był okazją do ujawnienia się wokół niego partyjnych walk, byłby on względnie najłatwiejszym instrumentem – co potwierdziła uzyskana w referendum frekwencja – uniemożliwienia przyjęcia nowej Konstytucji poprzez nawoływanie uprawnionych do niebrania w nim udziału.

W referendum akcesyjnym (do udziału w nim wzywał papież Jan Paweł II, a za nim polska hierarchia kościelna) frekwencja była stosunkowo wysoka i wyniosła 58,85% uprawnionych<sup>83</sup>. Za przystąpieniem Polski do Unii opo-

---

<sup>80</sup> A to znaczyło, że „jeśli ktoś reprezentuje partię, z którą się utożsamia, to będzie miał takie samo zdanie jak ona” – K. Skarżyńska, *Człowiek a polityka. Zarys psychologii politycznej*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2005, s. 281.

<sup>81</sup> *Konstytucja przyjęta*, „Rzeczpospolita” z 28 maja 1997 r.

<sup>82</sup> A. Janus, *Referendum w Polsce. Od plebiscytu do społecznej samoorganizacji*, Wydział Nauk Społecznych UW, Wrocław 2008, s. 64 (niepublikowana rozprawa doktorska).

<sup>83</sup> *Ibidem*, s. 70.

wiedziało się 77,45% głosujących, a przeciwko 22,55%<sup>84</sup>. Ma swoją polityczną wymowę, że jego pomysłodawcy, chcąc uniknąć ryzyka ewentualnej nieważności, nie określili dla niego żadnego progu wymaganej frekwencji.

Kolejne, czwarte z rzędu referendum krajowe – zainicjowane przez prezydenta i zaakceptowane przez Senat między pierwszą i drugą turą wyborów prezydenckich – odbyło się 6 września 2015 r. Było referendum nieważnym z powodu nieprzekroczenia wymaganego dla jego ważności progu 50% frekwencji<sup>85</sup>. Pomyślane jako element kampanii prezydenckiej po wyborze prezydenta przestało polityków interesować. Jedno z jego pytań, po uchwaleniu przez parlament stosownej nowelizacji ordynacji podatkowej, w dniu głosowania było już bezprzedmiotowe.

Inne podejmowane ogólnokrajowe inicjatywy referendalne, mające za przedmiot energetykę jądrową, prawo do aborcji i karę śmierci, nigdy nie weszły w fazę realizacji. Ze względu już tylko na w swoim czasie nadany im medialny rozgłos nie sposób pominąć odrzuconych przez Sejm wniosków o przeprowadzenie referendów: pierwszego, mającego powstrzymać rządzącą koalicję przed podniesieniem wieku emerytalnego (związki zawodowe zgromadziły pod nim około 2,5 mln podpisów) i drugiego, nazywanego edukacyjnym, będącego próbą cofnięcia od lat prowadzonych reform w szkolnictwie (pod hasłem *Ratuj Maluchy* kierowani przez małżeństwo Elbanowskich zgromadzili pod wnioskiem około 1 mln podpisów).

## Referenda lokalne w Polsce

Nieporównanie częściej przeprowadzane były w Polsce referenda lokalne. Najczęstsze wśród nich są referenda odwoławcze. Ich liczba, ważność i skuteczność wzrastają z kadencji na kadencję<sup>86</sup>. Najniższa średnia referendalna frekwencji charakteryzowała I kadencję samorządu (13,78%), średnie dla każdej kolejnej były nieco wyższe od poprzedniej i dla wszystkich łącznie sięgnęły około 18%. Ich skuteczność przekroczyła 10%. W kadencji 2010–2014 tylko w jej pierwszych dwóch latach – do końca października 2012 r. zorganizowano 55 referendów odwoławczych<sup>87</sup>. W pierwszej połowie kadencji 2010–2014 – do października 2012 r. – uczestniczyło w nich 13,99% uprawnionych<sup>88</sup>. A im bliżej kolejnych samorządowych wyborów, tym czę-

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Frekwencja wyniosła tylko 7,8%. *PKW ogłosiła wyniki referendum 2015*, [online] <[www.gazetawroclawska.pl](http://www.gazetawroclawska.pl)> (dostęp: 10.09.2015).

<sup>86</sup> A. Janus, op. cit., s. 90–97. Zob. też A.K. Piasecki, *Referenda w III RP*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2005.

<sup>87</sup> Państwowa Komisja Wyborcza, *Wybory samorządowe w toku kadencji 2010–2014. Zakończone wybory i referenda*, [online] <[www.kadencja.pkw.gov.pl](http://www.kadencja.pkw.gov.pl)> (dostęp: 20.12.2012).

<sup>88</sup> Ibidem.



stość ich przeprowadzania zwiększała się. Co pozwala domniemywać, że traktowane były – wbrew funkcjom, jakie były z nimi łączone – jako swego rodzaju wyprzedzenie i przedłużenie zbliżającej się wyborczej kampanii i, co nie bez znaczenia, w jej postaci personalnie adresowanej i negatywnej.

Nowym zjawiskiem są ważne i skuteczne referenda odwoławcze przeprowadzone w tak dużych miastach, jak m.in. Częstochowa (listopad 2009) i Łódź (styczeń 2010). Ale chyba najbardziej znaczące było warszawskie referendum z października 2013 r. w sprawie odwołania prezydent Hanny Gronkiewicz-Waltz. We wszystkich przypadkach były to referenda ujawniające dzielące lokalne polityczne elity szczególnie silne konflikty personalne, w niektórych przypadkach (np. w Częstochowie) z nakładającymi się na nie podziałami ideologicznymi. Bardzo aktywnie angażowały się w nie również centralne kierownictwa głównych partii politycznych, co ich wynikiom nadało znaczenie wyraźnie ponadlokalne.

Niezależnie od tych trzech okoliczności w referendach mamy do czynienia z wykorzystywaniem przez ich organizatorów odwoływania się do naruszenia bardzo doraźnych interesów elektoratu. Interesy te to m.in. w Elblągu podniesienie czynszów mieszkaniowych, a w Warszawie spiętrzone trudności komunikacyjne związane z budową drugiej linii metra oraz zapowiedzi podwyżki cen biletów komunikacji miejskiej i opłat za odbiór śmieci.

Rzadziej przeprowadzane są referenda w sprawie samoopodatkowania się mieszkańców (do 2010 r. było ich mniej niż 100), za to średnia frekwencja była w nich znacznie wyższa niż w referendach odwoławczych, wyższa była też ich skuteczność. Najrzadziej były organizowane referenda w tzw. innych sprawach, np. lokalizacji wysypisk śmieci lub spalarni odpadów. Najgłośniejsze z takich referendów i jedyne o zasięgu wojewódzkim dotyczyło przebiegu obwodnicy Augustowa<sup>89</sup>.

Anna Janus, z której ustaleń w szerokim zakresie tutaj korzystamy, w końcowym podsumowaniu poświęconej referendum pracy zdaje się wskazywać więcej ich wad niż zalet:

- w raczej ograniczonym stopniu naprawdę obywatelsko mobilizują;
- jak już mobilizują, to też polaryzują istniejące podziały i zaostrzają konflikty;
- tych, których mobilizują, to mobilizują na „nie”, wykluczają kompromisy, wymuszają wybory w rodzaju „za” lub „przeciw”;
- dają ich organizatorom bardzo duże możliwości socjotechnicznej (marketingowej) manipulacji;
- niewiele w nich waży prawa mniejszości<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> D. Uhlig, J. Medek, *Podlasie ma głos*, „Gazeta Wyborcza” z 24 lutego 2007 r.

<sup>90</sup> A. Janus, op. cit., s. 116–117.

Do wyliczenia tego dodalibyśmy łatwość manipulacji głosującymi. Oto co, opierając się na wynikach badań opinii szwajcarskich wyborców, ma w tej materii do powiedzenia Wolf Linder: „propaganda ma bardzo zróżnicowany wpływ na wyniki głosowań. W przypadku tzw. predysponowanych projektów, które głosujący oceniają zgodnie z własnym doświadczeniem, moralnymi przekonaniami i interesami, jak np. w odniesieniu do pytania, czy podczas jazdy samochodem należy zapinać pasy bezpieczeństwa, propaganda na niewiele się zda. Inaczej jest w przypadku projektów niepredysponowanych; wielu wyborców nie potrafi umiejscowić nowych czy złożonych problemów (np. dotyczących kwestii polityki finansowej federacji czy technologii genetycznej) w obszarze swoich wartości czy interesów. W takich przypadkach płatna propaganda, wpływająca na wyborcę za pomocą asocjacyjnych i emocjonalnych stymulatorów, sytuuje projekt dokładnie tam, gdzie chce”<sup>91</sup>. A poddanym takim manipulacjom wybierającym podsunęte im odpowiedzi jedynie wydaje się, że wybierają samodzielnie. Zaczyna w ten sposób zacieierać się granica między demokracją bezpośrednią i przedstawicielską.

Na plus referendum odwoławczych zapisalibyśmy ich narzucające się skojarzenie z ciągłym nadzorem<sup>92</sup>, jako jednym z pięciu składowych poliarchii R.A. Dahla. Ale to w praktyce bardziej nadzór sprawowany przez inicjatorów i organizatorów takich referendum niż przez same uczestniczące w nich lokalne zbiorowości. A tymi nadzór najbardziej realnie sprawującymi, w przypadku referendum odwoławczych, z reguły są albo przegrani z wcześniejszych wyborów, albo polityczni rokoszanie, albo polityczna opozycja. Wszyscy oni są stronnicy, pełni resentymentów i chodzi im o przygotowanie warunków – polegające na swego rodzaju „wyczyszczeniu” przestrzeni z władzę sprawujących – dla możliwie szybkiego przejęcia władzy po odwołanych. Wyborcy to w ich ręku tylko narzędzie w zabieganiu o władzę.

## Literatura

- Applebaum A., *Jak Rosja miesza w Europie*, „Gazeta Wyborcza” z 16–17 kwietnia 2016 r.  
Bachman K., *Prezent Komorowskiego dla Dudy*, „Gazeta Wyborcza” z 4–5 lipca 2015 r.  
Canovan M., *Populizm*, [w:] O. Wysocka (red.), *Populizm*, Wyd. UW, Warszawa 2010.  
Cześnik M., A. Kwiatkowska, R. Markowski, *Między nami ignorantami*, „Polityka” z 27 kwietnia – 3 maja 2016 r.  
Dahl R.A., *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs Inc., New Jersey 1963.  
Drzewiecki R., *Politycy nas ograli*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 8 września 2015 r.  
Finley M.I., *Polityka w świecie starożytnym*, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak” – Fundacja im. Stefana Batorego, Kraków – Warszawa 2001.

<sup>91</sup> W. Linder, *Blaski i cienie...*, s. 19–20.

<sup>92</sup> Przy czym tymi, którzy taki nadzór faktycznie sprawują, są częściej organizatorzy referendum niż sami głosujący.

- Fleming D.E., *Democracy's Ancient Ancestors. Mari and Early Collective Governance*, University Press, Cambridge 2008.
- Habermas J., *Zrozumieć Irlandczyków*, „Dziennik. Europa” z 12 lipca 2008 r.
- Herman H.M., *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady i ideologia*, Wyd. DiG, Warszawa 1999.
- Isakhan R., *Re-thinking Middle Eastern Democracy: Lessons from Ancient Mesopotamia*, [online] <www.newcastle.edu.au>.
- Jabłoński M., *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Wyd. UWr, Wrocław 2001.
- Janus A., *Referendum w Polsce. Od plebiscytu do społecznej samoorganizacji*, Wydział Nauk Społecznych UWr, Wrocław 2008, s. 64 (niepublikowana rozprawa doktorska).
- Kaase M., *Interpersonal Trust, Political Trust and Non-institutionalised Political Participation in Western Europe*, „West European Politic” 199, vol. 22, nr 3.
- Kondzińska A., Szpala I., *W potrzasku referendum*, „Gazeta Wyborcza” z 22–23 sierpnia 2015 r.
- Koselleck R., *Krytyka i kryzys. Studium patogenezy świata mieszczańskiego*, Respublika NOVA, Warszawa 2015.
- Laclau E., *Co oznacza populizm?*, [w:] O. Wysocka (red.), *Populizm*, Wyd. UW, Warszawa 2010.
- Laclau E., *Rozum populistyczny*, Wyd. Nauk. Dolnośląskiej Szkoły Wyższej, Wrocław 2009.
- Lasota I., *Moje referendalne pięć groszy*, „Rzeczpospolita. Plus Minus” z 29–30 sierpnia 2015 r.
- Linder W., *Demokracja szwajcarska*, Wyd. Wyższej Szkoły Pedagogicznej, Rzeszów 1996.
- Linder W., *Blaski i cienie demokracji bezpośredniej*, [w:] W. Linder i in. (red.) *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, Wyd. Semper, Warszawa 2011.
- Lolo R., *Jak imć pan Dzierżyśław postował. O parlamentaryzmie staropolskim*, „Pomocnik Historyczny. Polityka” z 26 sierpnia 2006 r.
- Lutz G., *Inicjatywa obywatelska, jako metoda kontroli politycznej w Szwajcarii*, [w:] W. Linder i in. (red.) *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, Wyd. Semper, Warszawa 2011.
- Ładomirski A., *Słowo wstępne*, [w:] M. Grant, *Gladiatorzy*, Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 1987.
- Moeckli S., *Demokracja bezpośrednia w stanach federalnych USA*, [w:] W. Linder i in. (red.) *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, Wyd. Semper, Warszawa 2011.
- Moskalewicz M., Dura J., *Krytyka i kryzys: diagnoza choroby w stadium terminalnym*, [w:] F. Koselleck, *Krytyka i kryzys. Studium patogenezy świata mieszczańskiego*, Respublika NOVA, Warszawa 2015.
- Osica O., *Kolejna rysa czy początek końca*, „Tygodnik Powszechny” z 29 czerwca 2008 r.
- Ossowski S., *Koncepcje ładu społecznego i typy przewidywań*, [w:] idem: *O osobliwościach nauk społecznych*, PWN, Warszawa 1962.
- Piasecki A.K., *Referenda w III RP*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2005.
- Podolak M., *Referenda w Europie Środkowej i Wschodniej*, [w:] M. Barański (red.), *Modernizacja polityczna w teorii i praktyce. Doświadczenia państw postsocjalistycznych i Trzeciego Świata*, Wyd. Nauk. Śląsk, Katowice 2008.

- Premia dla Szwajcara*, „Polityka” z 29 października – 5 listopada 2013 r.
- Rousseau J.J., *Umowa społeczna*, [w:] idem, *Umowa społeczna. Uwagi o rządzie polskim. List o widowiskach*, PWN, Warszawa 1966.
- Shils E.A., *Udręka tajemnicy: populizm*, [w:] O. Wysocka (red.), *Populizm*, Wyd. UW, Warszawa 2010.
- Siedlecka E., *Wkurzenie zamiast demokracji*, „Gazeta Wyborcza” z 27–28 czerwca 2015 r.
- Skarżyńska K., *Człowiek a polityka. Zarys psychologii politycznej*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2005.
- Sroka J., *Deliberacja i zarządzanie wielopasmowe. Teoria i praktyka*, Wyd. UWr, Wrocław 2009.
- Staniszki J., *Władza globalizacji*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2003.
- Szaniawski K., *Plus ratio quam vis. Wykład inauguracyjny wygłoszony w Uniwersytecie Warszawskim*, „Kultura” z 11 października 1981 r.
- Szymanek J., *Ciągłość i zmiana konstytucyjnych systemów rządów: egzemplifikacja ewolucji w systemach politycznych*, [w:] J. Szymanek, M. Kaczorowska, A. Rothert, *Ewolucja, dewolucja, emergencja w systemach politycznych*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2007.
- Szwajcarzy przeciwko ograniczeniu wysokich wynagrodzeń prezesów*, [online] <www.wyborcza.pl>.
- Tukidydes, *Wojna peloponeska*, Ossolineum, Wrocław 1991.
- Uhlig D., Medek J., *Podlasie ma głos*, „Gazeta Wyborcza” z 24 lutego 2007 r.
- Vatter A., *Demokracja bezpośrednia w Szwajcarii: historia, debaty, skutki*, [w:] W. Linder i in. (red.) *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, Wyd. Semper, Warszawa 2011.
- Wiles P., *Syndrom, nie doktryna: kilka podstawowych tez o populizmie*, [w:] O. Wysocka (red.), *Populizm*, Wyd. UW, Warszawa 2010.

## Summary

### *The institution of referendum as a legal expression of the populist nature of direct democracy*

**Key words:** direct democracy, populism, people, referendum, political community, state.

Direct democracy is mentioned in several articles of the Polish Constitution. The authors pay special attention to this form of direct democracy, which is a referendum. They point to the close relationship between referenda and populism. They argue that referenda are less a direct and universal form of exercising power, but, above all, they are a tool for implementing the often populist postulates expressed by politicians.

**Magdalena Fedorowicz**

Katedra Prawa Finansowego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

## **Nadzorcze *soft law* nowej generacji w sektorze bankowym w świetle art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe**

### **Uwagi wstępne**

W doktrynie prawa rynku finansowego, w szczególności prawa bankowego, prowadzona jest dyskusja nad miejscem i znaczeniem, a także rolą funkcjonalnych, miękkich źródeł prawa bankowego i ich miejsca oraz funkcji w systemie prawa bankowego<sup>1</sup>. To jednak wejście w życie Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego i rozpoczęcie działalności przez ESA<sup>2</sup> w zakresie

---

<sup>1</sup> Szeroko na ten temat w literaturze przedmiotu zob. E. Fojcik-Mastalska, *Podstawowe źródła prawa bankowego po nowelizacji*, „Prawo Bankowe” 2002, nr 4, s. 52 i nast.; R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Zakamycze 2006, s. 46 i nast.; C. Kosikowski, *Nowe prawo rynku finansowego Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Warszawa 2016, s. 32; A. Jurkowska-Zeidler, *Prawo Unii Bankowej*, [w:] ibidem, s. 84 i nast.; M. Lemonnier, *Rola badań porównawczych i interdyscyplinarnych w kwestiach rynku i nadzoru finansowego*, [w:] ibidem, s. 51 i nast.; E. Rutkowska, *Charakter prawny uchwał Komisji Nadzoru Finansowego (norm ostrożnościowych)*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław 2009, s. 153–154; M. Olszak, *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok 2011, s. 94; D. Wojtczak-Samoraj, *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1, s. 58 i nast.; M. Fedorowicz, *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 150 i nast. Z ostatnich interesujących prac na ten temat wymienić należy: M. Olszak, *Regulacje systemu finansowego w Unii Europejskiej a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – wybrane zagadnienia*, „Studia Europejskie” 2016, nr 4, s. 188 i nast.; T. Nieborak, *Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej*, „Przegląd Zachodni” 2017, nr 2, s. 205 i nast.; idem, *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego a proces ekonomizacji prawa*, Poznań 2016, *passim*.

<sup>2</sup> Unijni nadzorcy nad rynkiem finansowym UE (*European Supervisory Authorities* – ESA): Europejski Organ Nadzoru Bankowego, ESMA; Europejski Organ Nadzoru nad Giełdą i Papierami Wartościowymi, EIOPA; Europejski Organ Nadzoru nad Ubezpieczeniami i Pracowniczymi Programami Emerytalnymi.

wydawania wytycznych i zaleceń na mocy art. 16 rozporządzenia o EBA<sup>3</sup> nakazało dogłębną analizę wpływu *soft law* na funkcjonowanie sektora bankowego. Warto podkreślić, że w Polsce w związku z działalnością EBA wprowadzony został art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe<sup>4</sup>, zgodnie z którym przy wykonywaniu swoich zadań Komisja Nadzoru Finansowego uwzględnia wytyczne i zalecenia Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego. W przypadku nieuwzględnienia wytycznych lub zaleceń Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego Komisja Nadzoru Finansowego podaje powody ich nieuwzględnienia. A skoro, zgodnie z art. 133 ustawy – Prawo bankowe, celem nadzoru jest zapewnienie zgodności działania banków m.in. z ww. ustawą i rozporządzeniem CRR<sup>5</sup>, to w procesie kontroli i nadzoru istotne są również wytyczne i zalecenia EBA. Trzeba jednak podkreślić, że zmiana ta została poprzedzona wykorzystaniem na gruncie polskiego prawa bankowego interesującej konstrukcji „przejęcia wytycznych i zaleceń do stosowania” przez banki czy nadzorców<sup>6</sup>.

Banki respektują również rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego (KNF) wydawane na gruncie art. 137 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo bankowe. Komisja może wydawać rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami. Rekomendacje te, jak już ustalono w doktrynie, nie stanowią aktów prawa powszechnie wiążącego, nie są również aktami prawa wewnątrznie wiążącego, a poszanowanie tych rekomendacji jako swoistych aktów *soft law* przez instytucje kredytowe wiąże się z autorytetem organu nadzorczego wydającego te akty<sup>7</sup>. Rekomendacje kreują modele działania banków wobec konkretnych typów ryzyk, gdyż służą prawidłowej ocenie i dotyczą prawidłowego zabezpieczenia przed tymi ryzykami<sup>8</sup>. Powszechnie przyjmuje się, że rekomendacje stanowią zbiór zasad dobrych praktyk w określonym zakresie, a zwłaszcza – najtrafniej – są wskazaniem przez KNF pożądanego sposobu prowadzenia przez bank działalności w tych przypadkach, gdy przepisy prawa nie regulują tego lub czynią to

<sup>3</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (*European Banking Authority* – EBA), zmiany decyzji nr 716/2009/WE oraz uchylenia decyzji Komisji 2009/78/WE (Dz. Urz. UE L 331 z 15 grudnia 2010 r., s. 12 z późn. zm.); dalej jako rozporządzenie o EBA.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., nr 1876).

<sup>5</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. U. UE L z dnia 27 czerwca 2013 r., nr 176, s. 1); dalej jako rozporządzenie CRR.

<sup>6</sup> M. Fedorowicz, op. cit., s. 204 i nast.

<sup>7</sup> Szerzej M. Olszak, *Bankowe normy ostrożnościowe...*, s. 120 i m.in. T. Czech, *Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, „Przeгляд Prawa Publicznego” 2009, nr 11, s. 63–80.

<sup>8</sup> J. A. Krzyżewski, *Rekomendacje nadzorcze – charakter prawny i zakres mocy obowiązującej*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 7/8, s. 114.

w sposób niewystarczająco dookreślony, a istnieją przesłanki do ukształtowania dobrej praktyki rynkowej w określonym obszarze działalności<sup>9</sup>. Rekomendacje wykazują, jak podkreśla się w doktrynie, postulatywny charakter, dotyczą prawidłowej i optymalnej organizacji oraz funkcjonowania gospodarki finansowej<sup>10</sup>. Mają zatem niewiążący charakter i uwzględniać mogą (i powinny) również *soft law* nadzorcze innych podmiotów (Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego, EBA czy innych funkcjonalnie tematycznie powiązanych wytycznych organów unijnego nadzoru finansowego).

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie doktrynalnej odpowiedzi na pytania o normatywne podstawy *soft law* nadzorczego EBA w Polsce i ich prawne konsekwencje w procesie stosowania tego nadzorczego *soft law*, o jego zakres tematyczny, wpływ na działalność banków oraz funkcje, jakie pełni w systemie prawa bankowego. Przy czym warto podkreślić, że proponowany cel stanowi zarazem próbę rekonstrukcji ustalonych przez EBA nadzorczych wzorców zaleconego postępowania dla banków. Dla rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu jest również istotne udzielenie odpowiedzi na pytanie o interakcje między postanowieniami art. 133 ust. 1a oraz art. 137 pkt 5 ustawy – Prawo bankowe, w ramach którego do funkcji regulacyjnej KNF należy obecnie wydawanie rekomendacji dotyczących dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami.

Konieczność usunięcia uchwał KNF jako instrumentów kształtowania bankowych norm ostrożnościowych, skoro są one regulowane aktami prawa UE bezpośrednio skutecznymi i stosowanymi, takimi jak m.in. rozporządzenie CRR oraz z uwagi na możliwości konstytucyjne polskiego systemu źródeł prawa, była zauważona i gruntownie analizowana w doktrynie<sup>11</sup>. Przyjętą w opracowaniu metodą badawczą jest metoda dogmatycznoprawna.

## Istota nadzorczego *soft law* Europejskiego Organu Nadzoru Bankowego

Jak wiadomo, pojęcie *soft law* oznacza miękkie prawo i tak zarówno w prawie międzynarodowym, jak i europejskim odnaleźć można liczne analizy

---

<sup>9</sup> Z rekomendacji U dotyczącej dobrych praktyk w zakresie *bancassurance*, czerwiec 2014 r., s. 4, [online] <[https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacja\\_U\\_38338.pdf](https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacja_U_38338.pdf)> (dostęp: 29.10.2017).

<sup>10</sup> L. Góral, *Nadzór bankowy*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 629.

<sup>11</sup> Zob. zwłaszcza M. Olszak, *Zmiany dotychczasowych rozwiązań prawnych w zakresie nadzoru nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej – wybrane problemy*, [w:] C. Kosikowski (red.), *Przyszłość Unii Europejskiej w świetle jej ustroju walutowego i finansowego*, Białystok 2013, s. 268.

i monografie na ten temat<sup>12</sup>. Nie powielając już doktrynalnej dyskusji w tym obszarze, a wykorzystując jej ustalenia, dodać jednak trzeba, że obecnie *soft law* uchwalane przez EBA dla sektora bankowego i przyjmowane na mocy art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe do krajowego porządku prawnego przybiera charakter nowatorski, co warto określić mianem *soft law* nowej generacji. Powodem takiego stanowiska jest, po pierwsze, fakt, iż wytyczne i zalecenia EBA oraz kompetencje do jego uchwalania zostały ustanowione w art. 16 bezpośrednio skutecznego i stosowalnego rozporządzenia o EBA, po drugie, że stosowanie *soft law* przez krajowych nadzorców odbywa się zgodnie z mechanizmem *act or explain* („działaj lub wyjaśnij”)<sup>13</sup>, uregulowanym również w art. 16 rozporządzenia o EBA. Mechanizm ten nakłada na krajowych nadzorców obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytanie o stosowanie lub odmowę stosowania wytycznych, natomiast jeśli jest to wymagane w wytycznej lub w zaleceniu, również instytucje finansowe mają obowiązek „jasno i szczegółowo” poinformować EBA, czy będą się stosować do wytycznej lub zalecenia. Po trzecie, że słuszne są koncepcje, prezentowane zwłaszcza w niemieckiej nauce prawa rynku finansowego, dotyczące możliwości ujęcia *soft law* rynku finansowego w ramach koncepcji *safe harbour*<sup>14</sup>. Wszystko to sprawia, że nadzorcze *soft law* wymusza swoje stosowanie<sup>15</sup>. Warto też podkreślić, że również pozostałe, obok EBA, unijne organy nadzoru na rynku finansowym, czyli ESMA<sup>16</sup> i EIOPA<sup>17</sup>, dysponują analogiczną kompetencją do wydawania aktów *soft law*, dla których posłuch wymuszony jest na mocy dewizy *act or explain*.

<sup>12</sup> Zob. m.in. L. Senden, *Soft law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, „Electronic Journal of Comparative Law” 2005, vol. 9, *passim*; K. Michel, *Die neue europäische Bankenaufsichtsbehörde*, „Die Öffentliche Verwaltung” 2011, nr 18, s. 732; N. Foster, *EU Law*, Oxford 2009, s. 124; J. Supernat, *Miejsce i znaczenie soft law w prawie publicznym Unii Europejskiej*, [w:] J. Boć, A. Chajbrowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 439–445.

<sup>13</sup> Szerzej zob. m. in. A. Kern, *Reforming European Financial Supervision: Adapting EU institutions to market structures*, ERA-Forum: „Scripta Iuris Europei” 2011, vol. 12, nr 2, *passim*; M. Lehmann, C. Manger-Nestler, *Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2010, nr 3, *passim*.

<sup>14</sup> A. Frank, *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden 2012, s. 186, 188 i 189.

<sup>15</sup> M. Fedorowicz, *op. cit.*, s. 151 i nast.

<sup>16</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1095/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Gield i Papierów Wartościowych), zmiany decyzji nr 716/2009/WE i uchylenia decyzji Komisji 2009/77/WE (Dz. Urz. UE L 331 z dnia 15 grudnia 2010, s. 84 z późn. zm.).

<sup>17</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1094/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych), zmiany decyzji nr 716/2009/WE i uchylenia decyzji Komisji 2009/79/WE (Dz. Urz. UE L 331 z 15 grudnia 2010 r., s. 48 z późn. zm.).



Zresztą, jak wskazuje sam nadzorca unijny, istotą wytycznych EBA jest to, że przedstawiają stanowisko EBA w sprawie odpowiednich praktyk nadzoru w ramach Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego lub tego, jak należy stosować prawo europejskie w konkretnym obszarze. W związku z tym EBA oczekuje od wszystkich właściwych organów i instytucji finansowych, do których skierowane są wytyczne, stosowania się do nich. Właściwe organy określone w art. 4 ust. 2 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 powinny stosować się do wytycznych poprzez wprowadzenie ich odpowiednio do swoich praktyk (np. poprzez dostosowanie swoich ram prawnych lub procesów nadzorczych), również jeżeli wytyczne są skierowane przede wszystkim do instytucji. Wytyczne EBA kierowane do nadzorców lub instytucji finansowych na podstawie art. 16 rozporządzenia o EBA mają na celu ustanowienie spójnych, wydajnych i skutecznych praktyk nadzorczych oraz zapewnienie wspólnego, jednolitego i spójnego stosowania prawa UE.

Ujęcie w tytule opracowania *soft law* jako *soft law* nadzorczego hołduje stanowisku, zgodnie z którym dokonana zmiana paradygmatu regulacyjnego na tym rynku koncentruje się właśnie na podejściu nadzorczym. W istocie rzeczy miękkie prawo, stanowiące swoiste dopełnienie norm prawnych, ma charakter nadzorczy i stanowić może wzorzec kontroli w procesie kontrolno-nadzorczym z jednej strony<sup>18</sup>, z drugiej odgrywać może znaczącą rolę w procesie kształtowania ram *governance*, choć wcale nie musi odbywać się to kosztem samoregulacji<sup>19</sup>. Nadzorcze *soft law* wspiera zatem procesy integracyjne na rynku usług finansowych i ideę samoregulacji<sup>20</sup>, pełni również funkcje w procesie uelastyczniania przepisów nadzorczych i doprecyzowywania, konkretyzowania szczegółowych wzorców postępowania dla banków, które kształtowane są w dużym stopniu za pomocą *soft law*.

Zwłaszcza to drugie z wymienionych zadań stanowi interesujący pomysł na wykorzystanie dorobku regulacyjnego EBA, przede wszystkim w sytuacji skorzystania przez krajowego nadzorcę z mechanizmu *act or explain*<sup>21</sup> i wy-

<sup>18</sup> M. Fedorowicz, op. cit., s. 167.

<sup>19</sup> Por. M. Menkes, *Governance gospodarczy – studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2016, s. 178 i nast. W podobnym duchu zob. również T. Czech, *Zasady ładu korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych – status prawny*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 2, s. 68–85.

<sup>20</sup> D. Wojtczak-Samoraj, *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1, *passim*.

<sup>21</sup> Idea analizowania *soft law* i ujmowania w kategoriach *governance* zob. M. Menkes, op. cit., s. 44 i nast. Uznać trzeba, że procesy globalizacyjne, niedawny kryzys finansowy, trwająca na różnych szczeblach decyzyjnych dyskusja na temat efektywności i jakości regulacji prawnych, a także filozofii leżącej u podstaw tworzonych koncepcji i teorii prawniczych, pojawiające się zjawisko inflacji prawa wiążącego powodują, że poszukuje się nowych zasad współpracy regulacyjnej i metod osiągania zbieżności regulacyjnej między wszystkim uczestnikami dyskursu prawnego odbywającego się zarówno na szczeblu międzynarodowym, unijnym, jak i krajowym. Stworzono swoistą metakoncepcję z zakresu *governance* gospodarczego i wskazano na jej użyteczność i aplikowalność dla wielu obszarów prawa, w tym i prawa finansowego.

korzystania zdolności samoregulacyjnych poszczególnych instytucji kredytowych. Odbywa się to choćby na gruncie art. 9 w związku z art. 9f ustawy – Prawo bankowe, na mocy których w każdym banku ma istnieć system zarządzania, a sposób funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej określa Minister Finansów w drodze rozporządzenia<sup>22</sup>. Oczywiście użycie formy prawnej rozporządzenia oznacza, że samoregulacja odbywająca się w bankach ma swoje normatywne, wyrażone w rozporządzeniu ograniczenia. Trzeba jednak wskazać, że właśnie w zakresie elementów składowych systemu zarządzania w nowym rozporządzeniu banki mają znaczne możliwości samoregulacyjne, co przejawia się choćby w elemencie stworzenia takiego systemu zarządzania, który będzie realizował cel zgodności działania banku z przepisami prawa, regulacjami wewnętrznymi i standardami rynkowymi (art. 9c ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo bankowe). Zgodnie bowiem z § 2 rozporządzenia z 2017 r., podstawą funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i kontroli wewnętrznej jest strategia zarządzania bankiem i strategia zarządzania ryzykiem, polityk, procedur i planów, a także odpowiednie ich analizy. Ponadto w strategiach znaleźć powinny się również następujące elementy: szacowanie kapitału wewnętrznego i dokonywanie przeglądów strategii i procedur szacowania kapitału wewnętrznego i utrzymywanie poziomu funduszy własnych na poziomie nie niższym niż oszacowany kapitał wewnętrzny banku, polityka wynagrodzeń oraz procedury anonimowego zgłaszania naruszeń prawa oraz obowiązujących w banku procedur i standardów etycznych.

System zarządzania ryzykiem i system kontroli wewnętrznej występować powinny, zgodnie z § 3 rozporządzenia z 2017 r., na trzech niezależnych poziomach, co jest zgodne z wytycznymi wskazanymi przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego w Wytycznych w sprawie zarządzania wewnętrznego (GL 44) z 2011 r. oraz wytycznymi Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego wskazanymi w *Corporate governance principles for banks* z 2015 r.

Obok wytycznych i zaleceń EBA uwzględnianych, a więc stosowanych przez KNF w procesie kontroli i nadzoru, może również zaistnieć potrzeba odwoływania się do rekomendacji KNF, które należąc do *soft law* z jednej strony, mogą w swojej treści odnosić się równie (i często tak jest) do wytycznych i zaleceń EBA, często wskazując nawet pierwszeństwo zastosowania określonych wytycznych. Przy czym trzeba przypomnieć, że obok EBA, ESMA i EIOPA twórcą wytycznych może być choćby Bazylejski Komitet ds. Nadzoru Bankowego. Ilustrując te zależności, warto w tym miejscu przywołać chociażby Rekomendację H odnoszącą się do systemu kontroli wewnętrz-

<sup>22</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 6 marca 2017 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej, polityki wynagrodzeń oraz szczegółowego sposobu szacowania kapitału wewnętrznego w bankach (Dz. U. z 2017 r., nr 637); dalej jako rozporządzenie MF z 2017 r.

nej w bankach z kwietnia 2017 r., w której przewidziano, iż „postanowienia niniejszej Rekomendacji mają pierwszeństwo w stosowaniu przed postanowieniami w zakresie kontroli wewnętrznej, o których mowa w innych rekomendacjach i wytycznych KNF”<sup>23</sup>.

## **Wzorce postępowania banku rekonstruowane z wytycznych Europejskiego Organu Nadzoru Bankowego**

W ślad za poglądem o możliwości stworzenia wzorca nadzorczego pożądanego postępowania dla banków, można przedstawić szereg aktów *soft law* EBA. Jak już podkreślono, w procesie kontroli i nadzoru prowadzonego przez KNF uwzględniane są wytyczne i zalecenia EBA, o ile KNF nie zastosował mechanizmu *act or explain*. Oznacza to, że w każdej sferze będącej przedmiotem kontroli można uwzględniać *soft law* nadzorcze EBA. Wskazówkę w tym zakresie daje również art. 133 ust. 2 ustawy – Prawo bankowe, zgodnie z którym czynności podejmowane w ramach nadzoru bankowego polegają w szczególności na dokonywaniu oceny sytuacji finansowej banków, w tym badaniu wypłacalności, jakości aktywów, płynności płatniczej, wyniku finansowego banków; badaniu jakości systemu zarządzania bankiem, w szczególności systemu zarządzania ryzykiem oraz systemu kontroli wewnętrznej; badaniu zgodności udzielanych kredytów, pożyczek pieniężnych, akredytyw, gwarancji bankowych i poręczeń oraz emitowanych bankowych papierów wartościowych z obowiązującymi w tym zakresie przepisami; badaniu zabezpieczenia i terminowości spłaty kredytów i pożyczek pieniężnych; badaniu przestrzegania limitów, o których mowa w art. 79a, oraz limitów, o których mowa w art. 395 rozporządzenia nr 575/2013, jak też ocenie procesu identyfikacji, monitorowania i kontroli koncentracji ekspozycji, w tym dużych ekspozycji; badaniu przestrzegania przez bank, określonych przez KNF norm dopuszczalnego ryzyka w działalności banków, zarządzania ryzykiem prowadzonej działalności, w tym dostosowania do rodzaju i skali działalności banku procesu identyfikacji i monitorowania ryzyka oraz sprawozdawania o ryzyku; dokonywaniu oceny szacowania, utrzymywania i przeglądu kapitału wewnętrznego; czy badaniu wykonywania przez banki obowiązków, o których mowa w art. 56a, 59a, 59b, 92ba-92bd i 111c ustawy – Prawo bankowe.

We wszystkich wyszczególnionych obszarach konieczne jest zatem uwzględnianie wytycznych i zaleceń EBA, w uszczegółowieniu regulacji

---

<sup>23</sup> Zob. [online] <[https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf\\_170534\\_Rekomendacja\\_H\\_2017\\_50303.pdf](https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_170534_Rekomendacja_H_2017_50303.pdf)> (dostęp: 29.10.2017).

CRR/ CRD IV<sup>24</sup> i ustawy – Prawo bankowe. Sformułowanie, że KNF „uwzględni” te wytyczne i zalecenia w sytuacji, w której nie zastosował mechanizmu *act or explain*, oznacza w istocie obowiązek po stronie KNF zastosowania wzorców wyrażonych w *soft law* EBA dla pełnego zrekonstruowania normy prawnorynkowej mającej zastosowanie w danej sytuacji, gdzie oczywiście jej zasadniczy trzon normatywny powstaje z odnośnych regulacji rozporządzenia CRR i dyrektywy CRD IV oraz ustawy – Prawo bankowe, a uszczegółowienie normatywnych treści wiążących aktów prawa UE i krajowego, określenie sposobu realizacji wynikających stąd obowiązków odbywać się może właśnie za pomocą *soft law*. Należy jednak podkreślić, że pełny wzorzec normatywny wyznaczany jest rozporządzeniami unijnymi czy podlegającymi implementacji dyrektywami, a także – coraz częściej i chętniej – regulacyjnymi i technicznymi standardami wykonawczymi, czyli tzw. BTS-ami (ang. *Binding Technical Standards*), przy tworzeniu których znaczącą i praktycznie decydującą rolę odgrywają ESA (a zwłaszcza EBA). W niniejszym opracowaniu przede wszystkim jednak zwraca się uwagę na znaczenie oraz wieloobszarowość nadzorczego *soft law* EBA, a także uporządkowanie zakresu materii poruszanej przez EBA w wytycznych i zaleceniach.

Wzorzec idealnego banku, idealnej instytucji kredytowej w świetle analizowanych wytycznych i zaleceń EBA wyznaczają następujące elementy treściowe.

Po pierwsze, wytyczne dotyczące transparentnego działania instytucji kredytowej i poszanowania obowiązku ujawnień, a także chroniącej konsumenta rynku usług finansowych oraz stosującej nadzór nad innowacjami finansowymi oraz zagwarantowanie bezpiecznych i skutecznych usług płatniczych w Unii Europejskiej. Dobrym przykładem takiego podejścia są m.in. wytyczne EBA z 19 sierpnia 2015 r. dotyczące zaległości w spłacie i egzekucji z nieruchomości, które obejmują doprecyzowanie wymogów dotyczących polityk i procedur wczesnego wykrywania i rozwiązywania trudności w spłacaniu, jak również np. wytyczne EBA z 22 marca 2016 r. odnoszące się do zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej<sup>25</sup>, zalecające testowanie i monitorowanie produktu. Wytyczne te uszczegóławiają ramy solidnego i odpowiedzialnego projektowania produktu oraz dystrybucji przez wytwórców i dystrybutorów. Wzorzec ten można określić mianem wzorca transparentnie działającej instytucji kredytowej, postępującej zgodnie z polityką ujawnień oraz chroniącej konsumenta rynku usług finansowych.

<sup>24</sup> Dyrektywa nr 2013/36/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE (Dz. U. UE L z dnia 27 czerwca 2013 r. nr 176, s. 338), dalej dyrektywa CRD IV.

<sup>25</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1412678/EBA-GL-2015-18-Guidelines+on+product+oversight+and+Governance\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1412678/EBA-GL-2015-18-Guidelines+on+product+oversight+and+Governance_PL.pdf)> (dostęp: 30.10.2017).

Po drugie, wytyczne dotyczące ograniczania ryzyk w działalności instytucji kredytowych, które są związane przede wszystkim z regulacją CRR/CRD IV i wskazują, w jaki sposób nadzorcy i podmioty nadzorowane powinny wypełniać obowiązki wyrażone w aktach prawa wiążącego. W tym przypadku wytyczne są różnej wielkości i głębokości oraz szczegółowości regulacyjnej. Składają się nań zarówno przepisy doprecyzowujące normy regulacji CRR/CRD IV, jak i obszernie dokumenty dotyczące sprawozdawczości. Tytułem przykładu wskazać można tutaj zmienione wytyczne EBA z 29 lutego 2016 r. w sprawie dookreślenia wskaźników globalnego znaczenia systemowego i ujawniania tych wskaźników<sup>26</sup>, jak też wytyczne EBA z 21 czerwca 2017 r. w sprawie ujawniania wskaźnika pokrycia wypływów netto<sup>27</sup>, zalecające realizację przez instytucje kredytowe obowiązku ujawniania informacji na temat zarządzania ryzykiem płynności i wskaźnika pokrycia wypływów netto. Wskazane wytyczne odzwierciedlałyby wzorzec postępowania i realizacji przez banki norm ostrożnościowych z regulacji CRR/CRD IV.

Po trzecie, wytyczne dotyczące systemu gwarantowania depozytów, a więc dookreślające zachowania instytucji kredytowej przygotowanej do zadań związanych z uruchamianiem systemu gwarantowania depozytów. W tym miejscu wymienić należy wytyczne EBA z 22 września 2015 r. w sprawie metod obliczania składek na rzecz systemów gwarancji depozytów<sup>28</sup>, których celem jest stworzenie gwarancji, by koszt finansowania SGD co do zasady ponosiły same instytucje kredytowe i by możliwości finansowe SGD były proporcjonalne do ich zobowiązań, tudzież wsparcie ograniczania skłonności instytucji kredytowych do podejmowania nadmiernego ryzyka poprzez obciążanie wyższymi składkami bardziej ryzykownych. Podobne cele i treści odzwierciedlane są zarówno w wytycznych EBA z 11 września 2015 r. na temat zobowiązań do zapłaty określonych w dyrektywie 2014/49/UE w sprawie systemów gwarancji depozytów<sup>29</sup>, jak i w wytycznych EBA z 19 października 2016 r. w sprawie testów warunków skrajnych systemów gwarancji depozytów w ramach dyrektywy 2014/49/UE<sup>30</sup> oraz w wytycznych EBA z 8 czerwca 2016 r. w sprawie umów o współpracy między systemami

<sup>26</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1388596/EBA-GL-2016-01+Revised+GLs+for+the+identification+of+G-SIIs\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1388596/EBA-GL-2016-01+Revised+GLs+for+the+identification+of+G-SIIs_PL.pdf)> (dostęp: 30.10.2017).

<sup>27</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1885725/Guidelines+on+L-CR+disclosure+%28EBA-GL-2017-01%29\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1885725/Guidelines+on+L-CR+disclosure+%28EBA-GL-2017-01%29_PL.pdf)> (dostęp: 30.10.2017).

<sup>28</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1199246/EBA-GL-2015-10\\_GL+on+Calculation+of+Contributions+DGS\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1199246/EBA-GL-2015-10_GL+on+Calculation+of+Contributions+DGS_PL.pdf)> (dostęp: 29.10.2017).

<sup>29</sup> Zob. [online] <<https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1187205/EBA-GL-2015-09+GL+on+payment+commitments+-+PL.pdf>> (dostęp: 29.10.2017).

<sup>30</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1627818/EBA-GL-2016-04+GL+on+DGS+stress+test\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1627818/EBA-GL-2016-04+GL+on+DGS+stress+test_PL.pdf)> (dostęp: 29.10.2017).

gwarancji depozytów w ramach dyrektywy 2014/49/UE<sup>31</sup>. Wytyczne te konkretyzują sposób postępowania banków w razie zagrożenia upadłością i konieczności stosowania procedur bankowych przed dokonaniem wypłat gwarantowanych środków z Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

Po czwarte, słusznie stanowiące obszerną grupę wytyczne EBA dotyczące zarządzania kryzysowego w sektorze bankowym (finansowym). Na uwagę zasługują zwłaszcza wytyczne EBA z dnia 18 lipca 2014 r. w sprawie rodzajów scenariuszy, które należy uwzględnić w planach naprawy<sup>32</sup>, zalecające instytucjom kredytowym w uszczegółowieniu dyrektywy 2014/59/UE sporządzenie przynajmniej trzech scenariuszy w bardzo trudnej sytuacji finansowej i makroekonomicznej oraz rekomendujące treść tych scenariuszy. Wzorzec instytucji kredytowej przygotowanej do radzenia sobie z trudnościami w czasie potencjalnego kryzysu finansowego wyznaczany jest również w wytycznych EBA z dnia 11 września 2014 r. w sprawie rodzajów testów, ocen lub działań mogących doprowadzić do zastosowania środków wsparcia zgodnie z art. 32 ust. 4 lit. d ppkt (iii) dyrektywy w sprawie działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji banków, w których rekomenduje się określone rodzaje testów, ocen i działań, które mogą skutkować stwierdzeniem niedoborów kapitału mogących kwalifikować się do objęcia dokapitalizowaniem ze środków publicznych bez uruchomienia uporządkowanej likwidacji<sup>33</sup>. Ponadto do tej grupy wytycznych zaliczyć należy wytyczne EBA z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie minimalnego wykazu jakościowych i ilościowych wskaźników planu naprawy<sup>34</sup>, w których zaleca się instytucjom kredytowym, aby plany naprawy zawierały szczegółowe informacje na temat procesu podejmowania decyzji w sprawie uruchomienia planu naprawy, który stanowi istotny element struktury zarządzania. Zgodnie z tymi wytycznymi instytucje powinny uwzględnić w planie naprawy co najmniej następujące obowiązkowe kategorie planu naprawy: wskaźniki kapitałowe, wskaźniki płynności, wskaźniki rentowności, wskaźniki jakości aktywów, wskaźniki rynkowe, wskaźniki makroekonomiczne. W grupie restrukturyzacyjnych wytycznych znajdują się także wytyczne EBA z dnia 29 lipca 2015 r. w sprawie kryteriów wczesnej interwencji<sup>35</sup>, czyli wyjaśniające wymogi, do których powinny stosować się właściwe organy przy określaniu progów dla

<sup>31</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1485534/EBA-GL-2016-02+-Guidelines+on+cooperation+agreements+between+DGSs\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1485534/EBA-GL-2016-02+-Guidelines+on+cooperation+agreements+between+DGSs_PL.pdf)> (dostęp: 29.10.2017).

<sup>32</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/984909/EBA\\_2014\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/984909/EBA_2014_PL.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>33</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/986331/EBA\\_2014\\_PL.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/986331/EBA_2014_PL.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>34</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1147256/EBA-GL-2015-02\\_PL\\_Guidelines+on+recovery+plans+indicators.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1147256/EBA-GL-2015-02_PL_Guidelines+on+recovery+plans+indicators.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>35</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1151520/EBA-GL-2015-03-+PL\\_GL+on+early+intervention+measures.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1151520/EBA-GL-2015-03-+PL_GL+on+early+intervention+measures.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

wskaźników finansowych i wskaźników ryzyka, które będą standardowo monitorowane w ramach procesu przeglądu i oceny nadzorczej, zgodnie z wytycznymi w sprawie przeglądu i oceny nadzorczej, oraz procedury stosowane w przypadku przekroczenia tych progów, jak również wytyczne EBA z dnia 7 sierpnia 2015 r. dotyczące konkretnych okoliczności, w przypadku których można mówić o poważnym zagrożeniu dla stabilności finansowej, oraz elementów dotyczących skuteczności instrumentu zbycia działalności przewidzianych w art. 39 ust. 4 dyrektywy 2014/59/UE<sup>36</sup> czy wytyczne EBA z dnia 7 sierpnia 2015 r. w sprawie ustalenia, kiedy zgodnie z art. 42 ust. 14 dyrektywy 2014/59/UE likwidacja aktywów lub zobowiązań w ramach standardowego postępowania upadłościowego może mieć negatywny wpływ na co najmniej jeden rynek finansowy<sup>37</sup>, tudzież wytyczne EBA z dnia 6 sierpnia 2015 r. dotyczące interpretacji różnych okoliczności, w których instytucja jest uznawana za będącą na progu upadłości lub zagrożoną upadłością na mocy art. 32 ust. 6 dyrektywy 2014/59/UE<sup>38</sup>. W ramach wskazanej czwartej grupy wytycznych punkt ciężkości położono na zapewnienie, aby instytucja kredytowa eliminowała ryzyko systemowe, wspomagała restrukturyzację i była przygotowana na problemy makroostrożnościowe. Mimo że EBA jest organem nadzoru mikroostrożnościowego, to jednak z uwagi na potrzebę doprecyzowania wielu pojęć i kryteriów z dyrektywy 2014/59/UE<sup>39</sup> stała się nadzorczą wspomagającym ERRS.

Z dokonanego, wybranego jedynie na potrzeby niniejszego opracowania, zestawienia wyłania się obraz nadzorczego *soft law*, które ma pomóc instytucji kredytowej w określonym sposobie realizacji obowiązków wynikających z aktów prawa bankowego UE, ze szczególnym uwzględnieniem starań w zakresie nadzoru nad nowymi produktami finansowymi oraz związaną z tym ochroną klienta rynku usług finansowych przez informację i politykę ujawnień, w zakresie prawidłowego zarządzania ryzykiem w działalności bankowej oraz przygotowania na kryzysowe zarządzanie w sytuacjach skrajnych. Wyznaczane są w ten sposób określone wzorce zalecanego postępowania banków w zrekonstruowanych, wskazanych grupach zagadnień. Wzorce

<sup>36</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156647/EBA-GL-2015-04\\_PL\\_GL+sale+of+business+tool.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156647/EBA-GL-2015-04_PL_GL+sale+of+business+tool.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>37</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156565/EBA-GL-2015-05\\_PL\\_GL+on+asset+separation+tool.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156565/EBA-GL-2015-05_PL_GL+on+asset+separation+tool.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>38</sup> Zob. [online] <[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156219/EBA-GL-2015-07\\_PL\\_GL+on+failing+or+likely+to+fail.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1156219/EBA-GL-2015-07_PL_GL+on+failing+or+likely+to+fail.pdf)> (dostęp: 28.10.2017).

<sup>39</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 173 z 12 czerwca 2014 r., s. 190).

te z jednej strony wspomagają banki w prawidłowej realizacji ich praw i obowiązków, z drugiej strony natomiast mogą wspierać zdolności samoregulacyjne i integracyjne instytucji, chociaż mogą także podlegać włączeniu do regulacji wiążących prawnie<sup>40</sup>.

## Uwagi końcowe

Funkcje nadzorczego *soft law* na rynku finansowym, w tym w będącym przedmiotem analizy niniejszego opracowania sektorze bankowym, wyrażają się w funkcji integracyjnej i uszczegóławiającej sposób realizacji praw i obowiązków przez banki, praw i obowiązków wyrażonych w rozporządzeniu CRR i dyrektywie CRD IV, a także unormowanych w ustawie – Prawo bankowe. Za pomocą nadzorczego *soft law* unijny nadzorca rynku bankowego EBA ustala również wzorce postępowania dla banków.

Nadzorcze *soft law* wpływa zatem na dookreślenie wzorca kontroli, jest istotne w procesie wypełniania norm prawa rynku finansowego nadzorczą treścią, jak też w procesie interpretacji i wykładni norm tego rynku, a jednocześnie służy przyszłej normatywizacji określonych stanów czy sytuacji na rynku finansowym, które wcześniej w niewiążącej, miękkiej formule są sprawdzane jako normy zalecanego postępowania, zanim staną się prawem powszechnie wiążącym. Normy *soft law* mogą również służyć jako materiał regulacyjny, swoisty wzorzec do rozwijania w bankach *corporate governance* i polityki *compliance*, zwłaszcza w sytuacji, w której z różnych względów nadzorca krajowy podejmuje decyzję o nieuwzględnianiu *soft law* i korzysta z mechanizmu *act or explain*.

Innym wnioskiem jest możliwość wykorzystania *soft law* nadzorczego EBA do budowania i poszerzania wewnątrzorganizacyjnych zasad *corporate governance*, gdzie istnieje możliwość zarówno bezpośredniego przeszczepienia *soft law*, jak i pośredniego wykorzystania jako budulca dla dookreślenia poszczególnych instytucji *corporate governance* w bankach. I jakkolwiek zależności te były już zauważane i komentowane w literaturze, to warto zaznaczyć, że współcześnie tak *soft law* nadzorcze, jak i rozporządzenie MF z 2017 r. tworzą znaczne możliwości w tym zakresie, zwłaszcza w tych obszarach, które pozostają na styku z możliwościami samoregulacyjnymi banków.

Powstaje jeszcze kwestia znaczenia postanowień art. 133. ust. 1a ustawy – Prawo bankowe dla systemu źródeł prawa bankowego. Uważać można, że nieskorzystanie przez KNF z mechanizmu *act or explain* pozwala na przyjęcie, że akty *soft law* EBA stają się funkcjonalną i uwzględnianą częścią źródeł polskiego prawa bankowego, zwłaszcza jeśli zawierają normy ostroż-

<sup>40</sup> M. Fedorowicz, op. cit., s. 165.



nościowe<sup>41</sup>, a wzorce zachowania banków czy instytucji finansowych doprecyzowywane przez *soft law* podlegają kontroli i nadzorowi ze strony nadzorca krajowego, gdyż ich główna regulacja unormowana jest w rozporządzeniu CRR i dyrektywie CRD IV. Z kolei zastosowanie mechanizmu *act or explain* nie pozbawia jeszcze możliwości stosowania *soft law* przez instytucje finansowe, bowiem mogą one uwzględniać *soft law* – w zależności od jego tematyki – albo w ramach polityki *governance* czy *compliance*, albo w ramach idei samoregulacji posługiwać się nim jako budulcem, choćby w celu realizacji postanowień art. 9 ustawy – Prawo bankowe. Warto też zauważyć, że w rekomendacjach KNF ujmowane są wytyczne EBA, a wówczas istotne może się okazać zapewnienie spójności w zakresie wytycznych. Tytułem przykładu w rekomendacji KNF dotyczącej transakcji płatniczych znalazło się stwierdzenie, że: „Rekomendacja nie narusza postanowień zawartych w Rekomendacjach SecuRePay i EBA/GL/2014/12, ale w niektórych obszarach potwierdza i wzmacnia ich postanowienia”<sup>42</sup>. Oznacza to, że zadaniem krajowego nadzorca jest zapewnienie spójności między różnymi źródłami *soft law* i ich swoiste „godzenie” zarówno w zakresie treści, jak i potencjalnych skutków właśnie w rekomendacjach.

Wskazane wzorce postępowania instytucji kredytowej mieszczą się w zasadzie w standardzie realizacyjnym europejskiej sieci stabilności finansowej, są to bowiem wytyczne z zakresu restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji, wytyczne z zakresu gwarantowania depozytów, wytyczne związane ściśle ze sposobem realizacji norm ostrożnościowych przez instytucje kredytowe, jak też sposobem realizacji obowiązków informacyjnych, gdzie pomagają w doprecyzowaniu określonych pojęć i terminów, od których jest m.in. uzależniony zakres obowiązków informacyjnych.

Podstawowym wyzwaniem i zadaniem KNF jest zapewnianie spójności między *soft law* pochodzącym z rekomendacji na podstawie art. 137 pkt 5 ustawy – Prawo bankowe (które adresowane jest do instytucji kredytowych) i *soft law* EBA uwzględnianym na mocy art. 133 ust. 1a ustawy – Prawo bankowe (adresowanym do krajowych organów nadzorczych i instytucji kredytowych) czy rekomendacji EBC dotyczących bezpieczeństwa płatności internetowych i rekomendacji Bazylejskiego Komitetu ds. Nadzoru Bankowego. Uwzględnianie wytycznych EBA może odbywać się w rekomendacjach KNF, ale w konkretnych sytuacjach nieprzestrzeganie tych niewiążących instrukcji może tworzyć negatywne następstwa w razie kontroli czy procesów nadzorczych, może bowiem dotyczyć niewłaściwego sposobu realizacji obowiązku przez instytucje finansowe, który wynika właśnie z wytycznych

<sup>41</sup> R. Kaszubski, op. cit., s. 32 i nast.

<sup>42</sup> Zob. [online] <[www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/REKOMENDACJA\\_dot\\_bezpieczenstwa\\_transakcji\\_platniczych\\_43526.pdf](http://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/REKOMENDACJA_dot_bezpieczenstwa_transakcji_platniczych_43526.pdf)> (dostęp: 6.11.2017).

czy też niewłaściwej rekonstrukcji normy prawnorynkowej. Brak poszanowania dla wytycznych EBA, jak przedstawiono również za pomocą prezentacji najważniejszych wątków materialnych ujmowanych przez *soft law* EBA, oznacza w konkretnej sytuacji brak należytego i profesjonalnego wykonania obowiązków przez instytucje zaufania publicznego, jakimi są banki. Takie podejście może tworzyć budulec interpretacyjny w sferze prywatnoprawnej, istotny w procesie oceny profesjonalnego i należytego zachowania przedsiębiorcy. Można czysto teoretycznie podjąć rozważania – choć przypadki takie będą zapewne niezmiennie rzadkie – i wyobrazić sobie sytuację, gdy KNF odmówiło stosowania *soft law*, a instytucja kredytowa realizuje określone wytyczne i zalecenia EBA np. w ramach samoregulacji, co może stanowić o dowodowym wzmocnieniu pozycji procesowej czy przypisaniu wyższego standardu stosowania dobrych praktyk przez tę instytucję nie tyle w sytuacjach związanych z nakładaniem sankcji, skoro KNF odmówiła stosowania i uwzględniania tych wytycznych EBA, ile w relacjach pomiędzy bankami czy (z uwagi na rozszerzalność analogicznych podstaw normatywnych ESMA i EIOPA) innymi instytucjami finansowymi, gdzie istotne jest wykazanie miary „dołożenia należytej staranności” przez podmioty profesjonalne, którymi są banki i inne instytucje finansowe.

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że działalność regulatorów unijnych, krajowych, w tym w zakresie nadzorczego *soft law*, ukierunkowana jest na uaktywnienie zdolności samosanacyjnych instytucji kredytowej i ograniczenie korzystania z pieniędzy publicznych. Odbywa się to często kosztem inflacji przepisów prawa na rynku finansowym, ale w tym przypadku uznać trzeba, że jest to koszt, który należy ponieść w celu utrzymania stabilności finansowej na rynku finansowym i ograniczenia odpowiedzialności za trudności obserwowane w sektorze tylko do uczestników tego sektora.

## Literatura

- Czech T., *Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 11.
- Czech T., *Zasady ładu korporacyjnego dla instytucji nadzorowanych – status prawny*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 2.
- Fedorowicz M., *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Fojcik-Mastalska E., *Podstawowe źródła prawa bankowego po nowelizacji*, „Prawo Bankowe” 2002, nr 4.
- Foster N., *EU Law*, Oxford 2009.
- Frank A., *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden 2012.
- Góral L., *Nadzór bankowy*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005.

- Jurkowska-Zeidler A., *Prawo Unii Bankowej*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Warszawa 2016.
- Kaszubski R., *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Zakamycze 2006.
- Kern A., *Reforming European Financial Supervision: Adapting EU institutions to market structures*, ERA-Forum: „Scripta Iuris Europei” 2011, vol. 12, nr 2.
- Kosikowski C., *Nowe prawo rynku finansowego Unii Europejskiej*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Warszawa 2016.
- Krzyżewski J. A., *Rekomendacje nadzorcze – charakter prawny i zakres mocy obowiązującej*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 7/8.
- Lehmann M., Manger-Nestler C., *Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2010, nr 3.
- Lemonnier M., *Rola badań porównawczych i interdyscyplinarnych w kwestiach rynku i nadzoru finansowego*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Warszawa 2016.
- Menkes M., *Governance gospodarczy – studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2016.
- Michel K., *Die neue europäische Bankenaufsichtsbehörde*, „Die Öffentliche Verwaltung” 2011, nr 18.
- Nieborak T., *Tworzenie i stosowanie prawa rynku finansowego a proces ekonomizacji prawa*, Poznań 2016.
- Nieborak T., *Soft lex, sed lex? O nowych formach regulacji rynku finansowego Unii Europejskiej*, „Przegląd Zachodni” 2017, nr 2.
- Olszak M., *Bankowe normy ostrożnościowe*, Białystok 2011.
- Olszak M., *Zmiany dotychczasowych rozwiązań prawnych w zakresie nadzoru nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej – wybrane problemy*, [w:] C. Kosikowski (red.), *Przyszłość Unii Europejskiej w świetle jej ustroju walutowego i finansowego*, Białystok 2013.
- Olszak M., *Regulacje systemu finansowego w Unii Europejskiej a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – wybrane zagadnienia*, „Studia Europejskie” 2016, nr 4.
- Rutkowska E., *Charakter prawny uchwał Komisji Nadzoru Finansowego (norm ostrożnościowych)*, [w:] E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe*, Wrocław 2009.
- Senden L., *Soft law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, „Electronic Journal of Comparative Law” 2005, vol. 9.
- Supernat J., *Miejsce i znaczenie soft law w prawie publicznym Unii Europejskiej*, [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009.
- Wojtczak-Samoraj D., *Soft law i mechanizmy nielegislacyjne jako instrumenty integracji rynku usług bankowych Unii Europejskiej*, „Monitor Prawa Bankowego” 2012, nr 1.

## Summary

### ***Supervisory soft law of the new generation on the banking sector in the light of the Art. 133 sec. 1a of the Polish Banking Law***

**Key words:** supervisory *soft law*, European Banking Authority, EBA guidelines, banking supervision.

The aim of this paper is to find an doctrinal answer to the normative foundation of the supervisory soft law on the Polish banking sector and its legal consequences in the process of the supervisory soft law application, its content and influence, which it should have and play a significant role on the banking sector and especially to the interpretation and functions of the provisions based in Art. 133 sec. 1a of Polish Banking Law, comparing to the provisions based in Art. 137 par. 5 of Polish Banking Law. In this paper will be also analysed the recommended pattern of the credit institutions set out in recommendations and guidelines of the European Banking Authority.

**Edyta Sokalska**

Katedra Historii Państwa i Prawa

Wydział Prawa i Administracji UWM

## ***The Uniform Commercial Code z 1952 r.*** **w amerykańskim dyskursie akademickim** **lat pięćdziesiątych XX wieku**

### **Wstęp**

Amerykańska kultura prawna jest zjawiskiem bardzo złożonym, podlegającym przez lata różnorodnym modyfikacjom, a wypracowana formuła państwowości i jej ewolucja wywierała niejednokrotnie wpływ na kierunki rozwoju prawa federalnego i stanowego. System prawa amerykańskiego oraz innych państw, które w pewnej mierze wyrosły z angielskiej tradycji prawnej z racji kolonizowania przez Brytyjczyków nowych terenów, określa się mianem *common law* w odróżnieniu od systemów prawnych Europy kontynentalnej<sup>1</sup>. Podstawowe założenia i zasady *common law* w początkowej fazie posiadały zatem przede wszystkim angielskie korzenie. Ugruntowały je w Stanach Zjednoczonych *Komentarze* Williama Blackstone'a, które były podstawowym źródłem wiedzy prawniczej dla amerykańskich prawników<sup>2</sup>. Wraz z napływającymi do Nowego Świata kolonistami przybywały też zwyczaje prawne i tradycja w tym zakresie. Równoległe z rozwojem gospodarczym kolonii zaistniała potrzeba uregulowania stosunków społecznych. Tworzący się amerykański system prawa pewne zasady recypował z brytyjskiego systemu prawnego, niektóre rozwiązania jednak nie pasowały do nowej rzeczywistości społecznej i gospodarczej, więc uległy odrzuceniu bądź pewnym

---

<sup>1</sup> Zob. szerzej o kierunkach rozwoju amerykańskiego *common law*: G. Hughes, *Common Law Systems*, [w:] A. B. Morrison (red.), *Fundamentals of American Law*, New York 2004, s. 9–25.

<sup>2</sup> Więcej o Williamie Blackstone zob. E. Sokalska, *Rediscovering Blackstone: wpływ Williama Blackstone'a na rozwój amerykańskiej nauki prawa w recepcji Alberta W. Alschulera*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2017, nr 14(3), s. 175–186; o wpływie brytyjskiej tradycji prawnej na rozwój prawa amerykańskiego zob. idem, *The Influence of British Law Tradition on the American Legal System*, [w:] B. Sitek, J.J. Szczerbowski, A.W. Baukneht (red.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Newcastle 2013, s. 152–165.

zmianom. Federalny charakter państwa i jego zasady ugruntowane przez Konstytucję z 1787 r. w znaczącej mierze wpłynęły na rodzącą się w nowym państwie kulturę prawną. Z pewnością istotną rolę w rozwoju amerykańskiej tradycji prawnej odegrała wojna o niepodległość, która doprowadziła ostatecznie do krystalizacji amerykańskiego państwa. Stany Zjednoczone do dzisiaj szczycą się pierwszą, a jednocześnie najstarszą na świecie konstytucją, uchwaloną 17 września 1787 r. przez zebraną w Filadelfii Konwencję<sup>3</sup>. Należy więc przyznać, że widoczny zdaje się być tu pewien wypracowany indywidualizm w zakresie szeroko pojętej kultury prawnej.

Cztery główne źródła kształtują amerykański system prawny: prawo konstytucyjne (*constitutional law*), prawo stanowione (*statutory law*), regulacje władz administracyjnych oraz *common law*. Prawo federalne i stanowe musi być w zgodzie z przepisami konstytucyjnymi. W sytuacji, gdy Sąd Najwyższy uzna, iż Kongres wydał akt prawny, który nie jest zgodny z Konstytucją, akt ten będzie uchylony<sup>4</sup>.

Prawo federalne, którego podstawą jest amerykańska Konstytucja, historycznie delegowało rządowi federalnemu specjalne uprawnienia skupiające się na takich obszarach, jak sprawy militarne, sprawy zagraniczne (w tym przede wszystkim zawieranie układów międzynarodowych), poczta, cła czy sprawy monetarne. Wraz z rozwojem uprzemysłowienia oraz zmianami społecznymi i gospodarczymi prawo federalne zaczęło wkraczać w nowe dziedziny, takie jak telekomunikacja, przemysł farmaceutyczny, postępowanie antymonopolowe czy patenty<sup>5</sup>. Równocześnie w połowie XX wieku pojawiła się potrzeba ujednoczenia prawa stanowego w pewnych kwestiach. Zajęły się tym głównie dwa ośrodki skupiające niekwestionowane autorytety z dziedziny prawa: American Law Institute oraz National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Owocem ich pracy stał się m.in. *Model Penal Code* oraz *Uniform Commercial Code*. American Law Institute opracowywał również *restatements*, używane przez prawników i sędziów w celu ujednoczenia zasad *common law*. Kierownikiem projektu był Herbert Wechester, którego zadaniem było doprowadzenie do powstania kodeksu w zakresie prawa karnego, który uaktualni i znormalizuje ogólnie przyjęte praktyki i zasady. Celem podjętych działań było jednocześnie stymulowanie i współdziałanie

<sup>3</sup> Literatura amerykańska dotycząca ponadczasowości Konstytucji USA jest bardzo bogata, zob. np. M. Tushnet, *Why the Constitution Matters*, New Haven – London 2010, passim; jak też recenzję D. Lis-Staranowicz, E. Sokalska, *Mark Tushnet, Why the Constitution Matters, Published by Yale University Press, New Haven and London 2010*, ss. 187, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 5(112), s. 187–191.

<sup>4</sup> Szerzej o amerykańskim systemie prawa zob. np. W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3<sup>rd</sup> ed., St. Paul 2002, passim; J.V. Calvi, S. Coleman, *American Law and Legal Systems*, 6<sup>th</sup> ed., Upper Saddle River 2009, passim.

<sup>5</sup> O historii i rozwoju amerykańskiego prawa patentowego zob. E. Sokalska, *The Historical Background of the United States Patent Law*, „Law and Forensic Science” 2014, vol. 7, s. 124–139.

z legislaturami stanowymi w kierunku modernizacji prawa karnego w Stanach Zjednoczonych. *Model Penal Code* ostatecznie powstał w 1962 r. Biorąc pod uwagę rozwój orzecznictwa w poszczególnych stanach, w kodeksie tym zawarto zasady, które American Law Institute uważał za najbardziej pożądane w amerykańskim systemie prawa karnego. W 1981 r. zawartość kodeksu została dość znacząco zmodyfikowana<sup>6</sup>.

Po długotrwałych pracach nad unifikacją prawa handlowego w 1952 r. doszło do powstania *Uniform Commercial Code*, który stał się przedmiotem ożywionej dyskusji akademickiej w latach pięćdziesiątych XX w. Właśnie ten dyskurs prawniczy będzie tematem poniższych rozważań. Na wstępie zostaną przedstawione działania w kierunku kodyfikacji prawa handlowego, a w dalszej części różne podejścia do zawartości wspomnianego kodeksu z perspektywy amerykańskich jurystów i akademików. Literatura przedmiotu dotycząca kodyfikacji amerykańskiego prawa handlowego jest dość bogata. Można tu wymienić m.in. publikacje, których autorami byli Frederick K. Beutel<sup>7</sup>, Robert Braucher<sup>8</sup>, Carl Felsenfeld<sup>9</sup> i Grant Gilmore<sup>10</sup>. Wypada w tym momencie zauważyć, iż nie wszyscy znawcy prawa zgadzali się w kwestii konieczności procesu unifikacji prawa handlowego w skali kraju, jak też ewentualnej zawartości przyszłego kodeksu.

## **Rozwój prac nad kodyfikacją prawa handlowego w USA w połowie XX wieku**

Prawo handlowe, będąc jedną z gałęzi prawa prywatnego, wywodzi się z prawa cywilnego. Na skutek potrzeby uregulowania cywilnoprawnego obrotu profesjonalnego w ustawodawstwach typu kontynentalnego z reguły ujmowane jest w odrębne kodeksy, zazwyczaj określane handlowymi. Korzeni prawa handlowego można doszukiwać się w klasycznym rzymskim prawie zobowiązań. Z czasem w Europie podejmowano próby odrębnego traktowania

---

<sup>6</sup> D. Wolitz, *Herbert Wechester, Legal Process and the Jurisprudence Roots of the Model Penal Code*, „Tulsa Law Review” 2015, vol. 51, s. 633–687; H. Wechester, *The Challenge of a Model Penal Code*, „Harvard Law Review” 1952, vol. 65, s. 1097–1133.

<sup>7</sup> F.K. Beutel, *Interpretation, Construction, and Revision of the Commercial Code: The Presumption of Holding in Due Course*, „Washington University Law Quarterly” Dec. 1966, vol. 4; idem, *The Proposed Uniform Commercial Code as a Problem in Codification*, „Law and Contemporary Problems” 1951, vol. 16.

<sup>8</sup> R. Braucher, *The Uniform Commercial Code – Documents of Title*, „University of Pennsylvania Law Review” 1954, vol. 102(7); idem, *The Legislative History of the Uniform Commercial Code*, „American Business Law Journal” May 1964, vol. 2.

<sup>9</sup> C. Felsenfeld, *But the Proposed Uniform (?) Commercial Code Was Adopted*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 1992, vol. 26(597).

<sup>10</sup> G. Gilmore, *The Uniform Commercial Code: A Reply to Professor Beutel*, „Yale Law Review” 1952, vol. 61.

tej gałęzi prawa, zaś do jego pełnej emancypacji doszło ostatecznie pod wpływem intensywnego rozwoju gospodarczego w XIX wieku. Prawo handlowe jako zespół norm prawa prywatnego reguluje organizację podmiotów stosunków gospodarczych oraz podejmowanych przez te podmioty czynności handlowych.

Według Ronalda J. Rapsona prawo handlowe w szerszym rozumieniu zawiera regulacje odnoszące się do wszelkich transakcji handlowych i biznesowych, włączając w to również normy, które dotyczą ochrony praw konsumentów. W nieco węższym rozumieniu prawo handlowe oznacza zbiór, jakim jest *Uniform Commercial Code*, tj. prawo stanowe mające zastosowanie we wszystkich jednostkach administracyjnych, jakimi są poszczególne stany. Prawo handlowe rozumiane natomiast w kontekście najszerszym rozciąga się daleko poza *Uniform Commercial Code*<sup>11</sup>.

Patrząc z perspektywy historycznej, początkowo źródło prawa handlowego stanowiły zasady tworzone przez sędziów – *common law*. Określane było to w literaturze przedmiotu jako prawo kupieckie (*law merchant*). Widoczne są tu tradycje przejęte z brytyjskiego systemu prawnego, gdzie decyzje sędziów pełniły rolę precedensów. Prawo handlowe, podobnie jak inne gałęzie prawa (*torts, contracts*), nie było prawem stanowionym i rozwijało się różnie w poszczególnych stanach, co przysparzało wielu nieporozumień i problemów bankom, korporacjom finansowym i rozwijającemu się biznesowi. Stąd zespół przygotowujący kodeks handlowy musiał stawić czoło dwóm podstawowym problemom. Po pierwsze, prawo dotyczące transakcji handlowych było niepewne, gdyż stanowiło kompilację decyzji sędziowskich i okazjonalnych statutów, różniąc się w zależności od stanu. Po drugie, dostrzegano, iż w tak szybko zmieniających się warunkach transakcje handlowe w Stanach Zjednoczonych nie mogą nadal opierać się na przestarzałych brytyjskich zasadach *common law*<sup>12</sup>. Wraz z rozwojem amerykańskiej ekonomii i złożonością transakcji handlowych pojawiła się nagła potrzeba stworzenia holistycznego podejścia, którego rezultatem byłoby wprowadzenie w życie nowego prawa w aspekcie federalnym i stanowym. Należało rozwiązać szczegółowe problemy z różnych dziedzin powiązanych z przemysłem, bankowością, zabezpieczeniem kredytów konsumentów czy transportem. Część norm prawnych była kształto-

---

<sup>11</sup> „Consumer transactions are generally those affecting personal, family, or household matters. In narrower but still very broad sense *commercial law* means the *Uniform Commercial Code*, which is a state law that is in effect in all the states. Commercial law in the broadest sense extends far beyond the UCC” – D.J. Rapson, *Commercial Law*, [w:] A.B. Morrison (red.), *Fundamentals of American Law*, New York 2004, s. 365.

<sup>12</sup> „First, the law of commercial transactions was an uncertain mixture of case decisions and occasional statutes, and second, commercial law was not uniform from state to state and a more abstract level, there was a growing concern that increasingly fast-paced world of commercial transactions in America could not be longer fettered by the common law and its old English rules of offer/ acceptance, consideration, writing requirements, and the »mailbox rule«” – D.E. Litowitz, *Preface*, [w:] idem (red.), *Perspectives on the Uniform Commercial Code*, Durham 2007, s. 13.



wana przez nadzorujące rynek agencje federalne. Stany również wprowadzały regulacje dotyczące wielu sfer<sup>13</sup>. W połowie XX wieku prawo odnoszące się do transakcji handlowych było fragmentaryczne i niescalone, różne w poszczególnych stanach, co odzwierciedlało funkcjonowanie zasad *common law* w amerykańskim systemie prawnym i zdawało się być dość anachroniczne.

*Uniform Commercial Code* był długofalowym projektem realizowanym przez American Law Institute oraz National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Prace rozpoczęto już w latach czterdziestych XX wieku. Ostateczna wersja kodeksu została sporządzona na początku lat pięćdziesiątych, a publikacja miała miejsce w 1952 r. Wśród wiodących amerykańskich naukowców pracujących nad kodeksem znaleźli się m.in. Grant Gilmore, William A. Schnader i Karl N. Llewellyn<sup>14</sup>. Użyty w nazwie termin *code* (kodeks) oznaczał, że był to akt prawny mający w perspektywie regulować cały obszar prawa handlowego, czyli zbiór przepisów zawierający prawa i regulacje dotyczące handlu, transakcji, umów i porozumień w tym zakresie<sup>15</sup>.

*Uniform Commercial Code* został podzielony na dziesięć sekcji określonych mianem *articles*. Pierwsza zawierała przepisy ogólne, definicje oraz zasady interpretacji. Kolejne sekcje obejmowały główne komponenty działalności handlowej<sup>16</sup>. W tekście kodeksu podkreślono cel powstania zbioru, którym miało być uproszczenie, ujednoczenie oraz aktualizacja prawa dotyczącego transakcji gospodarczych, zezwolenie na upowszechnienie praktyk z dziedziny gospodarczej poprzez zgodę na nie i używanie ich przez strony stosunków handlowych. Kodeks miał jednocześnie dokonać ujednoczenia prawa w kontekście różnych jurysdykcji stanowych<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Donald J. Rapson stwierdza, iż „as a matter of American constitutional law, a federal statute preempts a state law governing the same subject. Sometimes, however, the federal statute does not deal with a particular question or expressly defers to state law, in which event it is necessary to consult state law, either statutory or common law” – D.J. Rapson, *Commercial Law...*, s. 366.

<sup>14</sup> Więcej na temat wymienionych osób zob. F.R. Shapiro, *The Most Cite Legal Scholars*, „Journal of Legal Studies” 2000, nr 29(1), s. 409–426.

<sup>15</sup> Szerzej na temat historii działalności legislacyjnej związanej z kodeksem zob. R. Braucher, *The Legislative History of the Uniform Commercial Code*, op.cit., s. 137–154.

<sup>16</sup> Art. 2 – sales of goods; art. 3 – commercial paper (promissory notes and drafts); art. 4 – bank deposits and collections (banks and banking, check collection process); art. 5 – documentary letters of credit (transactions involving letters of credit); art. 6 – bulk transfers (auctions and liquidations of assets); art. 7 – warehouse receipts, bills of lading and other documents of title (storage and bailment of goods); art. 8 – investments securities (securities and financial assets); art. 9 – secured transactions, sales of accounts, contract rights and chattel paper (transactions secured by security interests); art. 10 – effective date and repealer; American Law Institute, *Uniform Commercial Code: Official Draft 1952*, 1952.

<sup>17</sup> Zob. art 1 General Comment of National Conference of Commissioners on Uniform States Laws and the American Law Institute, *1957 Official Text of the Uniform Commercial Code*, American Law Institute 1957; więcej na temat zawartości kodeksu zob. E. Sokalska, *Historical Background and the Main Ideas of the American Uniform Commercial Code of 1952*, „Law and Forensic Science” Nov. 2016(1), vol. 11, s. 103–109.

American Law Institute oraz National Conference of Commissioners on Uniform State Laws utworzyły stały komitet redakcyjny (*editorial board*), który dokonywał oficjalnych komentarzy i publikował artykuły dotyczące kodeksu. W istocie *Uniform Commercial Code* nie był aktem prawnym, lecz zawierał rekomendowane regulacje i przepisy, które powinny być recypowane przez poszczególne jednostki administracyjne państwa. Jednakże organy stanowe miały możliwość adaptacji przepisów *Uniform Commercial Code*, a nawet mogły nanosić pewne zmiany. Harmonizacja przepisów prawnych dotyczących sprzedaży i innych transakcji handlowych była celem nadrzędnym. Część stanów przyjęła cały tekst kodeksu, lecz niektóre wprowadzały zmiany w celu dostosowania alternatywnych form języka technicznego i modyfikacji struktury treści, które lepiej mogły przystawać do lokalnych zwyczajów. Jakkolwiek z pewnymi zmianami pięćdziesiąt legislatur stanowych przyjęło *Uniform Commercial Code*. Do czasów współczesnych uznaje się, iż kodeks ten jest jednym z najważniejszych zbiorów amerykańskiego prawa stanowego<sup>18</sup>.

### ***The Uniform Commercial Code z 1952 r. w recepcji amerykańskiego środowiska naukowego***

W świetle zaprezentowanych powyżej ustaleń dotyczących prac nad kodeksem należy zauważyć, iż podczas działań zmierzających do powstania jego projektu miała miejsce ożywiona dyskusja w środowisku akademickim oraz mediach na temat potrzeby funkcjonowania tego typu zbioru przepisów w amerykańskim systemie prawa. Prezentowano różne punkty widzenia, wśród których na szczególną uwagę zasługuje spór pomiędzy profesorem prawa Frederickiem K. Beutelem a zwolennikami powstania kodeksu. Wspomniana debata była wówczas w centrum uwagi akademickiego świata prawniczego. Beutel w swoich pracach naukowych podchodził krytycznie do zawartości oraz przyjmowania przez poszczególne stany kodeksu ujednocniającego i scalającego prawo handlowe<sup>19</sup>. Wysuwane oskarżenia nie dotyczyły jedynie materii przepisów, były wśród nich również zastrzeżenia natury osobistej. Beutel m.in. twierdził, iż prace nad *Uniform Commercial Code* to właściwie czas zmarnowany, gdyż osoby skierowane do pracy nad kodeksem, będąc aktywnymi wykładowcami akademickimi, mogłyby pożyteczniej spo-

<sup>18</sup> Szerzej na temat zawartości kodeksu zob. W. Burnham, op. cit., s. 384–402; J.V. Calvi, S. Coleman, op. cit., s. 274–279.

<sup>19</sup> Zob. serię artykułów napisanych przez F.K. Beutela, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted*, „Yale Law Journal” 1952, vol. 61, s. 334–363; idem, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted in Ohio*, „Ohio State Law Journal” 1953, vol. 14(1), s. 3–31; idem, *The Proposed Uniform Commercial Code as a Problem in Codification*, „Law and Contemporary Problems” 1951, vol. 16, s. 140; idem, *Interpretation, Construction, and Revision of the Commercial Code: The Presumption of Holding in Due Course*, „Washington University Law Quarterly” Dec. 1966, vol. 4, s. 381–414.

żytkować czas<sup>20</sup>. Wypada zauważyć, że profesor znalazł wagę przedsięwzięcia, jakim było zebranie przepisów dotyczących prawa handlowego w jeden spójny zbiór, i uważał je za bardzo ambitne działanie kodyfikacyjne podjęte w XX wieku. Biorąc pod uwagę zakres tego zamierzenia, czas poświęcony na sporządzenie projektu kodeksu (sześć lat) i tak okazał się zbyt krótki, gdyż *Uniform Commercial Code* został pochopnie przedstawiony jako gotowy przez członków American Law Institute oraz National Conference of Commissioners on Uniform State Laws<sup>21</sup>.

W opinii profesora Beutela błędem było adoptowanie przez poszczególne stany powyższego kodeksu, gdyż jego materia w wystarczający sposób regulowana była przepisami prawa stanowego, a powyższy zbiór był jedynie eksperymentem, który mógł się nie powieść ze względu na szeroki zasięg zagadnień, który obejmował, tym bardziej iż nie rozwiązano w nim ostatecznie problemów związanych ze stosowaniem prawa handlowego. W szczególności Beutel poddał krytyce art. 4 *Uniform Commercial Code* dotyczący spraw bankowych. Stwierdził, iż niekonsekwentne używanie języka legislacyjnego wprowadza chaos, który wpływa na brak możliwości zrozumienia kodeksu w sposób odpowiedni. Z kolei art. 9, odnoszący się do zabezpieczenia transakcji handlowych, jest radykalnym odstępstwem od tradycyjnych form postępowania<sup>22</sup>. Twórcy kodeksu najprawdopodobniej nie do końca byli

---

<sup>20</sup> „The code was a spare time occupation. The draftsmen and advisors had full time work elsewhere, most of them as teachers in University Law Schools. Professor Llewellyn, the chief draftsman, during the time the code was in process taught a full time schedule at Columbia and Harvard Law Schools was an Executive Committee as President Elect and President of the Association of American Law schools and carried on numerous other professional activities” – F.K. Beutel, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted...*, s. 334.

<sup>21</sup> „The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws at their joint meeting in connection with the American Bar Association last fall finally approved the text of *the Uniform Commercial Code*, in which is an attempt to codify within one unit the heart of the entire commercial law of the united States. The much heralded act is now ready for adoption by various legislatures. As has been indicated elsewhere, measured by the area it seeks to control, this is probably the most ambitious piece of codification undertaken in this country during the century. Although the process of drafting has taken six or seven years, considering the monumental size of the task and preoccupation of the draftsman with other work, a period of twice that time by a full staff would not have been too long. It has been hurriedly drafted and resently pushed through the American Law Institute and the Commission on Uniform Laws with very little real consideration by the members of the bodies involved. Although the Code also carries the prestige of these two great organizations as also indicated elsewhere, it has not had the quality of draftsmanship or diligent consideration with which the American Law Institute Restatements were compiled. There also has been little or no impartial research into the economic needs of the business community which the Code attempts to regulate in detail” – *ibidem*.

<sup>22</sup> „The subject matter covered by the code is exceedingly broad embracing within its terms the heart of what are now the successful Uniform Commercial Statutes. It is, therefore, too large a project to be dealt with experimentally. The process by which it was created was not one calculated to reach fair or expert balancing of the conflicting interests sought to be resolved by the commercial law. Article 4 on Bank Collections is such a vicious piece of class legislation that discredits the process by which the entire code was created. The peculiar vocabulary and erratic use of language would be certain to cause trouble if this draft were enacted. Because it lacks

dostatecznie wykształceni w sferze ekonomii. Niestety, *Uniform Commercial Code* nie sprostał potrzebom ekonomicznym społeczności stanowych<sup>23</sup>. W recepcji Beutela terminologia zastosowana w zbiorze była nazbyt „techniczna” i korzystała z nowego aparatu pojęciowego, który nie był do końca zrozumiały, przy czym – jak zauważył – kodeksy europejskie w zakresie prawa handlowego praktycznie nie zawierały definicji. Na koniec Beutel sugerował, iż cały kodeks powinien zostać zwrócony jego twórcom do ponownego przemyślenia i skorygowania podstawowych błędów. Podkreślił jednocześnie konieczność dalszych studiów nad rozległą materią stosunków handlowych, uważając, że przyjęcie *Uniform Commercial Code* w przedłożonej formie będzie olbrzymim błędem i destrukcyjnie wpłynie na amerykański system prawny.

Do przedstawionych powyżej zarzutów natychmiast odniósł się na łamach „Yale Law Review” profesor prawa Grant Gilmore, członek zespołu powołanego do sporządzenia projektu kodeksu prawa handlowego. Stwierdził on, iż nikt nie uważa, że *Uniform Commercial Code* jest tworem perfekcyjnym. Podejmując się obrony zawartości kodeksu, przyznał, że Beutel świetnie orientuje się w przepisach kodyfikacji, gdyż regularnie uczestniczy w spotkaniach American Law Institute oraz National Conference of Commissioners on Uniform State Laws i bierze aktywny udział w dyskusjach nad przepisami kodeksu. Jego konkluzje poparte są głęboką wiedzą i doświadczeniem, lecz w swych publikacjach piętnujących zbiór przepisów prawa handlowego popełnia błąd, gdyż ostatecznie nie przedstawia żadnych konkretnych zarzutów odnoszących się do poszczególnych przepisów kodeksu. Jeśli więc jego oskarżenia nie są poparte odpowiednimi przykładami, nie można zgodzić się z jego zdaniem, iż *Uniform Commercial Code* nie jest wart przyjęcia przez stany w wersji przedłożonej przez jego autorów<sup>24</sup>.

W kontekście zarzutów dotyczących nowego języka legislacyjnego, Gilmore był zdania, że szeroka materia prawa handlowego wymaga od twórców kodeksu

---

unity, its adoption would be certain to create extensive confusion in a field which is now governed by established uniform statutes. Article 9 on Secured Transactions represents a radical departure from any known system of law and is too experimental to be included at this time in a code for uniform adoption” – F.K. Beutel, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted in Ohio...*, s. 3

<sup>23</sup> F.K. Beutel, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted...*, s. 334.

<sup>24</sup> „Beutel knows the code well. He has been a regular attendant at the meetings of Conference and institute and has taken an active part in discussions. His conclusions are based on long study and expert knowledge. In his paper he has presumably made the strongest possible case for rejection of the Code; he has put forward what he considers to be the most serious objections, the basic errors and fundamental flaws. Although there may be a great many left-overs, we are justified in assuming that this is the main dish; what Beutel did not choose to serve up here would be a pot-pourri of detail. If there is not a great deal to Beutel’s major points, we may conclude that there is at least nothing seriously wrong with the code: nothing as bad as the dream sequence of being out in public with no clothes on. I shall not deal with each and every Beutelism” – G. Gilmore, op. cit., s. 364.

zawarcia w nim dużej ilości pojęć z zakresu transakcji handlowych po to, aby uczynić go bardziej klarownym, szczegółowym i w pełni odpowiadającym wymaganiom stanowym. W kodeksie zdefiniowano 170 terminów, a biorąc pod uwagę rozległość definiowanej materii, nie jest to wygórowana liczba<sup>25</sup>. Zasięg kodeksu jest nieporównywalnie szerszy od poprzednich prób scalenia prawa handlowego, zatem nic dziwnego, iż dodatkowe terminy powinny być uwzględnione. Artykuł dotyczący sprzedaży kodyfikuje rozległą materię umów, której to nie zawiera *Uniform Sales Act*. W tym samym artykule mamy do czynienia z pojęciem „kupiec”, które także uprzednio nie było objaśnione. Dogodne więc było włączenie definicji terminów takich jak „kontrakt” czy „umowa”, jeżeli uprzednio nie było to zrobione. Porównywanie z europejskimi kodeksami również nie jest na miejscu ze względu na specyfikę państwowości amerykańskiej<sup>26</sup>. Gilmore podkreśla, iż terminologia w kodeksie jest specjalistyczna i bardziej zaawansowana niż we wcześniejszych aktach prawnych, co nie może stanowić w jego mniemaniu zarzutu.

Odnosząc się do wskazanych przez Beutela braków z zakresu poprawności ekonomicznej, Gilmore przypomniał, że nad zawartością kodeksu czuwały uznane autorytety z dziedziny prawa, a nie ekonomiści, ponieważ to nie analiza ekonomiczna stanowi tu sedno, lecz celem jest w miarę szybkie zebranie podstawowych przepisów dotyczących transakcji handlowych, które umożliwiłyby unifikację prawa handlowego na terenie kraju, ułatwiając stosunki handlowe pomiędzy stanami. Gdyby przygotowanie kodeksu zajęło znacznie więcej czasu, wcale nie byłoby gwarancji, że efekt będzie lepszy<sup>27</sup>. Profesor w cytowanym artykule odpowiada jednocześnie na bardziej szczegółowe zarzuty podnoszone przez Beutela, a dotyczące rozumienia poszczególnych artykułów wchodzących w skład *Uniform Commercial Code*.

Carl Felsenfeld, profesor prawa z Fordham University School of Law, w późniejszym czasie również wziął udział w akademickiej polemice poświęconej kodeksowi. W jednym z esejów odniósł się do zarzutów Beutela, przed-

---

<sup>25</sup> „The coverage of the Code being notably greater than that of the earlier Acts, it is not surprising that additional terms had to be defined. The Sales Article, for example codifies a wide area of basic contract law which Uniform Sales Act did not touch: it was convenient to include definitions of such terms as contract and agreement which are not defined terms in old Act but which, for all that, can hardly be stigmatized as rare or exotic blooms. Another class of defined terms came in because of distinctions taken in the Code which the earlier Acts did not make” – *ibidem*, s. 367.

<sup>26</sup> Profesor Grant Gilmore miał tu prawdopodobnie na myśli federalizm amerykański.

<sup>27</sup> „Beutel also suggest that the Code should have been based on economic analysis, research and investigation into commercial practice. We overrated the results that can be achieved by hiring a team of specialists and having a survey made. The bigger the problem to be investigated, the longer the survey takes, the more it costs and the more doubtful the results. The task of a statute like the Code is to state basic principles under which business transactions can be carried out. This task does not require a scientific knowledge of each business fact – even if such knowledge were conceivably available, which is not” – *ibidem*, s. 365.

stawiając aktualne doświadczenia związane ze stosowaniem *Uniform Commercial Code*, które według niego były pozytywne<sup>28</sup>.

## Podsumowanie

W zamierzeniu autorów *Uniform Commercial Code* miał być modelowym rozwiązaniem w dziedzinie prawa handlowego. Jego projekt został opracowany przez ekspertów, którzy poszukiwali kompletu uregulowań, które mogłyby być zastosowane we wszystkich stanach. Podkreślano jednocześnie apolityczny charakter kodeksu<sup>29</sup>.

Podsumowując powyższe rozważania, należy zauważyć, iż w Stanach Zjednoczonych osiągnięto zamierzony cel ujednoczenia prawa handlowego. Poszczególne stany oraz dystrykt Columbia przyjęły kodeks ze stosunkowo niewielką liczbą zmian. Od 1952 r. *Uniform Commercial Code* poddano pewnym modyfikacjom, dostosowując go do współczesnych praktyk handlowych oraz zmian w technologii<sup>30</sup>. Artykuły 2A i 4A są nowe, podczas gdy art. 2, 3, 5, 8 i 9 zostały w całości uaktualnione, art. 4 zmieniono w znacznym stopniu, natomiast art. 6 w większości stanów został uchylony w całości.

*Uniform Commercial Code* ujednoczył przepisy w dziedzinie prawa handlowego w Stanach Zjednoczonych, podczas gdy poprzednie próby kodyfikacji się nie powiodły. Kodeks został przyjęty przez legislatury stanowe, co zapewniło nowoczesną formułę prawa handlowego. Jednakże jego ogłoszenie poprzedziła burzliwa dyskusja akademicka, w której część profesorów prawa opowiedziała się przeciwko formie i zawartości zbioru proponowanej przez jego twórców w 1952 r. Według Douglasa E. Litowitza, jego twórcy byli prawdziwymi realistami, którzy wiedzieli, że prawo w rzeczywistym działaniu różni się od prawa „książkowego”, starali się zatem stworzyć pewne ramy prawne, które mogłyby ewoluować w rytm zmieniających się praktyk handlowych na rynku, zamiast dostosowywać się do struktury i formalności lite-

---

<sup>28</sup> „Professor Beutel’s objections carry little weight today. Some of them – the UCC is not really a code – were not relevant to the passage of the UCC in the first place. Others – it does not improve on existing law – were at worst only modest objections to the UCC. Some – the UCC is too complicated – may not have been true in 1952 and have disappeared into mists of time. Some articles, Article 8 for example, have become suitable for new commercial devices through the amendment process. At last one article, Article 9, is generally perceived as a legislative triumph. Probably as well as any law of its size and scope, the UCC has been a success” – C. Felsenfeld, op. cit., s. 597–606.

<sup>29</sup> Na apolityczny charakter kodyfikacji wskazuje Douglas E. Litowitz, op. cit., s. 10.

<sup>30</sup> Podkreśla to m.in. Robert Braucher, *The 1956 Revision of the Uniform Commercial Code*, „Villanova Law Review” 1956, vol. 2(1), s. 2–15; zob. też *The Effect of the Adoption of the Proposed Uniform Commercial Code on the Negotiable Instruments Law of Louisiana: A Student Symposium – Foreword*, „Louisiana Law Review” 1955, vol. 16(1), s. 89.

ry prawa. Projekt kodeksu dążył do stworzenia czegoś, co było jednocześnie wszechstronne i zdolne do ewolucji<sup>31</sup>.

Obecnie akademickie kursy prawa handlowego koncentrują się w dużej mierze na przepisach zawartych w *Uniform Commercial Code*. Znajomość kodeksu jest ważna z punktu widzenia praktyki prawa handlowego. W literaturze przedmiotu podkreśla się jednocześnie, że część norm prawnych zawartych w powyższym zbiorze w pewnym stopniu wpłynęła na rozwój prawa handlowego poza granicami Stanów Zjednoczonych<sup>32</sup>.

## Literatura

- American Law Institute, *Uniform Commercial Code: Official Draft 1952*, 1952.
- Beutel F.K., *Interpretation, Construction, and Revision of the Commercial Code: The Presumption of Holding in Due Course*, „Washington University Law Quarterly” Dec. 1966, vol. 4.
- Beutel F.K., *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted*, „Yale Law Journal” 1952, vol. 61.
- Beutel F.K., *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted in Ohio*, „Ohio State Law Journal” 1953, vol. 14(1).
- Beutel F.K., *The Proposed Uniform Commercial Code as a Problem in Codification*, „Law and Contemporary Problems” 1951, vol. 16.
- Boss A.H., *The Future of the Uniform Commercial Code Process in an Increasingly International World*, „Ohio State Law Journal” (2007), vol. 68(49).
- Braucher R., *The Uniform Commercial Code – Documents of Title*, „University of Pennsylvania Law Review” 1954, vol. 102/7.
- Braucher R., *The Legislative History of the Uniform Commercial Code*, „American Business Law Journal” May 1964, vol. 2.
- Braucher R., *The 1956 Revision of the Uniform Commercial Code*, „Villanova Law Review” 1956, vol. 2(1).
- Burnaham W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3<sup>rd</sup> ed., West Group Publishing, St. Paul 2002.
- Calvi J.V., Coleman S., *American Law and Legal Systems*, 6<sup>th</sup> ed., Prentice Hall, Upper Saddle River 2009.
- The Effect of the Adoption of the Proposed Uniform Commercial Code on the Negotiable Instruments Law of Louisiana: A Student Symposium – Foreword*, „Louisiana Law Review” 1955, vol. 16(1).

---

<sup>31</sup> „Because the original drafters were legal realists who knew that law in action was different from law on the books, they sought to create a legal framework that could evolve to reflect changing commercial practices in the marketplace instead of conforming to the structures and formalities of black letter contract law. The code project sought to create something that was simultaneously comprehensive and capable of evolution” – D.E. Litowitz, op. cit., s. 14.

<sup>32</sup> Zob np. A.H. Boss, *The Future of the Uniform Commercial Code Process in an Increasingly International World*, „Ohio State Law Journal” (2007), vol. 68(49), s. 349–402; W. Burnaham, op. cit., s. 384–402; J.V. Calvi, S. Coleman, op. cit., s. 274–277.

- Felsenfeld C., *But the Proposed Uniform (?) Commercial Code Was Adopted*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 1992, vol. 26(597).
- Flecher G.P., Sheppard S., *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, New York 2005.
- Friedman L.M., *A History of American Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Touchstone, New York 2005.
- Friedman L. M., *American Law in the 20-th Century*, Yale University Press, New Haven 2005.
- General Comment of National Conference of Commissioners on Uniform States Laws and the American Law Institute, 1957 Official Text of the Uniform Commercial Code*, American Law Institute 1957.
- Gilmore G., *The Uniform Commercial Code: A Reply to Professor Beutel*, „Yale Law Review” 1952, vol. 61.
- Horowitz M.J., *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Oxford 1994.
- Hughes G., *Common Law Systems*, [w:] Morrison A.B. (ed.), *Fundamentals of American Law*, Oxford University Press, New York 2004.
- Kent J., *What is the Purpose of the Uniform Commercial Code?*, [online] <[www.smallbusiness.chron.com/purpose-uniform-commercial-code-4915.html](http://www.smallbusiness.chron.com/purpose-uniform-commercial-code-4915.html)> (dostęp: 25.08.2017).
- Lis-Staranowicz D., *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Wyd. UWM, Olsztyn 2012.
- Lis-Staranowicz D., Sokalska E., Tushnet M., *Why the Constitution Matters, Published by Yale University Press, New Haven and London 2010*, ss. 187, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 5(112).
- Litowitz D.E. (red.), *Perspectives on the Uniform Commercial Code*, Carolina Academic Press, Durham 2007.
- Morrison A.B. (ed.), *Fundamentals of American Law*, Oxford University Press, New York 2004.
- Posner R.A., *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford University Press, New York 1997.
- Rapson D.J., *Commercial Law*, [w:] A.B. Morrison (ed.), *Fundamentals of American Law*, Oxford University Press, New York 2004.
- Shapiro F.R., *The Mos t- Cite Legal Scholars*, „Journal of Legal Studies” 2000, vol. 29(1).
- Sokalska E., *Rediscovering Blackstone: wpływ Williama Blackstone’a na rozwój amerykańskiej nauki prawa w recepcji Alberta W. Alschulera*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2017, nr 14(3).
- Sokalska E., *Historical Background and the Main Ideas of the American Uniform Commercial Code of 1952*, „Law and Forensic Science” 2016, nr 11, s. 103–109.
- Sokalska E., *The Historical Background of the United States Patent Law*, „Law and Forensic Science” 2014, nr 7.
- Sokalska E., *The Influence of British Law Tradition on the American Legal System*, [w:] B. Sitek, J.J. Szczerbowski, A.W. Baukneht (red.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle 2013.
- Tushnet M., *Why the Constitution Matters*, Yale University Press, New Haven – London 2010.
- Wechester H., *The Challenge of a Model Penal Code*, „Harvard Law Review” 1952, vol. 65.
- Wolitz D., *Herbert Wechester, Legal Process and the Jurisprudence Roots of the Model Penal Code*, „Tulsa Law Review” 2015, vol. 51.



## Summary

### ***The Uniform Commercial Code of 1952 in the American academic discourse of 1950-s***

**Key words:** commercial law, unification, history, law, common law, statutory law, legal system.

*The Uniform Commercial Code* of 1952 is an example of set of laws governing commercial transactions. The initial draft was proposed by the American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, but each legislature was able to modify the provisions. The Code itself was drafted by some top legal scholars. During the process of drafting *The Uniform Commercial Code* there was a vivid discussion and there were presented different points of view concerning the need of such a code in the American legal system. Especially the dialogue between Professor of Law – Frederick K. Beutel and the proponents of the code was in the focus of attention. It is significant that in most American law schools commercial law courses are structured around the Articles of the *Uniform Commercial Code*. The knowledge of the provisions is essential for the practice of commercial law. It should be also underlined that certain fragments and provisions of the *Uniform Commercial Code* have been highly influential outside the United States.



**Małgorzata Szwejkowska**

**Kacper Milkowski**

Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Suwerenny Zakon Kawalerów Maltańskich jako podmiot prawa międzynarodowego**

### **Wstęp**

Prawo międzynarodowe jest specyficznym systemem prawnym, w którym określone podmioty same tworzą normy prawne, których są adresatami. Na arenie międzynarodowej nie występuje bowiem żaden organ centralny odpowiedzialny za stosowanie oraz egzekwowanie przestrzegania prawa międzynarodowego. Dlatego też zagadnienia związane z problematyką podmiotowości prawnomiędzynarodowej wzbudzają wiele wątpliwości. O ile w prawach krajowych poszczególnych państw kwestia ta rozstrzygana jest przez ustawodawców, tak na gruncie prawa międzynarodowego nie zostały wypracowane normy prawne w ramach umów międzynarodowych<sup>1</sup>.

W doktrynie reprezentowanych jest wiele różnorodnych i często przeciwstawnych teorii na temat podmiotowości prawnomiędzynarodowej<sup>2</sup>. Najczęściej przyjmuje się, że podmioty wywodzą swoje prawa i obowiązki bezpośrednio z prawa międzynarodowego. Należy zgodzić się z definicją zaproponowaną przez Jarosława Sozańskiego, że „podmiotem prawa międzynarodowego jest ten, kto ma samodzielną pozycję w obrocie, a zwłaszcza zdolność tworzenia i stosowania norm tego prawa”<sup>3</sup>. Podstawowym i najważniejszym podmiotem jest państwo, które jako jedyne jest suwerenne, pełne oraz pierwotne<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> K. Orzeszyna, *Podmiotowość i suwerenność prawnomiędzynarodowa Zakonu Maltańskiego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2005, t. XV, nr 2, s. 172.

<sup>2</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 114.

<sup>3</sup> J. Sozański, *Prawo traktatów: zarys współczesny*, Polskie Wydawnictwo Prawnicze Iuris, Warszawa 2008, s. 35.

<sup>4</sup> Wskazać należy, że w doktrynie istnieją także stanowiska, że państwo jest jedynym (wyłącznym) podmiotem prawa międzynarodowego.

Stąd pozostałe podmioty prawa międzynarodowego należy traktować jako nie-suwerenne, niepełne, a zarazem pochodne. Przekłada się to na charakter ich podmiotowości, która została stworzona bądź uznana przez państwa. Ponadto posiadają ją w takim wymiarze, w jakim została im nadana przez państwa<sup>5</sup>.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w opinii doradczej w sprawie odszkodowań za szkody poniesione w służbie ONZ w 1949 r. wskazał, że „podmioty prawa w systemie prawnym niekoniecznie są identyczne co do zakresu ich praw; ich charakter zależy od potrzeby wspólnoty. Rozwój prawa międzynarodowego w ciągu jego historii odbywał się pod wpływem wymogów życia międzynarodowego, a stopniowy wzrost zbiorowych działań państw sprawił już, że pojawiły się przykłady działania wykonywanego na płaszczyźnie międzynarodowej przez pewne podmioty, które nie są państwami”<sup>6</sup>. Na podstawie opinii doradczej można stwierdzić, że na arenie międzynarodowej nie występuje jednolity zbiór podmiotów. Wyróżnia się z jednej strony państwa, z drugiej zaś inne od państw podmioty prawa międzynarodowego, które również traktuje się niejednakowo<sup>7</sup>. W środowisku międzynarodowym funkcjonują zatem podmioty o zróżnicowanym charakterze oraz zakresie kompetencji do działania<sup>8</sup>.

Na uwagę zasługuje fakt, że szczególny status na gruncie prawa międzynarodowego miały i w dalszym ciągu mają wciąż pewne osoby prawne funkcjonujące na podstawie prawa kościelnego. Do tej kategorii zaliczyć można niektóre zakony rycerskie. Na przestrzeni wieków część z nich posiadała swoje państwa. Do dnia dzisiejszego żadne państwo zakonne nie przetrwało, jednakże jeden z zakonów zachował wyjątkowy status i traktowany jest przez doktrynę jako szczególny podmiot prawa międzynarodowego<sup>9</sup>.

Celem niniejszej publikacji jest określenie podmiotowości prawnomiędzynarodowej Zakonu Kawalerów Maltańskich<sup>10</sup>. O tym, czy dana jednostka

<sup>5</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 116.

<sup>6</sup> Opinia dotycząca odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku działalności w służbie ONZ z 11 kwietnia 1949 r., International Court of Justice Reports 1949, s. 174; W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 114.

<sup>7</sup> W. Czaplinski, *Uznanie a osobowość prawna „podmiotów niepaństwowych”*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata: księga jubileuszowa dedykowana pani profesor Genowefie Grabowskiej*, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz 2014, s. 28.

<sup>8</sup> W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 167.

<sup>9</sup> K. Karski, *Zakony rycerskie Kościoła katolickiego jako podmioty prawa międzynarodowego (studium historycznoprawne)*, „Studia Iuridica” 2002, nr 40, s. 93.

<sup>10</sup> Pełna nazwa podmiotu brzmi: Suwerenny Rycerski Zakon Szpitalników Świętego Jana z Jerozolimy, z Rodos i z Malty (Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme, detto di Rodi, detto di Malta). Nazywany bywa również Zakonem Rodyjskim oraz Zakonem Maltańskim, zob. Carta Costituzionale del Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme di Rodi e di Malta, Promulgati il 27 giugno 1961 riformati dal Capitolo Generale Straordinario del 28–30 aprile 1997 [online] <[www.orderofmalta.int/wp-content/uploads/2016/07/Sovrano-Ordine-di-Malta-Costituzione-e-Codice.pdf](http://www.orderofmalta.int/wp-content/uploads/2016/07/Sovrano-Ordine-di-Malta-Costituzione-e-Codice.pdf)> (dostęp: 9.12.2017).

jest podmiotem, decydować będzie prawo. Należy zatem dokonać analizy określonych koncepcji prawnych związanych ze statusem, zdolnością prawną, właściwościami, charakterem oraz zakresem praw i obowiązków<sup>11</sup>.

## Charakterystyka

Suwerenny Zakon Kawalerów Maltański to jeden z zakonów Kościoła katolickiego. Na przestrzeni lat ukształtował własny autonomiczny system prawny. Posiada władzę ustawodawczą, wykonawczą, organy centralne, jak również wymiar sprawiedliwości<sup>12</sup>. Władze wydają paszporty, dokumenty tożsamości, znaczki pocztowe, nadają tytuły, prawa własności, odznaczenia<sup>13</sup>. Ponadto Zakon posiada własny system monetarny, a jego waluta nosi nazwę *scuto* (mn. *scuti*)<sup>14</sup>. Ma też flagę oraz hymn<sup>15</sup>. Oficjalnym językiem jest język włoski<sup>16</sup>.

Zakon Kawalerów Maltańskich utworzony został podczas wypraw krzyżowych przy szpitalu św. Jana. Początkowo był bractwem szpitalnym opiekującym się przybyłymi do Jerozolimy pielgrzymami. Opieka ta zaczęła później przybierać formę ochrony przed atakami muzułmanów, żeby ostatecznie stać się „zbrojnym ramieniem papieża”. Pierwszą sytuacją, kiedy Zakon Kawalerów Maltańskich mógł otrzymać całe państwo we władanie, a co za tym idzie uzyskać podmiotowość międzynarodową, jest sprawa Aragonii. Ówczesny król Alfons I, zwany Wojownikiem, uznał, że to zakony rycerskie powinny po nim dziedziczyć. Królestwo Aragonii zapisał trzem zakonom, w tym późniejszemu Zakonowi Kawalerów Maltańskich. Po śmierci władcy zakony upomniały się o swoje państwo, jednakże mieszkańcy Aragonii udaremnili sukcesję<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Książka i Wiedza, Warszawa 2011, s. 143.

<sup>12</sup> Władza ustawodawcza we wszystkich sprawach, za wyjątkiem tych związanych z Konstytucją, sprawowana jest przez Radę Suwerenną oraz Wielkiego Mistrza. Za zmiany konstytucyjne odpowiada Kapituła Generalna. Władzę wykonawczą pełni Rada Suwerenna, której przewodniczy Wielki Mistrz. Składa się ona z dziesięciu Kawalerów Maltańskich wybranych przez Kapitułę Generalną. Sędziowie zasiadający w sądach pierwszej instancji oraz apelacyjnych mianowani są przez Wielkiego Mistrza i Radę Suwerenną (urząd sędziowski może sprawować wyłącznie osoba biegła w znajomości prawa Zakonu Kawalerów Maltańskich). Zob. T. Mirecki, *Struktura zakonu*, [online] <<http://zakonmaltanski.pl/zpkm/struktura-zakonu>> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>13</sup> K. Orzeszyna, op. cit., s. 171.

<sup>14</sup> E. Buttigieg, *Nobility, Faith and Masculinity: The Hospitaller Knights of Malta, c. 1580 – c. 1700*, Bloomsbury Academic, London – New York 2011, s. XI.

<sup>15</sup> Hymn Zakonu to *Ave Crux Alba* (*Bądź pochwalony, Biały Krzyżu*), zaś flagą jest biały krzyż na czerwonym tle. Order of Malta, *Flags & emblems*, [online] <[www.orderofmalta.int/government/flags-emblems/](http://www.orderofmalta.int/government/flags-emblems/)> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>16</sup> J. Sozański, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa Suwerennego Zakonu Kawalerów Maltańskich*, „Sprawy Międzynarodowe” 1990, nr 2, s. 126.

<sup>17</sup> T. Lange, *Szpitalnicy, Joannici, Kawalerowie Maltańscy*, Dom Wydawniczy Bellona, Warszawa 1999, s. 9–11.

Zakon Kawalerów Maltańskich władał od 1309 do 1522 r. wyspą Rodos (oprócz niej zajął także okoliczne wyspy: Calchi, Limonia, Simi, Piscopi, Nisiro, Kos, Calimo i Letro)<sup>18</sup>. Objęcie wspomnianych terytoriów zatwierdzone zostało przez papieża i cesarza Bizancjum. Taki stan rzeczy stworzył dla Zakonu nową sytuację prawną na arenie międzynarodowej, gdyż mając zagwarantowaną suwerenność w ramach hierarchii Kościoła katolickiego, zdobył ponadto suwerenność terytorialną, która pozwalała mu na założenie własnego państwa<sup>19</sup>. Utworzona republika rządzona była przez Wielkiego Mistrza, zaś głosem doradczym dysponowała zakonna kapituła. Zakon utracił to terytorium w 1522 r. po sześciomiesięcznych walkach z wojskami tureckimi. Na mocy traktatu zawartego z cesarzem rzymskim Karolem V Habsburgiem Zakon otrzymał wówczas Maltę oraz Gozo – lenno Królestwa Sycylii. Zakonnicy na Malcie osiedlili się w 1530 r. i panowali tam aż do roku 1798, kiedy to Dyrektoriat wydał dekret uznający Zakon Kawalerów Maltańskich za wroga Republiki Francuskiej i wysłał wojska Napoleona, ażeby zajęły wyspę<sup>20</sup>. Mimo iż Zakon został zmuszony, by opuścić Maltę, to zachował podmiotowość prawną i wymieniał poselstwa dyplomatyczne z państwami europejskimi. W 1834 r. przeniósł się do Rzymu, w którym funkcjonował jako organizacja charytatywna i humanitarna<sup>21</sup>. Przekazany przez jednego z kawalerów pałac przy *via Condotti 68*, odtąd znany jako *Palazzo di Malta*, stał się siedzibą administracji zakonnej. Do dnia dzisiejszego wraz z willą na Awentynie jest główną siedzibą Zakonu Kawalerów Maltańskich, stanowiąc zarazem terytorium będące ważnym argumentem w prawnym uzasadnianiu suwerenności. Ponadto Zakon otrzymał w 1999 r. od republiki Malty fort *San Angelo*<sup>22</sup>. Do tego dochodzą jeszcze siedziby licznych ambasad. Podkreślić jednakże należy, że nieruchomości funkcjonują na zasadzie eksterytorialności<sup>23</sup>.

Obecnie Zakon Kawalerów Maltańskich zajmuje się szeroko zakrojoną działalnością charytatywną oraz humanitarną. Działa głównie w zakresie zapewnienia opieki medycznej, prowadzi liczne szpitale, domy pomocy dla osób niepełnosprawnych i w starszym wieku, jak również hospicja. Poza tym jego przedstawiciele pojawiają się na terenach objętych konfliktami zbrojnymi oraz na miejscach klęsk żywiołowych. Dodatkowo angażują się w liczne akcje propagujące profilaktykę i walkę z chorobami takimi jak trąd czy AIDS<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> K. Karski, *Zakony rycerskie...*, s. 98.

<sup>19</sup> T. Lange, op. cit., s. 23–24.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 40.

<sup>21</sup> S. Kuczyński, *Wstęp*, [w:] J. Baranowski, M. Libicki, A. Rottermund, M. Starnawska, *Zakon maltański w Polsce*, DiG, Warszawa 2000, s. 5.

<sup>22</sup> T. Lange, op. cit., s. 43–44.

<sup>23</sup> K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Wyd. UW, Warszawa 2009, s. 281.

<sup>24</sup> B. Kuźniak, *Zakon Kawalerów Maltańskich – suweren bez ziemi?*, [w:] J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz, *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 370.

Podmiotowość Zakonu Kawalerów Maltańskich może wzbudzać wątpliwości ze względu na fakt, że nie występuje terytorium, stała ludność oraz suwerenność w tradycyjnym rozumieniu. Trzeba pamiętać, że ludność to zakonnicy, a władzę sprawuje Mistrz Zakonu<sup>25</sup>. Obecnie w skład jego struktur wchodzi około 10 tysięcy osób, które podzielone są na różne kategorie<sup>26</sup>. Zdecydowana większość przebywa na co dzień poza jego siedzibą. Natomiast terytorium stanowią nieruchomości przyznane Zakonowi na zasadach eksterytorialności<sup>27</sup>. Pomimo że Zakon Kawalerów Maltańskich posiada obszary mające status eksterytorialny, to nie sprawuje nad nimi zwierzchnictwa terytorialnego<sup>28</sup>. Zgodnie z koncepcją Georga Jellinka, terytorium państwowe to „obszar, na którym utworzony został związek państwowy. Na tym obszarze władza państwowa wykonuje swoje uprawnienia. Aby istniało państwo, terytorium musi być nierozzerwalnie powiązane z władzą państwową. Przez tę nierozzerwalność terytorium wiąże się ono również z suwerennością”<sup>29</sup>. Zgodnie z powyższą definicją, można zatem wnioskować, że Zakon nie posiada terytorium w tradycyjnym rozumieniu<sup>30</sup>.

Zakon Kawalerów Maltańskich jest zinstytucjonalizowaną jednostką o wielowiekowej tradycji, która nigdy w dziejach nie utraciła swojego charakteru, gdyż w najtrudniejszych czasach „suwerenność zgromadzenia uznawało kilka krajów katolickich, wśród nich Austria, która nigdy nie wycofała zakonowi swego uznania”<sup>31</sup>. Za traktowaniem Zakonu jako podmiotu prawa

---

<sup>25</sup> „Suwerenność Zakonu jest wykonywane przez Księcia i Wielkiego Mistrza jako Najwyższego Zwierzchnika, a także wspierająca go Radę. Życie Zakonu jest regulowane przez Kartę Konstytucyjną i Kodeks, które zostały zreformowane w 1997 roku” – Oficjalna Strona Ambasady Suwerennego Zakonu Maltańskiego w Polsce, [online] <[www.ambasada.zakonmaltanski.pl/oambasadzie.htm](http://www.ambasada.zakonmaltanski.pl/oambasadzie.htm)> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>26</sup> W Zakonie obowiązuje podział na klasy: 1. Kawalerowie Profesyjni, 2. Kawalerowie i Damy w Posłuszeństwie, 3. Członkowie Zakonu niebędący Kawalerami Profesyjnymi ani Kawalerami w Posłuszeństwie. Ponadto poszczególne klasy dzielą się na podklasy. Zob. A. Cieślak, *Obowiązujący podział członków Zakonu Kawalerów Maltańskich*, [online] <[www.ambasada.zakonmaltanski.pl/wladze.htm](http://www.ambasada.zakonmaltanski.pl/wladze.htm)> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>27</sup> A. Ławniczak, *Nowożytnie chrześcijańskie teokracje*, [w:] M. Grzybowski, G. Kuca (red.), *Ustroje – historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Wyd. UJ, Kraków 2013, s. 68.

<sup>28</sup> K. Orzeszyna, op. cit., s. 175–176.

<sup>29</sup> G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg – Berlin – Zürich 1966, s. 395, [za:] M. Muszyński, *Państwo w prawie międzynarodowym. Istota, rodzaje i atrybuty*, STO, Bielsko-Biała 2012, s. 31.

<sup>30</sup> Koncepcja Jellinka jest dominująca, jednak w doktrynie pojawiają się również teorie dopuszczające istnienie państwa nieterytorialnego – zob. Z. Rykiel, *Podstawy geografii politycznej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2006, s. 93; J. Tyranowski, *Sukcesja państw a traktaty w sprawie granic*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1979; H. Kelsen, *Principles of International Law*, The Law Book Exchange Ltd., New York 1952, s. 53.

<sup>31</sup> D. Seward, *Mnisi wojny*, Zysk i S-ka, Poznań 2005, s. 263; A. Ławniczak, *Oryginalne rozwiązania systemów rządów na przykładzie Zakonu Maltańskiego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 3, s. 75.

międzynarodowego przemawia również szerokie uznanie na arenie międzynarodowej. Formalnie jest uznawany przez około sto państw, z czego część nawiązała z nim stosunki dyplomatyczne<sup>32</sup>.

## Relacje ze Stolicą Apostolską

Jako że zakony powstają na mocy decyzji podjętej przez Stolicę Apostolską i są jej podporządkowane za pośrednictwem Kongregacji Spraw Zakonnych, stanowisko papieża jest wiążące dla Zakonu Kawalerów Maltańskich. W Karcie Konstytucyjnej Zakonu, jak również w załączonym do niej Kodeksie wskazanych zostało wiele uprawnień przysługujących Stolicy Apostolskiej względem Zakonu<sup>33</sup>. Nasuwa się zatem wątpliwość co do suwerenności omawianego podmiotu.

Pojęcie suwerenności najogólniej oznacza niezależność władzy danego podmiotu od jakiegokolwiek innej władzy. Z punktu widzenia doktryny prawa międzynarodowego, bez względu na regulacje wewnętrzne danej jednostki, suwerenność jest elementem władzy, która personifikuje i reprezentuje podmiot w stosunkach międzynarodowych. Jest ona władzą najwyższą i nie podlega jakiegokolwiek innej władzy zewnętrznej, a ponadto ma charakter pierwotny, co przejawia się tym, że nie uzyskuje swoich uprawnień od żadnej innej władzy<sup>34</sup>.

Jednakże w 1953 r. powołany przez papieża Piusa XII specjalny Trybunał Kardynalski orzekł, iż Zakon Kawalerów Maltańskich posiada suwerenność. Przedstawiciele Trybunału zdefiniowali ją jako „funkcjonalną”, związaną z działalnością międzynarodową, a nie „terytorialną” (jest ona ukierunkowana na zabezpieczenie celów i zadań Zakonu we współczesnym świecie)<sup>35</sup>. Uprawnione wydaje się zatem stanowisko, że swoista suwerenność Zakonu Kawalerów Maltańskich, określona jako „funkcjonalna”, nie może wykraczać poza uznane jego kompetencje<sup>36</sup>.

W polskim piśmiennictwie występują zróżnicowane poglądy co do problematyki związanej z podmiotowością Zakonu Kawalerów Maltańskich. Lech Antonowicz prezentuje pogląd, że w momencie, gdy Zakon dysponował

<sup>32</sup> Oficjalna Strona Ambasady Suwerennego Zakonu Maltańskiego w Polsce, [online] <[www.ambasada.zakonmaltanski.pl/FAQ.htm](http://www.ambasada.zakonmaltanski.pl/FAQ.htm)> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>33</sup> B. Kuźniak, op. cit., s. 369.

<sup>34</sup> R. Kwiecień, *Suwerenność państwa – geneza i rozwój idei w prawie międzynarodowym*, „Studia Prawnicze” 2002, nr 3, s. 67; W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 118.

<sup>35</sup> A. Ławniczak, *Nowożytnie chrześcijańskie teokracje...*, s. 68; W. Jakubowski, T. Słomka, J. Wojnicki, *Systemy polityczne państw Europy nie będących członkami Unii Europejskiej*, [w:] K. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.), *Spoleczeństwo i polityka. Podstawy nauk politycznych*, Aspra JR F.H.U., Warszawa 2007, s. 570.

<sup>36</sup> K. Orzeszyna, op. cit., s. 182.



terytorium, traktowany był jako podmiot prawa międzynarodowego, natomiast aktualnie można sądzić, iż korzysta on tylko i wyłącznie z niektórych atrybutów podmiotowości w stosunku do państw, które tylko go uznają<sup>37</sup>. Jacek Barcik i Tomasz Srogosz uważają, że Zakon Kawalerów Maltańskich posiada podmiotowość prawną, która nie jest oparta na zwierzchnictwie terytorialnym. To swoisty podmiot, który nie jest utożsamiany z państwem, ale przysługuje mu tzw. suwerenność funkcjonalna, przejawiająca się ograniczonym zakresem czynności na arenie międzynarodowej (kompetencje zostały ograniczone do działań związanych z pomocą humanitarną)<sup>38</sup>. Wojciech Góralczyk i Stefan Sawicki zakwalifikowali Zakon Kawalerów Maltańskich do kategorii „podmiotów prawa międzynarodowego innych niż państwa”. Autorzy ci wskazują, że powszechnie uważa się go za podmiot posiadający podmiotowość na gruncie prawa międzynarodowego, co przejawia się tym, że uznawany jest przez wiele państw, a z wieloma nawiązał stosunki dyplomatyczne. Ponadto utrzymuje swoje misje dyplomatyczne przy organizacjach międzynarodowych i na przestrzeni ostatnich lat zawarł liczne umowy międzynarodowe z wieloma podmiotami prawa międzynarodowego<sup>39</sup>. Zakon Kawalerów Maltańskich jako podmiot traktuje także Jan Białocerkiewicz, który zwraca uwagę, że przysługują mu takie atrybuty podmiotowości, jak: czynne i bierne prawo legacji oraz *ius tractatum* w zakresie prowadzonej działalności<sup>40</sup>. Z kolei Adam Łozowski i Anna Zawidzka-Łojek podkreślają tradycyjny charakter podmiotowości Zakonu. Wskazują, że nie uczestniczy on aktywnie w bieżącym obrocie międzynarodowym, a mimo to korzysta z prawa legacji i zawiera umowy międzynarodowe, choć w znacznie ograniczonym zakresie<sup>41</sup>.

Podmiotowość prawnomiędzynarodowa jest charakteryzowana przez przedstawicieli doktryny w różnorodny sposób. Często wskazuje się na atrybuty danej jednostki, które mają określać ją jako podmiot prawa międzynarodowego<sup>42</sup>.

## Arena międzynarodowa

Podmioty prawa międzynarodowego dysponują określonymi atrybutami. Możemy do nich zaliczyć zdolność do zawierania umów międzynarodowych (*ius tractatum* / *ius contrahendi*), prawo legacji (*ius legationis*), prawo do

<sup>37</sup> L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 83–85.

<sup>38</sup> J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 156.

<sup>39</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 139.

<sup>40</sup> J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Olsztyn 2007, s. 140–141.

<sup>41</sup> A. Łozowski, A. Zawidzka-Łojek, *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 85–86.

<sup>42</sup> B. Kuźniak, op. cit., s. 373.

członkostwa w organizacjach międzynarodowych, zdolność występowania z roszczeniami czy odpowiedzialność wobec prawa międzynarodowego (*ius standi*)<sup>43</sup>. Jednakże zauważyć należy, że katalog atrybutów prezentowanych przez różnych autorów jest zróżnicowany.

Atrybutem podmiotowości Zakonu Kawalerów Maltańskich jest *ius tractatum*, czyli możliwość zaciągania zobowiązań prawnych z podmiotami prawa międzynarodowego. Jest to zdolność dająca prawo do inicjowania, kreacji, zawierania i stosowania traktatów jako aktów prawa międzynarodowego. Jednakże należy zauważyć, że charakter i zakres *ius tractatum* innych podmiotów aniżeli państwa i organizacje międzynarodowe uzależniony będzie od charakteru i atrybutów konkretnego podmiotu. Na tej podstawie zdolność traktatowa Zakonu Kawalerów Maltańskich uzewnętrznia się w sposób mało efektywny, gdyż ogranicza się do jego celów publicznych, co związane jest ściśle ze statusem tego podmiotu<sup>44</sup>.

Większość umów międzynarodowych, których Zakon Kawalerów Maltańskich jest stroną, dotyczy działalności medycznej, charytatywnej oraz humanitarnej<sup>45</sup>. Zatem umowy bilateralne Zakonu z państwami oraz organizacjami ograniczają się do prowadzenia szpitali, niesienia pomocy rannym i chorym w konfliktach zbrojnych, jak również są to konwencje pocztowe<sup>46</sup>. Na uwagę zasługuje fakt, że Minister Łączności Rzeczypospolitej Polskiej zawarł z Poczta Magistralną Zakonu 18 kwietnia 1991 r. umowę o współpracy w zakresie świadczenia usług pocztowych. W wyniku tej kooperacji Poczta Polska w 1992 r. wprowadziła do obiegu znaczek pocztowy o wartości 3000 zł z herbem Zakonu Kawalerów Maltańskich<sup>47</sup>.

Przez Zakon Kawalerów Maltańskich realizowane jest także *ius legationis*, zarówno w formie biernej, jak i czynnej, polegające na ustanawianiu i wysyłaniu misji dyplomatycznych oraz konsularnych, których celem jest wykonywanie zadań związanych z realizacją stosunków dyplomatycznych i konsularnych<sup>48</sup>. Wskazać należy, że prawo wysyłania przedstawicieli należy do wyłącznej kompetencji państwa wysyłającego, natomiast prawo przyjęcia czy też odmowy przyjęcia leży w gestii państwa przyjmującego<sup>49</sup>. Prawo

<sup>43</sup> M. Muszyński, op. cit., s. 239–289; J. Sozański, *Prawo traktatów...*, s. 35; M. Perkowski, *Podmiotowość prawa międzynarodowego współczesnego uniwersalizmu w złożonym modelu klasyfikacyjnym*, Temida 2, Białystok 2008, s. 194–197.

<sup>44</sup> J. Sozański, *Prawo traktatów...*, s. 81–84.

<sup>45</sup> J. Sozański, *Struktura organizacyjna Zakonu Maltańskiego na tle prawa międzynarodowego*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1990, nr 3–4, s. 78.

<sup>46</sup> K. Orzeszyna, op. cit., s. 179.

<sup>47</sup> M. Libicki, *Związek Polskich Kawalerów Maltańskich na emigracji po II wojnie światowej*, [w:] J. Baranowski, M. Libicki, A. Rottermund, M. Starnawska, *Zakon maltański w Polsce*, DiG, Warszawa 2000, s. 189–190.

<sup>48</sup> M. Muszyński, op. cit., s. 239.

<sup>49</sup> J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 84.

to zostało potwierdzone bullą papieża Klemensa V z 1466 r., co powoduje, że należy ono do uprawnień nabytych na przestrzeni dziejów<sup>50</sup>. Zakon Kawalerów Maltańskich utrzymuje stosunki dyplomatyczne ze 105 państwami i posiada swoje przedstawicielstwa przy organizacjach multilateralnych<sup>51</sup>. Do nawiązania stosunków dyplomatycznych z Polską doszło 9 lipca 1990 r. Wkrótce potem Zakon Kawalerów Maltańskich akredytował w Rzeczypospolitej swego ambasadora<sup>52</sup>.

O tym, iż społeczność międzynarodowa uznaje Zakon Kawalerów Maltańskich za podmiot prawa międzynarodowego, świadczy także to, że od 1994 r. przysługuje mu status stałego obserwatora przy ONZ<sup>53</sup>. Działa także w wyspecjalizowanych strukturach ONZ (takich jak UNESCO, FAO, PAM, WHO, UNHCR, UHCHR) oraz przy Komisji Europejskiej. Posiada swoje delegacje przy różnych innych organizacjach międzynarodowych, np. Międzynarodowym Komitecie Czerwonego Krzyża<sup>54</sup>.

## Podsumowanie

Reasumując wskazać należy, że Zakon Kawalerów Maltańskich jest szczególnym podmiotem prawa międzynarodowego. Z punktu widzenia polskiej doktryny nie budzi wątpliwości fakt, że posiada on podmiotowość, która pozwala mu działać w sferze stosunków międzynarodowych, jednakże w ograniczonym zakresie. Podkreślić natomiast należy, że jest to jednostka jedyna w swoim rodzaju – mimo iż ponad dwa stulecia temu utraciła swoje państwo, to zachowała do dnia dzisiejszego określone uprawnienia. Stąd należy wnioskować, że Zakon Kawalerów Maltańskich ma szczególny, ukształtowany na przestrzeni dziejów charakter, który powoduje, że jest on *sui generis* podmiotem prawa międzynarodowego. Przemawia za tym fakt, iż zawiera umowy, jak też utrzymuje stosunki międzynarodowe z wieloma państwami, w tym z Polską, co niejako stanowi weryfikację jego podmiotowości prawnomiędzynarodowej. Decydująca okazała się praktyka państw, które traktują Zakon Kawalerów Maltańskich jako równorzędny podmiot prawa międzynarodowego, choć o ograniczonym zakresie kompetencji.

<sup>50</sup> K. Orzeszyna, op. cit., s. 178; P. Łaski, *Status prawnomiędzynarodowy Zakonu Maltańskiego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 1995, vol. XLII, nr 4, sec. G, s. 45–46.

<sup>51</sup> Oficjalna Strona Ambasady Suwerennego Zakonu Maltańskiego w Polsce, [online] <[www.ambasada.zakonmaltanski.pl/oambasadzie.htm](http://www.ambasada.zakonmaltanski.pl/oambasadzie.htm)> (dostęp: 9.12.2017).

<sup>52</sup> M. Libicki, op. cit., s. 189.

<sup>53</sup> W. Jakubowski, *Ustrój Stolicy Apostolskiej i Zakonu Maltańskiego*, [w:] K. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.), op. cit., s. 655.

<sup>54</sup> V. Manno, *Informacja prasowa Ambasadora Zakonu Maltańskiego*, [online] <[https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WD/zakon\\_maltanski\\_20062004.html](https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WD/zakon_maltanski_20062004.html)> (dostęp: 9.12.2017).

## Literatura

- Antonowicz L., *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Barcik J., Srogosz T., *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Białocerkiewicz J., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Olsztyn 2007.
- Buttigieg E., *Nobility, Faith and Masculinity: The Hospitaller Knights of Malta, c. 1580 – c. 1700*, Bloomsbury Academic, London – New York 2011.
- Cieślak A., *Obowiązujący podział członków Zakonu Kawalerów Maltańskich*, [online] <[www.ambasada.zakonmaltanski.pl/wladze.htm](http://www.ambasada.zakonmaltanski.pl/wladze.htm)>.
- Czapliński W., *Uznanie a osobowość prawna „podmiotów niepaństwowych”*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata: księga jubileuszowa dedykowana pani profesor Genowefie Grabowskiej*, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz 2014.
- Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Jakubowski W., *Ustrój Stolicy Apostolskiej i Zakonu Maltańskiego*, [w:] K. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.), *Spółczesność i polityka. Podstawy nauk politycznych*, Aspra JR F.H.U., Warszawa 2007.
- Jakubowski W., Słomka T., Wojnicki J., *Systemy polityczne państw Europy nie będących członkami Unii Europejskiej*, [w:] K. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.), *Spółczesność i polityka. Podstawy nauk politycznych*, Aspra JR F.H.U., Warszawa 2007.
- Jellinek G., *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg – Berlin – Zürich 1966.
- Karski K., *Zakony rycerskie kościoła katolickiego jako podmioty prawa międzynarodowego (studium historycznoprawne)*, „Studia Iuridicia” 2002, nr 40.
- Karski K., *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Wyd. UW, Warszawa 2009.
- Kelsen H., *Principles of International Law*, The Law Book Exchange Ltd., New York 1952.
- Kwiecień R., *Suverenność państwa – geneza i rozwój idei w prawie międzynarodowym*, „Studia Prawnicze” 2002, nr 3.
- Kuczyński S., *Wstęp*, [w:] J. Baranowski, M. Libicki, A. Rottermund, M. Starnawska, *Zakon maltański w Polsce*, DiG, Warszawa 2000.
- Kuźniak B., *Zakon Kawalerów Maltańskich – suweren bez ziemi?*, [w:] J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz, *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Lange T., *Szpitalnicy, Joannici, Kawalerowie Maltańscy*, Dom Wydawniczy Bellona, Warszawa 1999.
- Libicki M., *Związek Polskich Kawalerów Maltańskich na emigracji po II wojnie światowej*, [w:] J. Baranowski, M. Libicki, A. Rottermund, M. Starnawska, *Zakon maltański w Polsce*, DiG, Warszawa 2000.
- Łaski P., *Status prawnomiędzynarodowy Zakonu Maltańskiego*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 1995, vol. XLII, nr 4.
- Ławniczak A., *Nowożytnie chrześcijańskie teokracje*, [w:] M. Grzybowski, G. Kuca (red.), *Ustroje – historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska*.

- Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Wyd. UJ, Kraków 2013.
- Ławniczak A., *Oryginalne rozwiązania systemów rządów na przykładzie Zakonu Maltańskiego*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 3.
- Łazowski A., Zawadzka-Łojek A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Manno V., *Informacja prasowa Ambasadora Zakonu Maltańskiego*, [online] <[https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WD/zakon\\_maltanski\\_20062004.html](https://opoka.org.pl/biblioteka/W/WD/zakon_maltanski_20062004.html)>.
- Mirecki T., *Struktura zakonu*, [online] <<http://zakonmaltanski.pl/zpkm/struktura-zakonu>>.
- Muszyński M., *Państwo w prawie międzynarodowym. Istota, rodzaje i atrybuty*, STO, Bielsko-Biała 2012.
- Orzeszyna K., *Podmiotowość i suwerenność prawnomiędzynarodowa Zakonu Maltańskiego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2005, t. XV, nr 2.
- Perkowski M., *Podmiotowość prawa międzynarodowego współczesnego uniwersalizmu w złożonym modelu klasyfikacyjnym*, Temida 2, Białystok 2008.
- Rykiel Z., *Podstawy geografii politycznej*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2006.
- Seward D., *Mnisi wojny*, Zysk i S-ka, Poznań 2005.
- Shaw M., *Prawo międzynarodowe*, Książka i Wiedza, Warszawa 2011.
- Sozański J., *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa Suwerennego Zakonu Kawalerów Maltańskich*, „Sprawy Międzynarodowe” 1990, nr 2.
- Sozański J., *Struktura organizacyjna Zakonu Maltańskiego na tle prawa międzynarodowego*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1990, nr 3–4.
- Sozański J., *Prawo traktatów: zarys współczesny*, Polskie Wydawnictwo Prawnicze Iuris, Warszawa 2008.
- Sutor J., *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, LexisNexis, Warszawa 2003.
- Tyranowski J., *Sukcesja państw a traktaty w sprawie granic*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1979.

## Summary

### *Sovereign Military Order of Malta as a subject of international law*

**Key words:** the Order of Malta, sovereignty, subjectivity, international law.

The Order of Malta, based in Rome, is widely regarded as a subject of international law. It is officially recognized by governments of over 100 countries and has numerous diplomatic missions. It has no territory. Its properties: two in Rome and one in Malta have the status of extraterritoriality. The Order is a party to international agreements, maintains diplomatic relations, participates in diplomatic life, international conferences, acts as an observer in various organizations (UN, UNESCO, UNICEF). The purpose of this publication is to determine the legal and international subjectivity of

the Order of the Knights of Malta. The authors in the publication make a historical analysis of the Maltese Order, as well as characterize its legal system. The article discusses the relationship with the Holy See. The views of doctrine regarding the subjectivity of the Maltese Order are also characterized. The assessment of legal subjectivity is made by certain attributes that have entities of international law. The publication also presents the practice of states in the field of cooperation with the Maltese Order in the international arena.

**Elżbieta Zębek**

**Natalia Kulbacka-Burakiewicz**

Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Prawnokarna ochrona wód w świetle prawa polskiego i czeskiego**

### **Wprowadzenie**

Zasoby wodne należą do podstawowych zasobów środowiska, niezbędnych do funkcjonowania człowieka i rozwoju gospodarczego. Jednakże działalność ludzi w znacznym stopniu przyczynia się do nadmiernego zanieczyszczenia zarówno wód powierzchniowych, jak i podziemnych. Dlatego tak istotna jest szczególna ochrona tych zasobów środowiska za pomocą instrumentów organizacyjnych i prawnych.

Prawna ochrona wód w UE została określona w Ramowej Dyrektywie Wodnej z 2000 r.<sup>1</sup>, ukierunkowanej na poprawę jakości wód powierzchniowych i podziemnych przy zachowaniu trwałej równowagi pomiędzy zjawiskami naturalnymi a działalnością człowieka – zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju. Za najistotniejszy cel niniejszej dyrektywy uznaje się utrzymanie i poprawę środowiska wodnego poprzez ustanowienie celów środowiskowych, które nakazują dążenie do wzmocnionej ochrony i polepszania środowiska wodnego, a także stopniowej redukcji emisji niebezpiecznych substancji priorytetowych<sup>2</sup>.

Zasady prawnokarnej ochrony środowiska, w tym i wód, zostały uregulowane w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/99/WE w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne<sup>3</sup>. Główną przesłanką powstania niniejszej dyrektywy było zaniepokojenie Wspólnoty wzrostem liczby przestępstw przeciwko środowisku. Ich skutki w coraz większym stop-

---

<sup>1</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiej i Rady nr 2000/60/WE z dnia 23 października 2000 r. ustanawiająca ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej (Dz.U. UE.L. 2000, nr 327, s. 1).

<sup>2</sup> J. Ciechanowicz-McLean, *Ramowa Dyrektywa Wodna a ochrona środowiska morskiego*, „Prawo Morskie” 2013, t. 29, s. 107–115.

<sup>3</sup> Dz.Urz. L 328 z 6 grudnia 2008 r., s. 28–37.

niu wykraczają bowiem poza granice państw, w których przestępstwa te są popełniane, stanowiąc zagrożenie dla środowiska i w związku z tym wymagają stosownej reakcji. Niniejsza dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia do ustawodawstwa krajowego sankcji karnych za poważne naruszenia przepisów prawa wspólnotowego dotyczących ochrony środowiska, w tym przestępstw przeciwko zasobom wodnym i powodujących znaczne pogorszenie jakości wód<sup>4</sup>.

Przykładami państw członkowskich UE, które wdrożyły przepisy niniejszych dyrektyw w zakresie ogólnych zasad ochrony wód oraz sankcjonowania nielegalnych czynów wobec tych zasobów środowiska do swojego prawodawstwa, są Rzeczpospolita Polska i Republika Czeska. Celem niniejszego artykułu jest wskazanie przepisów karnoprawnych w zakresie ochrony wód w prawodawstwie polskim na tle prawa czeskiego, szczególnie w zakresie przestępstw przeciwko środowisku. Analiza aktów prawnych oraz literatury przedmiotu w tym zakresie stanowi materiał badawczy niniejszego opracowania.

## **Podstawowe zasady ochrony wód w prawie polskim i czeskim**

W Polsce prawna ochron wód została uregulowana w ustawie z dnia 20 lipca 2017 r. – Prawo wodne (dalej jako u.p.w.)<sup>5</sup> w dziale III zatytułowanym „Ochrona wód”. Ustawodawca w rozdziale 1 określił cele ochrony wód i cele środowiskowe, zaznaczając przy tym, że wody są integralną częścią środowiska oraz siedliskiem dla organizmów i dlatego podlegają ochronie niezależnie od tego, czyją stanowią własność (art. 50). Zgodnie z art. 51 cytowanej ustawy, celem ochrony wód jest osiągnięcie celów środowiskowych dla jednolitych części wód powierzchniowych, jednolitych części wód podziemnych oraz obszarów chronionych, a także poprawa jakości wód oraz biologicznych stosunków w środowisku wodnym i na terenach podmokłych. Realizacja tych celów powinna być zapewniona w ten sposób, aby wody w zależności od potrzeb, nadawały się do: (a) zaopatrzenia ludności w wodę przeznaczoną do spożycia przez ludzi; (b) uprawiania sportu, turystyki lub rekreacji; (c) wykorzystywania do kąpieli; (d) bytowania ryb i innych organizmów wodnych w warunkach naturalnych, umożliwiających ich migrację. Ochrona tych wód w szczególności polega na unikaniu, eliminowaniu i ograniczaniu ich zanieczyszczenia przez wprowadzanie substancji szczególnie szkodliwych<sup>6</sup>. Należy

<sup>4</sup> Zob. więcej: W. Radecki, *Prawo karne środowiska. Część I. Ewolucja polskiego prawa karnego środowiska*, „Journal of Ecology and Health” 2010, nr 14(5), s. 215–220.

<sup>5</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 1566.

<sup>6</sup> Zob. także: B. Rakoczy, *Prawo ochrony środowiska. Prawo wodne. Ustawa o ochronie przyrody. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008.



przy tym zaznaczyć, że zgodnie z art. 52 u.p.w. ochrona wód jest realizowana z uwzględnieniem wyników oceny stanu wód podziemnych oraz powierzchniowych. Natomiast cele środowiskowe w myśl art. 55 u.p.w. to: osiągnięcie i utrzymanie dobrego stanu wód podziemnych, w tym dobrego stanu ilościowego wód podziemnych i dobrego stanu chemicznego wód podziemnych, dobrego stanu wód powierzchniowych, w tym dobrego stanu ekologicznego lub dobrego potencjału ekologicznego oraz dobrego stanu chemicznego wód powierzchniowych, lub norm i celów wynikających z przepisów, na podstawie których zostały utworzone obszary chronione, a także zapobieganie ich pogorszeniu, w szczególności w odniesieniu do ekosystemów wodnych i innych ekosystemów zależnych od wód<sup>7</sup>. Cele te mogą być osiągnięte m.in. poprzez ograniczenie odprowadzania ścieków do tych wód.

W Republice Czeskiej prawna ochrona wód została uregulowana zaś w ustawie z 28 czerwca 2001 r. o wodach<sup>8</sup>, w której – podobnie jak w prawodawstwie polskim – szczególnej ochronie podlegają wody powierzchniowe i podziemne. Wyodrębniona natomiast jest ochrona jakościowa i ilościowa tych wód. Ochrona jakości wód polega na ich ochronie przed źródłami zagrożeń, jakimi są ścieki i szkodliwe substancje. Nieco inaczej zdefiniowano tam ścieki. W prawodawstwie polskim bardzo szeroko ujęto ścieki wraz ze wskazaniem kategorii wód zużytych do różnych celów będących ściekami<sup>9</sup>. W pra-

<sup>7</sup> O systemie oceny stanu wód powierzchniowych i podziemnych zob. więcej: E. Zębek, *Międzynarodowe i krajowe podstawy prawne i bioindykatory (glony) oceny stanu jakości wód powierzchniowych*, [w:] E. Zębek, M. Hejbudzi (red.), *Odpowiedzialność za środowisko w ujęciu normatywnym*, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa UWM, Olsztyn 2017, s. 119–138; A. Napiórkowska-Krzebietke, *Ocena jakości/stanu/potencjału ekologicznego jednolitych części wód powierzchniowych – kryteria i unormowania prawne w Polsce*, [w:] ibidem, s. 147–160.

<sup>8</sup> Uplne zneni zakona c. 254/2001 Sb. O vodach a o zmene nekterych zakonu c. 98/200, sbirka zakonu CR, s. 5617.

<sup>9</sup> Zgodnie z art. 16 pkt 61 u.p.w. ściekami są wprowadzane do wód lub do ziemi: (a) wody zużyte na cele bytowe lub gospodarcze, (b) ciekłe odchody zwierzęce, z wyjątkiem gnojówki i gnojowicy przeznaczonych do rolniczego wykorzystania w sposób i na zasadach określonych w przepisach działu III rozdziału 4 oraz w przepisach ustawy z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz.U. z 2017 r. poz. 668 i 1566), (c) wody odciekowe ze składowisk odpadów oraz obiektów unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, w których są składowane odpady wydobywcze niebezpieczne oraz odpady wydobywcze inne niż niebezpieczne i obojętne, miejsc magazynowania, prowadzenia odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, wykorzystane solanki, wody lecznicze i termalne, (d) wody pochodzące z obiegów chłodzących elektrowni lub elektrociepłowni, (e) wody pochodzące z odwodnienia zakładów górniczych, z wyjątkiem wód wtłaczanych do górotworu, jeżeli rodzaje i ilość substancji zawartych w wodzie wtłaczanej do górotworu są tożsame z rodzajami i ilościami substancji zawartych w pobranej wodzie, z wyłączeniem niezanieczyszczonych wód pochodzących z odwodnienia zakładów górniczych, (f) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb w obiektach przepływowych, charakteryzujących się poborem zwrotnym, o ile ilość i rodzaj substancji zawartych w tych wodach przekracza wartości ustalone w warunkach wprowadzania ścieków do wód określonych w pozwoleniu wodnoprawnym, (g) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb albo innych organizmów wodnych w stawach o wodzie stojącej, o ile produkcja tych ryb lub organizmów rozumiana jako

wie czeskim zaś ściekami są wody zużyte w mieszkalnych, przemysłowych, rolniczych, zdrowotnych i innych budowlach i urządzeniach lub środkach komunikacji, jeżeli po zużyciu mają zmienną jakość, tj. skład lub temperaturę, a także inne wody odpływające z tych urządzeń w takich warunkach, że mogą zagrozić jakości wód powierzchniowych lub podziemnych. Ochrona ilości wód polega natomiast na określeniu niezbędnego minimalnego przepływu w przypadku wód powierzchniowych oraz minimalnego poziomu wód podziemnych<sup>10</sup>. Należy przy tym podkreślić, iż istotnym instrumentem prawnoadministracyjnym w ustawodawstwach obu krajów jest pozwolenie wodnoprawne, które reglamentuje ilość pobieranej wody i chroni wodę przed nadmiernym zanieczyszczeniem<sup>11</sup>.

## Ochrona prawno-karna wód w prawie polskim

Karnoprawna ochrona wód w Polsce jest sankcjonowana w postaci kar za nielegalne czyny zakwalifikowane jako wykroczenia lub przestępstwa przeciwko środowisku.

### Wykroczenia

W polskim systemie prawnym obowiązuje wiele przepisów udzielających karnoprawnej (*sensu largo*) ochrony w zakresie środowiska naturalnego. Jednakże w większości przypadków przepisy te określają delikty ściśle związane z regulacjami danej szczególnej ustawy i statuuja wykroczenia<sup>12</sup>. Wykroczenia za działania nielegalne w odniesieniu do zasobów wodnych zostały określone w Dziale XII prawa wodnego z 2017 r. w art. 473–479. Pierwsza grupa czynów sankcjonowanych z art. 473 u.p.w. polega na uniemożliwianiu lub

---

średnioroczny przyrost masy tych ryb albo tych organizmów w poszczególnych latach cyklu produkcyjnego przekracza 1500 kg z 1 ha powierzchni użytkowej stawów rybnych tego obiektu w jednym roku danego cyklu.

<sup>10</sup> Zob. więcej: M. Roliński, *Ochrona wód w prawie administracyjnym Republiki Czeskiej*, [w:] M. Górski, J. Bucińska, M. Niedziółka, R. Stec, D. Strus (red.), *Administracja publiczna – człowiek a ochrona środowiska. Zagadnienia społeczno-prawne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 326–330; W. Radecki, J. Rotko, *Podstawowe cechy czeskiego prawa wodnego z polskiej perspektywy*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2014, nr 1, s. 139–178; W. Radecki, J. Rotko, *Woda w stosunkach prawnych – dzieło autorów czeskich z perspektywy polskiej*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2016, nr 1, s. 89–124.

<sup>11</sup> Zob. więcej odnośnie prawodawstwa polskiego: E. Zębek, M. Szwejkowska, M. Raczkowski, *Pozwolenie wodnoprawne jako instrument reglamentacyjno-ochronny w użytkowaniu zasobów wodnych w działalności gospodarczej w kontekście sprawiedliwości ekologicznej*, [w:] T. Bojar Fijałkowski (red.), *Sprawiedliwość ekologiczna w prawie i praktyce*, Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 355–363.

<sup>12</sup> R. Zawłocki, *Karnoprawna ochrona środowiska naturalnego*, „Przegląd Prawa Karnego” 2014, nr 1, s. 127–146.

utrudnianiu korzystania z wód do zwalczania poważnych awarii, klęsk żywiołowych, pożarów lub innych miejscowych zagrożeń lub do zapobieżenia poważnemu i nagłemu niebezpieczeństwu grożącemu życiu lub zdrowiu osób, lub mieniu znacznej wartości, którego w inny sposób nie można uniknąć. W tym przypadku naruszeniu podlegają przepisy art. 31 ust. 1 dotyczące ww. czynności i czyny takie podlegają grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Jeśli następstwem takich czynów jest śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu człowieka lub znaczna szkoda w mieniu, to sprawca podlega grzywnie i karze pozbawienia wolności do lat 5. Kolejne sankcjonowane działania z art. 474 u.p.w. dotyczą wykonywania w pobliżu urządzeń wodnych lub pomiarowych robót lub czynności zagrażających tym urządzeniom, o czym stanowią przepisy art. 176 ust. 1, art. 192 ust. 1 pkt 3 lub art. 382 ust. 2 pkt 2. W myśl art. 176 ust. 1 zabronione są wszelkie działania, które mogą wpływać na szczelność lub stabilność wałów przeciwpowodziowych, np. przejeżdżanie przez te wały pojazdami lub konno, uprawianie gruntu w odległości mniejszej niż 3 m od stopy wału, prowadzenie przez osoby nieuprawnione robót lub czynności ingerujących w konstrukcję wałów przeciwpowodziowych czy lokalizowanie cmentarzy w odległości mniejszej niż 50 m od stopy wału. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 1 pkt 3 u.p.w., zakazuje się wykonywania w pobliżu urządzeń wodnych robót oraz innych czynności, które mogą powodować np. niedopuszczalne osiadanie urządzeń wodnych lub ich części, pojawienie się szczelin, rys lub pęknięć, uszkodzenie budowli regulacyjnych czy pogorszenie lub utratę funkcji urządzeń umożliwiających migrację ryb. Natomiast przepis art. 382 ust. 2 pkt 2 u.p.w. zakazuje przemieszczania urządzeń pomiarowych służb państwowych przez osoby nieupoważnione oraz wykonywania w pobliżu urządzeń pomiarowych służb państwowych czynności powodujących ich zniszczenie, uszkodzenie, zakłócenie prawidłowego funkcjonowania lub zmianę warunków obserwacji. Czyny te podlegają karze grzywny, ograniczenia albo pozbawienia wolności do roku, a jeśli następstwem tego czynu jest znaczna szkoda – karze grzywy i pozbawienia wolności do lat 2.

Kolejna grupa sankcjonowanych czynów z art. 475 u.p.w. jest związana z niszczeniem lub uszkodzaniem brzegów śródlądowych wód powierzchniowych, morskich, budowli, w tym murów, niebędących urządzeniami wodnymi, tworzących brzeg lub grunty pokryte śródlądowymi wodami powierzchniowymi. Czyny te są zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Następnie, zgodnie z art. 476 u.p.w., karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny podlega każdy, kto bez wymaganego pozwolenia wodnoprawnego albo z przekroczeniem warunków określonych w pozwoleniu wodnoprawnym korzysta z wody lub wykonuje urządzenia wodne albo inne czynności wymagające pozwolenia wodnoprawnego. Takiej samej karze podlega ten, kto nie wykonuje obowiązków określonych w decyzji stwierdzającej wygaśnięcie lub cofnięcie pozwolenia wodnoprawnego.

Czyny sankcjonowane z art. 477 u.p.w. dotyczą niewypełnienia obowiązku kontroli i monitoringu stanu użytkowanych wód oraz innych nielegalnych działań w następującym zakresie:

a) badania jakości wody w miejscu okazjonalnie wykorzystywanym do kąpieli (art. 42 ust. 1);

b) obowiązku przekazania właściwemu państwowemu powiatowemu lub państwowemu granicznemu inspektorowi sanitarnemu wyników badań jakości wody w miejscu okazjonalnie wykorzystywanym do kąpieli (art. 42 ust. 3);

c) oznakowania kąpieliska lub miejsca okazjonalnie wykorzystywanego do kąpieli (art. 45 ust. 1);

d) prowadzenia pomiarów ilości pobranej wody lub ilości i jakości ścieków (art. 101 ust. 1);

e) prowadzenia pomiarów ilości pobieranej wody (art. 101 ust. 3);

f) utrzymywania urządzeń wodnych (art. 188 ust. 1);

g) niszczenia lub uszkodzania urządzeń wodnych (art. 192 ust. 1 pkt 1);

h) utrudniania przepływu wody w związku z wykonywaniem lub utrzymywaniem urządzeń wodnych (art. 192 ust. 1 pkt 2);

i) uniemożliwiania wejścia na grunt (art. 208);

j) uniemożliwiania dostępu do wód na potrzeby wykonywania robót związanych z utrzymywaniem wód lub dla ustawiania znaków żeglugowych lub hydrologiczno-meteorologicznych urządzeń pomiarowych (art. 233 ust. 1);

k) zapewniania dostępu do wody w sposób umożliwiający powszechne korzystanie z wód (art. 233 ust. 2);

l) przekazywania wyników prowadzonych pomiarów ilości pobieranych wód podziemnych i wód powierzchniowych lub ilości i jakości ścieków wprowadzanych do wód lub do ziemi lub nieterminowo przekazywania tych wyników (art. 304);

m) prowadzenia kontroli wewnętrznej (art. 344 ust. 4).

Wszystkie ww. czyny podlegają karze grzywny.

Ostatnia grupa nielegalnych czynów z art. 478 u.p.w. jest związana z następującymi działaniami:

1) zmianą kierunku i natężenia odpływu znajdujących się na gruncie właściciela wód opadowych lub roztopowych lub kierunku odpływu wód ze źródeł, lub odprowadzaniem wody, lub wprowadzaniem ścieków na grunty sąsiednim wbrew przepisowi z art. 234 ust. 1;

2) grodzeniem nieruchomości przyległych do publicznych śródlądowych wód powierzchniowych lub do brzegu wód morskich lub morza terytorialnego, w odległości mniejszej niż 1,5 m od linii brzegu, lub zakazywaniem lub uniemożliwianiem przechodzenia przez ten obszar wbrew przepisowi z art. 232 ust. 1;

3) nieprzekazywaniem danych wchodzących w zakres informacji gromadzonych w systemie informacyjnym gospodarowania wodami wbrew przepisowi z art. 331 ust. 2;

4) niezapewnianiem dostępu do nieruchomości w zakresie niezbędnym do wyposażenia w przyrządy pomiarowe przez właściciela gruntu, któremu przysługuje prawo do zwykłego korzystania z wód w zakresie określonym w art. 33, czyli poboru wód lub wprowadzania ścieków do wód lub do ziemi (art. 36 ust. 6) wbrew przepisowi art. 36 ust. 7;

5) wprowadzaniem ścieków do wód lub do ziemi wbrew przepisom art. 75;

6) działaniami naruszającymi przepisy z art. 77 ust. 1, polegające na:

a) wprowadzaniu do wód odpadów lub ciekłych odchodów zwierzęcych;

b) splawianiu do wód śniegu wywożonego z terenów zanieczyszczonych, w szczególności z centrów miast, terenów przemysłowych, terenów składowych, baz transportowych, dróg o dużym natężeniu ruchu wraz z parkingami, lub składowaniu go na terenach położonych między wałem przeciwpowodziowym a linią brzegu wody lub w odległości mniejszej niż 50 m od linii brzegu wody;

c) gromadzeniu ścieków, odchodów zwierzęcych, środków chemicznych lub innych substancji lub materiałów mogących zanieczyścić wody, prowadzeniu odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zwłaszcza poprzez ich składowanie lub lokalizowaniu nowych cementarzy na obszarach szczególnego zagrożenia powodzią;

d) myciu pojazdów w wodach powierzchniowych lub nad brzegami tych wód;

e) pobieraniu z wód powierzchniowych wody bezpośrednio do opryskiwaczy rolniczych lub myciu opryskiwaczy rolniczych w tych wodach;

f) używaniu farb produkowanych na bazie związków organiczno-cynowych (TBT) do konserwacji technicznych konstrukcji podwodnych;

g) poruszaniu się pojazdami w wodach powierzchniowych lub po gruntach pokrytych wodami;

7) niezapewnianiem ochrony wód przed zanieczyszczeniem wbrew przepisom art. 83;

8) niewprowadzaniem czasowego zakazu poruszania się po wałach przeciwpowodziowych przez właściciela lub zarządcę wału przeciwpowodziowego wbrew przepisowi art. 177;

9) rozcieńczaniem ścieków w celu uzyskania ich stanu, składu lub minimalnego procentu redukcji substancji zanieczyszczających zgodnego z przepisami wydanymi na podstawie art. 99 ust. 1 pkt 2 wbrew przepisowi art. 79;

10) rolniczym wykorzystaniem ścieków wbrew przepisowi art. 84 ust. 4,

11) nieusuwaniem ścieków ze statku do urządzenia odbiorczego na lądzie wbrew przepisowi art. 83 ust. 5;

12) nieoznaczaniem granic terenu ochrony pośredniej lub ochrony bezpośredniej wbrew przepisowi art. 125 ust. 1 lub art. 129 ust. 1;

13) niestosowaniem się do zakazów, nakazów lub ograniczeń obowiązujących w strefie ochronnej, na obszarze ochronnym lub w strefie ochronnej urządzeń pomiarowych służb państwowych;

14) niszczeniem, uszkodzaniem lub przemieszczaniem tablic zawierających informacje o ustanowieniu strefy ochronnej lub stałe znaki stojące lub pływające, lub tablic zawierających informacje o ustanowieniu strefy ochronnej i zakazie wstępu osób nieupoważnionych wbrew przepisom art. 125 ust. 2 lub art. 129 ust. 3;

15) przemieszczaniem urządzeń pomiarowych służb państwowych bez upoważnienia wbrew przepisowi art. 382 ust. 2 pkt 1;

16) niewykonywaniem określonego w pozwoleniu wodnoprawnym obowiązku wykonania urządzeń zapobiegających szkodom lub zmniejszających negatywne skutki wykonywania tego pozwolenia wbrew przepisowi art. 403 ust. 1 pkt 2.

Powyższe czyny podlegają karze grzywny. Ponadto należy tutaj nadmienić, iż orzekanie w sprawach o czyny z art. 476–478 u.p.w. następuje na zasadach i w trybie przepisów Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia z 2001 r.<sup>13</sup>

## Przestępstwa

W prawodawstwie polskim przestępstwa przeciwko środowisku zostały uregulowane w kodeksie karnym z 1997 r.<sup>14</sup> w Rozdziale XXII w art. 181–188. W zamiarze prawodawcy przepisy tego rozdziału mają charakter generalny i kompleksowy, tzn. odnoszą się do wszystkich najważniejszych rodzajów karygodnych zachowań wobec środowiska naturalnego<sup>15</sup>, w tym do wód. Przestępstwa związane z zagrożeniem i zanieczyszczeniem zasobów wodnych w kodeksie karnym dotyczą przestępstw powodujących zanieczyszczenie zasobów środowiska, wśród których obok powietrza i powierzchni ziemi zostały uwzględnione wody. Zasoby te są zanieczyszczane głównie przez przemysł, rolnictwo, gospodarkę komunalną, a także przez niewłaściwe i niezgodne z prawem postępowanie z substancjami i odpadami niebezpiecznymi i promieniotwórczymi. Należy tutaj podkreślić, iż w kodeksie karnym ochrona środowiska przed zanieczyszczeniami została ujęta kompleksowo, ponieważ uwzględnia sankcje karne za działania skutkujące nie tylko zagro-

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1713 z późn. zm.).

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1137, 2138 z późn. zm.).

<sup>15</sup> R. Zawłocki, op. cit., s. 136.

żeniem życia lub zdrowia człowieka lub spowodowaniem zniszczeń w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach, ale także istotnym obniżeniem jakości wody<sup>16</sup> – będących przedmiotem analizy niniejszego opracowania i innych uprzednio wymienionych elementów środowiska. Pierwszym przestępstwem, które można odnieść do zasobów wodnych, jest czyn stypizowany w art. 182 k.k., na podstawie którego odpowiedzialność karną ponosi ten, kto zanieczyszcza wodę (powietrze lub powierzchnię ziemi) substancją albo promieniowaniem jonizującym w takiej ilości lub w takiej postaci, że może to zagrozić życiu lub zdrowiu człowieka lub spowodować istotne obniżenie jakości wody oraz innych elementów środowiska, w tym przyrodniczego w znacznych rozmiarach. Do wypełnienia znamion przestępstwa wystarczy zagrożenie życia lub zdrowia jednej osoby, a samodzielną przesłanką odpowiedzialności karnej stała się możliwość istotnego obniżenia jakości wody i innych składników środowiska<sup>17</sup>. Należy tutaj zaznaczyć, iż samo przekroczenie dopuszczalnych norm ilości substancji lub promieniowania wprowadzanych m.in. do wody nie stanowi przestępstwa z art. 182 k.k., jeżeli nie wywołało określonych ww. skutków. Czyn ten podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a jeśli sprawca tego czynu działał nieumyślnie – karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Natomiast jeżeli czyn ten został popełniony w związku z eksploatacją instalacji działającej w ramach zakładu, w zakresie korzystania ze środowiska, na które wymagane jest pozwolenie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, a w przypadku działania nieumyślnego – karze pozbawienia wolności do lat 3.

Kolejne przestępstwo wobec środowiska, a szczególnie zasobów wodnych, zostało określone w art. 183 k.k. Obok zagrożenia życia lub zdrowia człowieka, spowodowania obniżenia jakości powietrza lub powierzchni ziemi lub zniszczenia w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach, dotyczy ono także istotnego obniżenia jakości wody wskutek nielegalnego składowania, usuwania, przetwarzania, dokonywania odzysku, unieszkodliwiania albo transportu odpadów lub substancji. Czyn ten podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a w przypadku działania nieumyślnego – karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Natomiast art. 184 k.k. dotyczy niewłaściwego postępowania z materiałami jądrowymi albo innym źródłem promieniowania jonizującego, polegającego na przewożeniu, gromadzeniu, składowaniu, porzucaniu lub pozostawianiu bez zabezpieczenia takich materiałów, czego konsekwencją może być m.in. istotne obniżenie jakości wody. W tym przypadku czyn ten jest sankcjo-

<sup>16</sup> W. Radecki, *Wdrożenie dyrektywy unijnej o ochronie środowiska*, „Biuletyn Parków Krajo-  
brazowych Wielkopolski” 2011, nr 17(19), s. 5–19.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

nowany karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a przy działaniu nieumyślnym – karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Ostatnim czynem przeciwko środowisku wodnemu jest czyn stypizowany w art. 186 k.k., który przewiduje odpowiedzialność karną za naruszenie obowiązujących przepisów o utrzymaniu w należytym stanie urządzeń zabezpieczających wodę oraz innych elementów środowiska przed zanieczyszczeniem lub urządzeń zabezpieczających przed skażeniem promieniotwórczym lub promieniowaniem jonizującym. Odpowiedzialność ta ogranicza się więc tym samym do osób, na których ciąży prawny obowiązek dbania o wymienione zabezpieczenia<sup>18</sup>. Niewywiązanie się bowiem z tych obowiązków jest zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, a w przypadku nieumyślnego działania podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

Znamionami przestępstw przeciwko środowisku, w tym też zasobom wodnym, jest zniszczenie w znacznych rozmiarach oraz istotna szkoda w środowisku. Jednakże w prawodawstwie polskim jednoznacznie nie doprecyzowano tych pojęć. Jedynie w rozporządzeniu z 2002 r. w sprawie poważnych awarii objętych obowiązkiem zgłaszania<sup>19</sup> zaznaczono, iż istotną szkodę w środowisku można sklasyfikować jako skutek poważnej awarii. Zatem istotną szkodą w środowisku może być np. trwale uszkodzenie lub zniszczenie środowiska na powierzchni co najmniej 1 ha, a w odniesieniu do analizowanych zasobów wodnych – zanieczyszczenie śródlądowych wód powierzchniowych cieku naturalnego lub kanału na długości co najmniej 5 km, jeziora lub innego naturalnego zbiornika wodnego o powierzchni co najmniej 1 ha (§ 4 ust. 2). Niemniej jednak kodeks karny w art. 115 § 7 w zw. z § 5 i 6 definiuje znaczne szkody i w wielkich rozmiarach oparte na wskaźnikach liczbowych, gdzie znaczna szkoda oznacza wysokość przekraczająca 200 tys. zł, a w wielkich rozmiarach – 1 mln zł. W polskich typach kwalifikowanych funkcjonuje pojęcie istotnego obniżenia jakości wody i innych komponentów środowiska, co zapewne oznacza coś więcej niż przekroczenie standardów jakości środowiska<sup>20</sup>. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 34 p.o.ś.<sup>21</sup>, standardami jakości środowiska są

<sup>18</sup> W. Radecki (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza – rozwój – perspektywy*, Wyd. Difin, Warszawa 2010, s. 213; zob. także R. Dziembowski, M. Szejnkowska, E. Zębek, *Prawnokarna ochrona zasobów leśnych*, [w:] W. Pływczewski, M. Duda (red.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej, Wydział Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2013, s. 144–152.

<sup>19</sup> Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 30 grudnia 2002 r. w sprawie poważnych awarii objętych obowiązkiem zgłoszenia do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska (Dz.U. z 2003 r., nr 5, poz. 58).

<sup>20</sup> W. Radecki, *Ochrona środowiska w polskim, czeskim i słowackim prawie karnym. Studium porównawcze*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 222

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 519, 785, 898, 1089, 1529, 1566, 1888).



poziomy dopuszczalne substancji lub energii oraz pułap stężenia ekspozycji, które muszą być osiągnięte w określonym czasie przez środowisko jako całość lub jego poszczególne elementy przyrodnicze np. wody. Zanieczyszczenie środowiska, w tym wód, musi mieć więc charakter działania przekraczającego dopuszczalne normy ilości substancji lub promieniowania wprowadzanych właśnie do wód, powietrza lub powierzchni ziemi<sup>22</sup>.

## Ochrona prawnikarna wód w prawie czeskim

W Republice Czeskiej w odniesieniu do przestępstw wobec środowiska podstawową regulacją prawną jest kodeks karny z 2009 r.<sup>23</sup>, który obowiązuje od 1 stycznia 2010 r. Główną ideą tych regulacji było wzmocnienie odpowiedzialności karnej za uszkodzenie lub zagrożenie poszczególnych komponentów środowiska, takich jak wody, powietrze, gleby i inne<sup>24</sup>. Kodeks penalizuje zatem czyny nielegalne, których konsekwencją są szkody w środowisku i jego komponentach, także w zasobach wodnych, spowodowane również substancjami szkodliwymi i odpadami, w tym radioaktywnymi (nielegalne przemieszczanie)<sup>25</sup>. Ponadto określa odpowiedzialność karną za wyrządzone szkody w środowisku, ze szczególnym uwzględnieniem prawnikarnej ochrony zasobów wodnych i obszarów Natura 2000<sup>26</sup>.

Zgodnie z § 293 zatytułowanym „Uszkodzenie i zagrożenie środowiska”, sankcjom podlega każdy, kto sprzecznie z innymi przepisami prawnymi umyślnie uszkodzi lub zagrozi glebie, powietrzu lub wodzie w większym rozmiarze lub na większym obszarze albo w taki sposób, że może tym spowodować ciężki uszczerbek na zdrowiu lub śmierć, albo jeżeli do usunięcia następstwa takiego zachowania trzeba ponieść nakłady w znacznym rozmiarze, albo kto umyślnie takie uszkodzenie lub zagrożenie komponentu środowiska, w tym wody, zwiększy lub utrudni jego odwrócenie lub złagodzenie. Za ww. czyny grozi kara pozbawienia wolności do lat 3 albo zakaz działalności. Kara pozbawieniem wolności może być podwyższona od roku do lat 5, jeśli np. taki czyn został powtórzony, spowodował trwałe lub długo trwające uszkodzenie komponentu środowiska, w tym wód, lub do usunięcia następstw takiego czynu trzeba ponieść nakłady w większym rozmiarze.

<sup>22</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 262.

<sup>23</sup> Zakon č. 40/2009 Sb., trestni zakon.

<sup>24</sup> W. Radecki, *Nowy czeski kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8, s. 185–211; W. Stejskal, *New criminal regulatio of environmental protection in the Czech Republic*, „Czech Environmental Law” 2010, nr 4, s. 7–18.

<sup>25</sup> I. Jančařová, *Several remarks to criminal liability of legal persons to environmental protection*, [w:] M. Damohorský, V. Stejskal (red.), *Czech and European Environmental Law*, Czech Society for Environmental Law, Praga 2011, s. 59–68.

<sup>26</sup> M. Mizerová, *Criminal liability of legal persons in relations to environmental protection*, [w:] M. Damohorský, V. Stejskal (red.), op. cit., s. 69–77.

Następny § 294 „Nieumyślne uszkodzenie i zagrożenie środowiska” także odnosi się do ochrony komponentów środowiska, w tym wodnego. W tym przypadku sankcjom podlegają czyny szkodzące lub zagrażające glebie, wodzie, powietrzu lub innemu komponentowi środowiska, a wynikające z rażącego niedbalstwa i naruszenia innych przepisów prawnych. Oczywiście, aby czyn ten mógł być zakwalifikowany jako przestępstwo, musi nastąpić w większym rozmiarze lub na większym obszarze, albo w taki sposób, że może spowodować ciężki uszczerbek na zdrowiu lub śmierć, albo jeżeli do usunięcia następstw takiego zachowania trzeba ponieść nakłady w znacznym rozmiarze. Sankcjom podlega też każdy, kto z rażącego niedbalstwa takie uszkodzenie lub zagrożenie zwiększy, ewentualnie utrudni jego odwrócenie lub złagodzenie. Czyny te są zagrożone karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy albo zakazem działalności. W przypadku jednak popełnienia takiego czynu przez osobę, która naruszy jednocześnie ważny obowiązek wynikający z zatrudnienia, zawodu, stanowiska albo funkcji, a skutkiem takiego czynu jest trwale lub długo trwające uszkodzenie komponentu środowiska albo do usunięcia następstw takiego czynu trzeba ponieść nakłady w wielkim rozmiarze, kara może być podwyższona do 2 lat pozbawienia wolności. Ponadto w § 294a „Uszkodzenie zasobu wodnego” szczególnej ochronie prawnokarnej poddano wody i stypizowano czyny polegające na spowodowaniu uszkodzenia zasobu wodnego, dla którego ustanowiono strefę ochronną, tak, że przez to zaniknie lub zostanie znacznie osłabiony powód szczególnej ochrony zasobu wodnego na skutek rażącego niedbalstwa. Czyn ten zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 2.

Dobrami chronionymi przez omówione przepisy są przede wszystkim woda, ale także gleba, powietrze i inne komponenty środowiska. Podstawowe przesłanki tych przestępstw to: uszkodzenie środowiska, w tym wód, większy obszar oraz wartościowanie szkody. Uszkodzenie środowiska zostało zdefiniowane w § 2 ust. 8 ustawy o środowisku jako pogorszenie jego stanu zanieczyszczeniem lub innym działaniem człowieka ponad miarę wyznaczoną przepisami szczególnymi. Większy obszar oznacza obszar o powierzchni co najmniej 3 ha, a w przypadku analizowanych wód powierzchniowych z wyjątkiem cieków co najmniej 1 ha powierzchni wody (§ 296 ust. 1 tr. z.). W § 138 czeskiego kodeksu karnego wyceniono wartości szkód w środowisku. Szkada przekraczająca nieznaczną została wyceniona na 5 tys. koron, szkoda przekraczająca małą – 25 tys. koron, większa szkoda – 50 tys. koron, znaczna szkoda – 500 tys. koron, a szkoda w wielkim rozmiarze – 5 mln koron<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Zob. więcj: W. Radecki, *Ochrona środowiska...*, s. 202–203.

## Podsumowanie

Zasoby wodne są szczególnym zasobem środowiska i podlegają kompleksowej ochronie w krajach UE. W Polsce ustawodawca dość kompleksowo uregulował karnoprawną ochronę wód, kwalifikując czyny nielegalne powodujące szkody w tych zasobach jako wykroczenia i przestępstwa.

Wykroczenia zostały uregulowane w prawie wodnym z 2017 r. i należą do nich czyny o mniejszej szkodliwości niż przestępstwa. Wykroczeniem są bowiem działania polegające np. na nielegalnym grodzeniu nieruchomości do linii brzegowej, niszczeniu i uszkodzaniu brzegów wód śródlądowych czy niedopełnieniu obowiązków w zakresie ochrony urządzeń wodnych oraz kontroli i monitoringu stanu wód. Czyny te w większości przypadków zagrożone są karą grzywny.

Przestępstwa przeciwko środowisku, w skład którego wchodzi zasoby wodne, zarówno w Polsce, jak i w Czechach zostały uregulowane w kodeksach karnych, odpowiednio z 1997 r. i 2009 r. Niemniej jednak, analizując przepisy obu kodeksów, można zauważyć istotne różnice w podejściu do ochrony zasobów wodnych i innych komponentów środowiska. Kodeks czeski za punkt wyjścia uznaje naruszenie przepisu w ograniczeniu do przepisów ochrony środowiska lub jego komponentów, podczas gdy w kodeksie polskim brakuje tego typu wskazówki. Przestępstwa w kodeksie polskim są oparte głównie na skutku, czyli zniszczeniach w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach oraz spowodowaniu istotnej szkody. Znamiona przestępstw w czeskim kodeksie karnym są ściśle określone (tj. uszkodzenie komponentu środowiska, większy obszar), zaś szkody dokładnie wycenione w sposób stopniowany. W polskich przepisach karnych przesłanki wskazanych powyżej przestępstw nie są precyzyjnie zdefiniowane<sup>28</sup>. W regulacjach polskich można się natomiast posiłkować określonymi pojęciami „znacznej szkody” i „w wielkich rozmiarach” w przepisach dotyczących awarii przemysłowych. Jednakże nie doprecyzowano pojęcia znacznego obniżenia jakości wody i innych komponentów środowiska. Można jedynie domniemywać, że oznacza to znaczne przekroczenie standardów emisyjnych i jakości środowiska. Natomiast w kodeksie czeskim wyodrębniono uszkodzenie zasobu wodnego, czego brakuje w polskim kodeksie karnym. Ponadto inny jest wymiar kary za nielegalne czyny wobec komponentów środowiska, w tym wód. W czeskim kodeksie karnym uszkodzenie zasobu wodnego wynikające z rażącego niedbalstwa jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 2, uszkodzenie i zagrożenie środowiska do lat 3, a maksymalnie do lat 5, jeśli nastąpiło np. trwałe uszkodzenie wraz z zakazem działalności. W polskim kodeksie karnym nielegalne czyny, których konsekwencją jest znaczne obniżenie

<sup>28</sup> Ibidem, s. 201 i 204.

m.in. jakości wód, są sankcjonowane karą pozbawienia wolności do lat 5, a jeśli czyn był spowodowany nieumyślnie – do lat 2 pozbawienia wolności.

Reasumując, w celu poprawienia interpretacji przepisów w zakresie przestępstw przeciwko środowisku należy doprecyzować definicje znamion tych przestępstw. Pozwoliłoby to na skuteczniejsze ich egzekwowanie.

## Literatura

- Ciechanowicz-McLean J., *Ramowa Dyrektywa Wodna a ochrona środowiska morskiego*, „Prawo Morskie” 2013, t. 29.
- Dziembowski R., Szwejkowska M., Zębek E., *Prawnokarna ochrona zasobów leśnych*, [w:] W. Pływczewski, M. Duda (red.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej, Wydział Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2013.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Jančařová I., *Several remarks to criminal liability of legal persons to environmental protection*, [w:] M. Damohorský, V. Stejskal (red.), *Czech and European Environmental Law*, Czech Society for Environmental Law, Praga 2011.
- Mizerová M., *Criminal liability of legal persons in relations to environmental protection*, [w:] M. Damohorský, V. Stejskal (red.), *Czech and European Environmental Law*, Czech Society for Environmental Law, Praga 2011.
- Napiórkowska-Krzebietke A., *Ocena jakości/stanu/potencjału ekologicznego jednolitych części wód powierzchniowych – kryteria i unormowania prawne w Polsce*, [w:] E. Zębek, M. Hejbudzki (red.), *Odpowiedzialność za środowisko w ujęciu normatywnym*, Wyd. Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa UWM, Olsztyn 2017.
- Radecki W. (red.), *Instytucje prawa ochrony środowiska. Geneza – rozwój – perspektywy*, Wyd. Difin, Warszawa 2010.
- Radecki W., *Nowy czeski kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8.
- Radecki W., *Prawo karne środowiska. Część I. Ewolucja polskiego prawa karnego środowiska*, „Journal of Ecology and Health” 2010, nr 14(5).
- Radecki W., *Wdrożenie dyrektywy unijnej o ochronie środowiska*, „Biuletyn Parków Krajobrazowych Wielkopolski” 2011, nr 17(19).
- Radecki W., *Ochrona środowiska w polskim, czeskim i słowackim prawie karnym. Studium porównawcze*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.
- Radecki W., Rotko J., *Podstawowe cechy czeskiego prawa wodnego z polskiej perspektywy*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2014, nr 1.
- Radecki W., Rotko J., *Woda w stosunkach prawnych dzieło autorów czeskich z perspektywy polskiej*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2016, nr 1.
- Rakoczy B., *Prawo ochrony środowiska. Prawo wodne. Ustawa o ochronie przyrody. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Roliński M., *Ochrona wód w prawie administracyjnym Republiki Czeskiej*, [w:] M. Górski, J. Bucińska, M. Niedziółka, R. Stec, D. Strus (red.), *Administracja publiczna – człowiek a ochrona środowiska. Zagadnienia społeczno-prawne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Stejskal W., *New criminal regulatio of environmental protection in the Czech Republic*, „Czech Environmental Law” 2010, nr 4.

- Zawłocki R., *Karnoprawna ochrona środowiska naturalnego*, „Przegląd Prawa Karne-go” 2014, nr 1.
- Zębek E., *Międzynarodowe i krajowe podstawy prawne i bioindykatory (glony) oceny stanu jakości wód powierzchniowych*, [w:] E. Zębek, M. Hejbudzki (red.), *Odpowiedzialność za środowisko w ujęciu normatywnym*, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa UWM, Olsztyn 2017.
- Zębek E., Szwejkowska M., Raczkowski M., *Pozwolenie wodnoprawne jako instrument reglamentacyjno-ochronny w użytkowaniu zasobów wodnych w działalności gospodarczej w kontekście sprawiedliwości ekologicznej*, [w:] T. Bojar Fijałkowski (red.), *Sprawiedliwość ekologiczna w prawie i praktyce*, Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.

## Summary

### *Criminal law protection of waters in Polish and Czech law*

**Key words:** criminal water protection, Penal Code, Poland, Czech Republic.

The objective of this article is show the basic legal regulations in the range of water protection and the sanction system of crimes against environment on the basis of penal codes in Poland and Czech Republic. The crimes in the Polish Penal Code are based on the effect or considerable destruction and significant damage in the environmental elements, and in the case of waters – significant lower quality. However, these evidences of crimes are not strictly defined by the legislature. While in the Czech Penal Code, the basis of penal sanctions is infringement of environmental protection and its elements with the strictly defined the evidences of crimes such as damage of environmental component, larger area and also graduated valuation of environmental damages.



**Michał Pietkiewicz**

Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **The Integration Role of the European Space Agency Background History of the ESA**

The European Space Agency (ESA) was preceded by two separate organizations: The European Launcher Development Organization (ELDO)<sup>1</sup> and the European Space Research Organization (ESRO)<sup>2</sup>, which were both formed in 1964<sup>3</sup>. The two administrations were active until 1974 and 1975, respectively, when they were merged together to form the ESA<sup>4</sup>. Over the course of its 10 active years, ELDO managed to launch four rockets successfully, and ESRO launched its first satellite successfully in 1968, and launched a total of seven<sup>5</sup> satellites successfully before it was merged with ELDO. The ESA convention<sup>6</sup> documents were signed by the 10 original countries – Belgium, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland and the UK – in 1975, but the ratification procedures were not completed until five years later, in 1980. For these five years, the ESA was operational but did not legally exist<sup>7</sup>.

The most prominent difference between the two preceding organizations and the ESA<sup>8</sup> was that the organisation redirected the agency's focus from

---

<sup>1</sup> Convention for the Establishment of a European Organisation for the Development and Construction of Space Vehicle Launchers, London, done 29 March 1962, entered into force 29 February 1964, expired 30 October 1980; 507 UNTS 177; UKTS 1964 No. 30; Cmnd. 2391; ATS 1964 No. 6.

<sup>2</sup> Convention for the Establishment of a European Space Research Organisation, Paris, 14 June 1962, entered into force 20 March 1964, expired 30 October 1980; 158 UNTS 35; UKTS 1964 No. 56; Cmnd. 2489.

<sup>3</sup> J. Kringe, A. Russo, *History of the ESA*, vol. I: *The Story of ESRO and ELDO, 1958–1973*, European Space Agency-Publications-ESA SP, 2000. p. 1235.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> The text of the ESA Convention (Ref. CSE/CS(73)19, rev. 7) was approved by the Conference of Plenipotentiaries held in Paris on 30 May 1975.

<sup>7</sup> J. Kringe, A. Russo, *op. cit.*, p. 1235.

<sup>8</sup> K. Kiszka, *Przestrzeń pozaziemska obszarem zainteresowania nauk o bezpieczeństwie. Kosmiczny wymiar bezpieczeństwa Polski*, „De Securitate et Defensione. O Bezpieczeństwie i Obronności” 2016, No 2(2), p. 130.

science and theoretical based studies, and instead based the research and funding on satellite applications until around 1981<sup>9</sup>, wherein the focus again changed from satellites to development of the Ariane-5 Heavy-Lift Launch Vehicle (HLLV), and the decision to participate in the proposed space station – to become the International Space Station – that was at the time being proposed by NASA for international cooperation<sup>10</sup>.

In 1983, the ESA's first EU astronaut was launched into space in a US space shuttle<sup>11</sup>, along with the first mission for the ESRO-designed Space-lab<sup>12</sup>. The next significant achievement for the ESA was its first interplanetary mission in 1986, when the Giotto robotic spacecraft successfully studied Comet Halley as it passed the Earth and came within 596 kilometers of the comet's nucleus<sup>13</sup>.

In 1988, the Ariane 4 space shuttle was launched for the first time and over the next 15 years, completed 113 successful flights for the ESA<sup>14</sup>, launching satellites, communications devices and become known as one of the most versatile space launchers available<sup>15</sup>.

In 1990, the ESA contributed towards NASA's Hubble Telescope project, which was the largest and most versatile space telescope in the world at the time. The ESA provided funding for the project after budgetary concerns, and also donated one of the instruments for the telescope, solar cells to power the telescope and a number of staff to work on the telescope. In return, the ESA would receive 15% of the overall viewing time on the telescope<sup>16</sup>.

In 1997, the Ariane 4 was replaced by the Ariane 5, a heavier, larger rocker capable of launching heavier payloads. The final version of agreements concerning ISS were proposed and agreed upon in 1998, by NASA, the ESA, the Russian Federal Space Agency (Roscosmos State Corporation), Japan Aerospace Exploration Agency (JAXA) and the Canadian Space Agency (CSA)<sup>17</sup>.

---

<sup>9</sup> J. Kringe, A. Russo, op. cit., p. 1235.

<sup>10</sup> R. Bonnet, V. Manno, *International Cooperation in Space: The Example of the European Space Agency (Vol. 6)*, Harvard University Press 1994, p. 180.

<sup>11</sup> Dr. Ulf Dietrich Merbold born June 20, 1941.

<sup>12</sup> L. Dawson, *The Post-Apollo and Space Shuttle Era. In The Politics and Perils of Space Exploration*, Springer International Publishing 2017, p. 127–152.

<sup>13</sup> O. Shalygina, H. Keller, J. Blum, *Re-analysis of the Giotto Mission Data Obtained by the Halley Multicolour Camera (HMC) with Aim of Large Particles Detection in the Inner Coma of Comet 1P/Halley*, [in:] *European Planetary Science Congress 2015*, vol. 10, 2015, p. 592.

<sup>14</sup> J. Jazequel, B. Meyer, *Design by Contract: The Lessons of Ariane*, "Computer" 1997, No. 30(1), pp. 129–130.

<sup>15</sup> B. Harvey, *Europe's Space Programme: To Ariane and Beyond*, Springer Science & Business Media 2003, p. 29.

<sup>16</sup> D. Shayler, D. Harland, *The Hubble Space Telescope: From Concept to Success*, Springer 2015, p. 98.

<sup>17</sup> R. Moenter, *The International Space Station: Legal Framework and Current Status*, "Journal of Air Law and Commerce" 1998, vol. 64, p. 1033.



The ISS was built in orbit, piece by piece, over 40 missions, beginning in 1998 with the Russian “Zarya” control module<sup>18</sup>.

## Space Law within EU Countries and the Role of ESA

A number of rules and regulations have been adopted by the ESA concerning projected activities in space, to secure the organization financially and legally, and promote peaceful cooperation between intergovernmental organizations, and to further the science and technology available to all<sup>19</sup>. An historical and current overview of the legal framework in which the ESA operates will be given, and reasons for encouraging these laws will be discussed.

Space law was initially formulated as a necessity when the first satellite, Sputnik, was launched by Russia in 1957<sup>20</sup>. In 1958, shortly after the launching of the first artificial satellite, the General Assembly in resolution 1348 (XIII) established an *ad hoc* Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS), composed of 18 members<sup>21</sup>. In 1959 by General Assembly resolution 1472 XIV established COPUOS as a permanent body, which had 24 members at the time, and reaffirmed its mandate for reviewing international cooperation in peaceful uses of space, planning programs in this area to be carried out under UN sponsorship, encouraging research and information dissemination on space issues, and studying legal problems stemming from space exploration<sup>22</sup>. The work of COPUOS has been assisted by the two subcommittees, the Scientific and Technical Subcommittee and the Legal Subcommittee. The Legal Subcommittee is the organ in which 1960s and 1970s within the framework of the ongoing work the main international treaties on space were drafted<sup>23</sup>. These treaties are<sup>24</sup>:

<sup>18</sup> P. Bizony, *Island in the Sky: Building the International Space Station*, Aurum Press 1996, p. 78.

<sup>19</sup> I. Słomczyńska, *Wykorzystanie zasobów kosmicznych Unii Europejskiej dla realizacji celów Wspólnej Polityki Bezpieczeństwa i Obrony*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2014, No. 8, p. 122.

<sup>20</sup> P. Dickson, *Sputnik: The Shock of the Century*, Bloomsbury Publishing USA 2001, p. 110.

<sup>21</sup> *COPUOS History*, available at: <[www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/history.html](http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/history.html)> (access: 30.09.2017).

<sup>22</sup> E. Galloway, *Consensus as a Basis for International Space Cooperation*, Proceedings of the 20<sup>th</sup> Colloquium on the Law of Outer Space, mimeo 1977.

<sup>23</sup> M.V. Yanovsky, *Rol OON v formirovaniyi norm kosmicheskovo prava*, “Sovetskoye gosudarstvo i pravo” 1969, No. 11, pp. 65–68; I. Herczeg, *Space Treaties and Law-Making Process in International Law*, “Questions of International Law” Budapest 1971, p. 51–65; E. Kamenetskaya, *The Role of International Space Law*, Proceedings of the 16<sup>th</sup> Colloquium on the Law of Outer Space, California 1974, pp. 42–44.

<sup>24</sup> More about treaties see: M.J. Listner, *The Ownership and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundational Law and Future Legal Challenges to Current Claims*, “Regent Journal of International Law” vol. 1, pp. 75–94.

- Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies<sup>25</sup>;
- Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Space Objects Launched into Outer Space<sup>26</sup>;
- Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects<sup>27</sup>;
- Convention of Registration of Objects Launched into Outer Space<sup>28</sup>;
- Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies<sup>29</sup>.

Since that time, space law has evolved and developed considerably into the complex framework, as the world's use of space-based resources has increased<sup>30</sup>. The ESA has been instrumental in formulating, integrating and evolving these laws as the overview on space research, theory and exploration has changed, and is one of the only space agencies in the world that lists "responsibility" as one of the main priorities of their research<sup>31</sup>.

The ESA is the main space agency for most of the countries in the EU. The European Community and ESA adopted a framework agreement<sup>32</sup> on 25 November 2003 which entered into force on 28 May 2004. The agreement aimed to provide a basis for "the coherent and progressive development of an overall European space policy" and a "common basis and appropriate arrangements for an efficient and mutually beneficial cooperation" between the two parties<sup>33</sup>. The new European space policy (ESP) was adopted by the Commission in April 2007<sup>34</sup>. A 2007 document, the European Space Policy<sup>35</sup>,

---

<sup>25</sup> The Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, Jan. 27, 1967, 610 U.N.T.S. 205 [hereinafter the Outer Space Treaty].

<sup>26</sup> Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Space Objects Launched into Outer Space, Apr. 22, 1968, 672 U.N.T.S.119 [hereinafter the Rescue Agreement].

<sup>27</sup> Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, Nov. 29, 1971, 961 U.N.T.S. 187 [hereinafter the Liability Convention].

<sup>28</sup> Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, November 12, 1974, 1023 U.N.T.S. 15 [hereinafter the Registration Convention].

<sup>29</sup> Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, Dec. 18, 1979, 1363 U.N.T.S. 3 [hereinafter the Moon Treaty].

<sup>30</sup> I. Csabafi, *The Concept of State Jurisdiction in International Space Law: A Study in the Progressive Development of Space Law in the United Nations*, Springer 2012, pp. 172.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Council Decision of 29 April 2004 on the conclusion of the Framework Agreement between the European Community and the European space agency, OJ L 261, 6.08.2004, pp. 63–68.

<sup>33</sup> K. Myszone-Kostrzewa, *Rada ds. Przestrzeni Kosmicznej*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, vol. 3: Z. Brodecki (ed.), *Prawo Unii Europejskiej*, 2014, p. 204.

<sup>34</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament "European space policy", COM(2007) 212, 26 April 2007.

<sup>35</sup> Resolution on the European Space Policy, ESA BR 269 22.05.07.

was created in order to promote peaceful cooperation in the international space community. The policy consists of five major ideas, which are:

1. Coordinating more efficacious civil space programs between the ESA, the EU and their respective Member States that guarantees worth and removes excess copies, therefore meeting the shared necessities of Europe<sup>36</sup>.

2. Processing and achieving European applications in space such as a global navigational satellite system (GALILEO) and the Global Monitoring for the Environment and Security (GMES) and artificial satellite communication utilization<sup>37</sup>.

3. Conserving the EU's independent access to space<sup>38</sup>.

4. Increasing the activity between defense, national space programs, and technologies in order to pursue, in particular, the ability to make use of the information gained from of civil/military data systems<sup>39</sup>.

5. Securing the fact that the space policy is consistent with, and assists the logistics of the EU's external relationships<sup>40</sup>.

Within the construct of these ESA frameworks, each EU nation is able to create their own targeted space laws, as they see fit, as long as those laws are within compliance to the ESA framework. The European Centre for Space Law is tasked with ensuring that the national level laws created within those countries do not go against any cooperative agreements with other countries in addition to identifying whether or not such national laws are in compliance with ESA laws<sup>41</sup>. The United Nations (UN) also maintains a collection of the written and enacted laws and regulations for each nation under the United Nations Office for Outer Space Affairs, spanning EU countries and all other countries who are a part of the UN or who have cooperative agreements with EU or UN member states<sup>42</sup>.

The ESA has been integral in convening these laws through the EU countries, and the laws benefit all EU nations. This is especially so for the "Developing Countries" principle, whereby these countries gain access to the same knowledge as other nations, but through the ESA's integrated "fair

---

<sup>36</sup> P. Haanappel, *The Law And Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, Kluwer Law International 2003, p. 45.

<sup>37</sup> C. Donlon, B. Berruti, A. Buongiorno et al., *The Global Monitoring for Environment and Security (GMES) Sentinel-3 Mission*, "Remote Sensing of Environment" 2012, vol. 120, p. 37–57.

<sup>38</sup> I. Csabafi, *The Concept of State Jurisdiction in International Space Law: A Study in the Progressive Development of Space Law in the United Nations*, Springer 2012, p. 87.

<sup>39</sup> R. Bonnet, V. Manno, op. cit., p. 180.

<sup>40</sup> N. Bobrinsky, L. Del Monte, *The Space Situational Awareness Program of the European Space Agency*, "Cosmic Research" 2010, No. 48(5), pp. 392–398.

<sup>41</sup> About ESCL, Retrieved from <[www.esa.int/About\\_Us/ESCL\\_European\\_Centre\\_for\\_Space\\_Law/About\\_ESCL](http://www.esa.int/About_Us/ESCL_European_Centre_for_Space_Law/About_ESCL)> 2017, p. 1.

<sup>42</sup> United Nations Office for Outer Space Affairs. National Space Law Collection. Retrieved from <[www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/index.html](http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/index.html)> 2017, p. 1.

return” policy, means that they only contribute to mandatory activities, and can opt in or out of others, based on their budgets<sup>43</sup> or interests<sup>44</sup>.

At the same time, the ESA has taken international space law, such as the policies above, and the Outer Space Law, to mandate laws to its member states, such as the ESA Convention and the ESA Space Policy. The ESA Convention, which was initiated and opened to be signed<sup>45</sup> on 30 May 1975, entering into legality on 30 October 1980<sup>46</sup>, coupled with the Terms of Reference and Rules of Procedure of the ESA Council and secondary members<sup>47</sup>, supplies the legal structure for reference to making decisions and taking actions within the ESA<sup>48</sup>. The legality of these agreements warrants the legally tight result of any decision the ESA Council makes along with its subordinate bodies.

The ESA’s ability to come to decisions and the quality of these decisions determine they have discovered the optimum technique of leading and dividing space activities whilst being guided and viewed as an intergovernmental state. The states that are members of the ESA are unequivocally at the center of the ESA’s instrumentation, bearing in mind that the ESA as an organization, and, as a result, nonexempt to international law, does not own a wide range of freedom when it comes to declaring and altering competencies<sup>49</sup>. As a result of this fact, the construction of the framework of the ESA’s decision-making determines that all significant decisions or actions are decided on by delegates from member states, or the states can determine to refer the decision to the Director General, an authority of the organization<sup>50</sup>. Nevertheless, it is the member states that possess the power to make significant decisions, regardless of the initial decision of the Director General.

Processing and accomplishing European applications in space like the global navigational satellite system (GALILEO<sup>51</sup>), fully operational at this

<sup>43</sup> More about budget and financing national space agencies see: M. Mroczek, *Warunki, które determinują wykorzystanie przez Polskę swojego członkostwa w Europejskiej Agencji Kosmicznej*, „Prace Instytutu Lotnictwa” 2016, No. 2(243), p. 156.

<sup>44</sup> T. Masson-Zwaan, *Recent Developments in EU Space Policy and Law*, “The Korean Journal of Air & Space Law and Policy” 2010, No. 25, p. 11.

<sup>45</sup> ESA Convention and Council Rules of procedure, ESA 2010.

<sup>46</sup> C. Baudin, *Cooperation and International Agreements, Article XIV of the ESA Convention*, “Air & Space Law” 1998, No. 23, p. 8.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> S. Hobe, *Prospects for a European Space Administration*, “Space Policy” 2004, No. 20(1), p. 25–29.

<sup>49</sup> K. Madders, W. Thiebaut, *Two Europes in One Space: The Evolution of Relations between the European Space Agency and the European Community in Space Affairs*, “Journal of Space Law” 1992, No. 20, p. 117.

<sup>50</sup> T. Masson-Zwaan, op. cit., p. 13.

<sup>51</sup> N. Danecka, *Współpraca międzynarodowa w zakresie praktycznego wykorzystania sztucznych satelitów Ziemi*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2011, No. 1, p. 28.

time, and the Global Monitoring for the Environment and Security (GMES<sup>52</sup>) and artificial satellite usage<sup>53</sup> is another role taken on by the ESA. The Organisation is responsible for preserving the EU's autonomous access to space<sup>54</sup>, increasing the action between defense, national member's space programs and technological advances and pursue, in particular, the ability to make use of the data gained from civil/military information systems<sup>55</sup>; Assuring the information that the space policy is accordant with, and aids the logistics of the EU's extraneous relationships<sup>56</sup>. The European Space Policy was drafted by the ESA's Director General and the European Commission, giving the ESA a huge hand in this major step up in policy for Europe's exploration of space, making it a larger force in the field on a global scale. The ESA has worked closely with the EU for over 15 years now<sup>57</sup>, and in this time the collaboration has allowed measures to be taken on a larger scale that if a single organization were to tackle it. An example of this is the ESA and EU's stance on space debris<sup>58</sup>.

The ESA has also taken measures to attempt to mediate the growing space debris situation. Due to the nature of the ESA, being the fact that it is an intergovernmental organization consisting of multiple countries, many of whom both have their own national space agency and are part of the EU, the ESA has a large stake in the litigation that these countries all adhere to<sup>59</sup>. This relationship allowed the debris debate to occur at multiple levels at an increased rate, which prompted the current standing body for the problem, the Inter-Agency Space Debris Coordination Committee (IADC), to produce guidelines in 2002 that were hugely influenced by a previous publishing by the ESA, and the current guidelines were advised by the ESA themselves<sup>60</sup>.

The fact that the ESA is so interlinked between the different national space agencies and the EU gives rise to the indication that they may have

---

<sup>52</sup> M. Podemski, *Europejska Agencja Kosmiczna*, „Przegląd Geologiczny” 2005, vol. 53, No. 3.

<sup>53</sup> T. Masson-Zwaan, op. cit., p. 7.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 7–8.

<sup>55</sup> W. Rathgeber, N. Remuss, K. Schrogl, *Space Security and The European Code of Conduct for Outer Space Activities*, “Disarmament Forum” 2009, No. 10(4), p. 35.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>57</sup> S. Zabusky, E. Stacia, *Boundaries at Work: Discourses and Practices of Belonging in the European Space Agency*, [in:] I. Bellier, T. M. Wilson (eds.), *An Anthropology of European Union. Building, Imagining and Experiencing the New Europe*, Berg, Oxford 2000, pp. 179–200.

<sup>58</sup> R. Borek, *Powstawanie i rozprzestrzenianie śmieci kosmicznych w świetle przepisów Unii Europejskiej*, „Obronność. Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania i Dowodzenia Akademii Obrony Narodowej” 2016, No. 1(17), pp. 17–31.

<sup>59</sup> J. Wouters, P. De Man, R. Hansen, *Space Debris Remediation, its Regulation and the Role of Europe*, Working Paper No. 153, March 2015, p. 9.

<sup>60</sup> Ł. Kaługa, *Współczesne tendencje regulacyjne międzynarodowego prawa kosmicznego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, No. 7(4), p. 62.

a part to play in future policy making – when the eventual necessity to remediate existing space debris occurs – aided by the political powers of the EU<sup>61</sup>.

The ESA and the EU have held consultations since the year 2000, holding an annual “Space Council” since 2004. This is an important event where the two groups discuss their shared goals, and how they can help each other achieve them. Pressing issues, such as space and climate change, the Lisbon strategy, space security and space exploration are discussed, and it was at the 2007 “Space Council” that the European Space Policy was created<sup>62</sup>.

The 2009 integration of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), more often called the Lisbon Treaty<sup>63</sup>, determine the EU’s competencies in the field of space activities. Although the EU had been working and collaborating with ESA for ten years prior to the treaty, there was no legal framework, obligation or basis for it to do so before the treaty took place.

Paragraph two in Article 4 of the TFEU lists the areas of shared competence between the EU and its member states, which include transport, and, thus, aviation. Any relation to space in the article is not made until paragraph three, which proposes: “In the areas of research, technological development and space, the Union shall have competence to carry out activities, in particular to define and implement programs; however, the exercise of that competence shall not result in Member States being prevented from exercising theirs”<sup>64</sup>. The fact that “space” is mentioned in Article Four of the treaty gives the implication that it is a “shared” competence, as the name of the article states. Moreover in Article 189 TFEU stipulates that The Union shall establish any appropriate relations with the European Space Agency.

Still, due to the fact that it is not included in the list of shared competencies in the second paragraph but in a removed paragraph, the “space” competence, has been given a somewhat specialized treatment by the Treaty, allowing the EU to exercise unique reflections on its space competence. This means that in the case of the “average” mutual competencies detailed in the second paragraph, all member state’s competencies are ancillary to the EU competence, meaning that an individual state can exercise their competence

---

<sup>61</sup> J. Wouters, P. De Man, R. Hansen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>62</sup> R. Thirsk, A. Kuipers, C. Mukai, D. Williams, *The Space-Flight Environment: The International Space Station and Beyond*, “Canadian Medical Association Journal” 2009, No. 180(12), pp. 1216–1220.

<sup>63</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, signed at Lisbon, 13 December 2007, (TFEU), OJ 2008/C 115/47.

<sup>64</sup> European Union, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 December 2007, 2008/C 115/01, available at: <[www.refworld.org/docid/4b17a07e2.html](http://www.refworld.org/docid/4b17a07e2.html)> Article 4.3.

only if the EU does not, and is not planning to, use its own competence; this is what is named in the legislation as the “preemption principle”<sup>65</sup>. In the context of space, the competencies of the EU and its member states are co-existent in the sense that a member state of the EU does not have to delay their own actions whilst they wait for the EU to make a decision on its own action.

Closer ties and an increase in cooperation between ESA and the EU, beginning with the increased freedom of the member states in the act of space-related decisions, and coupled with the financial and political backing of the EU, will bring substantial benefits to Europe by guaranteeing member states full and unrestricted access to services provided by space systems in support to its policies, and encouraging the increasing use of space to improve the lives of its citizens<sup>66</sup>.

For existing joint enterprises between the EU and the ESA, consider such items as the European Geostationary Navigation Overlay Service (EGNOS)<sup>67</sup>, the global satellite navigation system called “Galileo”<sup>68</sup>, and Global Monitoring for Environment and Security (GMES) initiative<sup>69</sup>. In April 2014, the GMES programme was renamed Copernicus in a regulation extending European Union support for the programme<sup>70</sup>. Copernicus is composed of various systems: earth observation satellites and in situ- sensors such as ground stations, airborne and sea-borne sensors<sup>71</sup>. The ESA is in charge of developing the Sentinel satellites that represent the main part of the space segment of Copernicus. The programme collects and processes the data received from its systems across six thematic areas: land, marine, atmosphere, climate change, emergency management, and security. The data allow public authorities and private companies to develop services on a wide range of applications from environment protection and management of urban areas to fisheries, civil protection and tourism<sup>72</sup>. These technological

---

<sup>65</sup> C. Kirchner, *Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution*, “Constitutional Political Economy” 1997, No. 8(1), pp. 71–87.

<sup>66</sup> *Esa And The Eu*, available online at: <[www.esa.int/About\\_Us/Welcome\\_to\\_ESA/ESA\\_and\\_the\\_EU\(print\)](http://www.esa.int/About_Us/Welcome_to_ESA/ESA_and_the_EU(print))> (access: 2.07.2017).

<sup>67</sup> Agreement between the European Community, the European Space Agency and the European organisation for the safety of air navigation on a European contribution to the development of a global navigation satellite system (GNSS), OJ L 194, pp. 16–24, 10 July 1998.

<sup>68</sup> K. Myszone-Kostrzewa, *Galileo*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, vol. 3, pp. 87–88.

<sup>69</sup> D. Ilcev, S. Moyo, *European Geostationary Navigation Overlay Service (EGNOS)*, IST-Africa Conference Proceedings, IEEE 2011. pp. 1–14.

<sup>70</sup> Regulation (EU) No 377/2014 of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 establishing the Copernicus programme and repealing Regulation (EU) No 911/2010, OJ L 122, pp. 44–66, 24 April 2014.

<sup>71</sup> K. Myszone-Kostrzewa, *Copernicus*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, vol. 3, pp. 40–41.

<sup>72</sup> *Copernicus Europe’s eyes on Earth*, available online: <<http://www.copernicus.eu/main/copernicus-brief>> (access: 26.09.2017).

aspects aside, the EU and ESA have also agreed upon ways to co-ordinate their scientific research and technological evolution attempts, specifically in the area of technologies.

Also included in the entry of the Lisbon Treaty is the European Union's plans for a European Space Program, for which the EU has a specific competence<sup>73</sup>. The execution and planning of this space program is anticipated to imply more levels of group action between the ESA and the EU, using the ESA's space and technological knowledge, and the EU's political and financial power.

The increased number of large-scale programs formulated by the European Space Council and the EU in recent years has increased discussions concerning the militarization of space for non-peaceful purposes. For the majority of the past, until recent years, the EU and ESA collaborated purely on the research and undertaking of non-military activities with regards to space, however the legislation detects a new displacement towards defense and security content, as represented, for example, by the reality that in 2008, the ESA Ministerial Council acknowledged the agreement to designate funding to the cause of Space Situational Awareness (SSA)<sup>74</sup>. This can be coupled with the fact that the EU acknowledged the military implications of the Galileo device<sup>75</sup>. The inquiry remains whether these implications are in understanding with the ESA Convention or with EU law, but it goes without question that many of the high technology devices developed by the ESA could technically be used for military purposes<sup>76</sup>.

A paper on ESA and the Defense Sector published in 2004 provided the established representation of the "peaceful purposes" grammatical construction in the ESA Convention, which could be construed as anything that was not offensive or aggressive, and determined the potential of outer space for the utilization of security and defense mechanisms of the highest caliber<sup>77</sup>. The ESA's "Space Situational Awareness Preparatory Program" (SSA-PP) has the overall objective to give assistance to Europe's autonomous employment of and accession to space, given the focused goals of transmitting timely and accurate satellite content, information and service with regards to the space situation, paying close attention to anything that could cause da-

---

<sup>73</sup> Official Journal of the European Union, 6 August 2004, p. 261, 310.

<sup>74</sup> N. Bobrinsky, L. Del Monte, op. cit., pp. 392–398.

<sup>75</sup> J. Hasik, M. Rip, *An Evaluation of the Military Benefits of The Galileo System*, 15<sup>th</sup> International Technical Meeting of the Satellite Division of The Institute of Navigation 2002, p. 320.

<sup>76</sup> A. Quinn, *The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space*, "Minnesota Journal of International Law" 2008, No. 17, p. 475.

<sup>77</sup> I. Oikonomou, *The European Defence Agency and EU Military Space Policy: Whose Space Odyssey?*, "Space Policy" 2012, No. 28(2), pp. 102–109.



mage to the member states in both the EU and the ESA<sup>78</sup>, which given the increasing technological advantages of recent years, could become an increasingly worrisome notion.

## Conclusions

The ESA is still the mainframe of the European space agenda, and is only becoming more of a global factor with increasing support and political collaboration from the EU. With a stronger unified voice between the ESA, the EU and the respective member states of each group, Europe as a space power can begin to show strength on a global scale, and have a true say in international issues such as space debris, militarization of space and the updating and mediating of space laws. Although space laws were created out of a necessity for international cooperation and concern over the type of technologies launched into space and the purpose for which they were used, in addition to concerns associated with the safety of the planet and the people who inhabit it, since the 1950s, they serve as a unifying factor, allowing for international collaborations regarding space technologies and space explorations in a manner not previously seen.

Nevertheless cooperation between ESA and EU is very difficult and nowadays in author's opinion is a biggest challenge<sup>79</sup>. By 2015, ESA was an intergovernmental organisation of 22 member states. The national bodies responsible for space in these countries sit on ESA's governing Council: Austria, Belgium, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom.

Canada also sits on the Council and takes part in some projects under a Cooperation Agreement. Slovenia is an Associate Member. Other EU states also have Cooperation Agreements with ESA, such as Bulgaria, Cyprus, Lithuania and Malta. Latvia and Slovakia are participating in the Plan for European Cooperating States (PECS)<sup>80</sup>. In the communication from the Commission to the Council and the European Parliament we read that ESA's members include Norway and Switzerland, which are not EU members. Canada has a bilateral cooperation agreement with ESA. As the collaboration

---

<sup>78</sup> H. Krag, H. Klinkrad, N. Bobrinsky, *The European Surveillance and Tracking System-Services and Design Drivers*, SpaceOps 2010 Conference Delivering on the Dream Hosted by NASA Marshall Space Flight Center and Organized by AIAA, 2010, p. 1927.

<sup>79</sup> I. Słomczyńska, op. cit., p. 129.

<sup>80</sup> *New Member State*, available online at: <[www.esa.int/About\\_Us/Welcome\\_to\\_ESA/New\\_Member\\_States](http://www.esa.int/About_Us/Welcome_to_ESA/New_Member_States)> (access: 2.07.2017).

between the EU and ESA grows, this asymmetry combined with a voting system where each Member State has one vote in the ESA Council and the key decisions within this body are adopted by unanimity gives ESA members, which are not members of the EU, disproportionate leverage over matters that may affect the EU<sup>81</sup>. Moreover the relations between the EU and ESA are affected by the asymmetry regarding political accountability. The fact that ESA as a European agency has no formal link with the European Parliament deprives ESA of the direct link with citizens that any EU policy enjoys<sup>82</sup>

Under the unifying heading of the ESA, EU member states have been able to work to form their own laws and regulations regarding the interactions of their own countries and their own scientists in space, using the framework created by the ESA as a means of guiding and directing the approach each country wants to take. While some EU countries do not have the same levels of development as others do in terms of space exploration and even space tourism<sup>83</sup>, the presence of the ESA's definitive framework offers the structure necessary for the development of the industry within each subsequent EU nation. The ESA serves as the means through which it is possible to allow for the meeting of minds of some of the best and brightest in their fields. Through continued support and collaboration, and increased efforts by humanity to take to the stars, the ESA will be around for many years to come.

## Literature

- Abeyratne R.I.R., *The Use of Nuclear Power Sources in Outer Space and its Effect on Environmental Protection*, "Journal of Space Law" 1997, No. 25.
- Asamoah O., *Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, [in:] *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, Springer Netherlands 1966.
- Baudin C., *Cooperation and International Agreements, Article XIV of the ESA Convention*, "Air & Space Law" 1998, No. 23.
- Beck B., *The Next, Small Step for Mankind: Fixing the Inadequacies of the International Space Law Treaty Regime to Accommodate the Modern Space Flight Industry*, "Albany Law Journal of Science & Technology" 2009, No. 19(1).
- Bizony P., *Island in the Sky: Building the International Space Station*, Aurum Press 1996.

---

<sup>81</sup> Communication from the Commission to the Council and The European Parliament, Establishing appropriate relations Between the EU And The European Space Agency (Com/2012/0671).

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> J. Łoboda, *Niektóre problemy rozwoju turystycznej przestrzeni kosmicznej*, [in:] E. Bilska-Wodecka, I. Soljan (eds.), *Geografia na przestrzeni wieków. Tradycja i współczesność*, IGiGP UJ, Kraków 2015, pp. 287–297.

- Bobrowski N., Del Monte L., *The Space Situational Awareness Program of the European Space Agency*, "Cosmic Research" 2010, No. 48(5).
- Bonnet R.M., Manno V., *International Cooperation in Space: The Example of the European Space Agency* (vol. 6), Harvard University Press 1994.
- Borek R., *Powstawanie i rozprzestrzenianie śmieci kosmicznych w świetle przepisów Unii Europejskiej*, „Obronność. Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania i Dowodzenia Akademii Obrony Narodowej” 2016, No. 1(17).
- Csaba I.A., *The Concept of State Jurisdiction in International Space Law: A Study in the Progressive Development of Space Law in the United Nations*, Springer 2012.
- Darrin A., Leary B. (eds.), *Handbook of Space Engineering, Archaeology, and Heritage*, CRC Press 2009.
- Dawson L., *The Post-Apollo and Space Shuttle Era*, [in:] *The Politics and Perils of Space Exploration*, Springer International Publishing 2017.
- Danecka N., *Współpraca międzynarodowa w zakresie praktycznego wykorzystania sztucznych satelitów Ziemi*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2011, No. 1.
- Dickson P., *Sputnik: The Shock of the Century*, Bloomsbury Publishing 2001.
- Donlon C., Berruti B., Buongiorno A. et al, *The Global Monitoring for Environment and Security (GMES) Sentinel-3 Mission*, "Remote Sensing of Environment" 2012, No. 120.
- Galloway E., *Consensus as a Basis for International Space Cooperation*, "Proceedings of the 20<sup>th</sup> Colloquium on the Law of Outer Space" 1977.
- Haanappel P.P., *The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, Kluwer Law International 2003.
- Harvey B., *Europe's Space Programme: To Ariane and Beyond*, Springer Science & Business Media 2003.
- Hasik J., Rip M., *An Evaluation of the Military Benefits of the Galileo System*, [in:] *ION GPS 2002: 15<sup>th</sup> International Technical Meeting of the Satellite Division of The Institute of Navigation* 2002.
- Hobe S., *Prospects for a European Space Administration*, "Space Policy" 2004, No. 20(1).
- Ilev D., Moyo S., *European Geostationary Navigation Overlay Service (EGNOS)*, [in:] *IST-Africa Conference Proceedings*, 2011.
- Jasentuliyana N., *Article I of the Outer Space Treaty Revisited*, "Journal of Space Law" 1989, No. 17.
- Jazequel J. M., Meyer B., *Design by Contract: The Lessons of Ariane*, "Computer" 1997, No. 30(1).
- Kaługa Ł., *Współczesne tendencje regulacyjne międzynarodowego prawa kosmicznego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, No. 7(4).
- Kidger N., *Building the International Space Station*, [in:] *Space Exploration 2007*, Springer, New York 2007.
- Kirchner C., *Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution*, "Constitutional Political Economy" 1997, No. 1(8).
- Kiszka K., *Przestrzeń pozaziemska obszarem zainteresowania nauk o bezpieczeństwie. Kosmiczny wymiar bezpieczeństwa Polski*, „De Securitate et Defensione. O Bezpieczeństwie i Obronności” 2016, No. 2(2).
- Kopal V., *The Role of United Nations Declarations of Principles in the Progressive Development of Space Law*, "Journal of Space Law" 1988, No. 16(5).
- Krige J., Russo A., *A History of the ESA*, vol. I: *The Story of ESRO and ELDO, 1958–1973*, European Space Agency-Publications ESA SP 2000.

- Łoboda J., *Niektóre problemy rozwoju turystycznej przestrzeni kosmicznej*, [in:] E. Bilska-Wodecka, I. Soljan (eds.), *Geografia na przestrzeni wieków. Tradycja i współczesność*, IGiGP UJ, Kraków 2015.
- Madders K.J., Thiebaut W., *Two Europes in One Space: The Evolution of Relations between the European Space Agency and the European Community in Space Affairs*, "Journal of Space Law" 1992, No. 20.
- Masson-Zwaan T., *Recent Developments in EU Space Policy and Law*, "The Korean Journal of Air & Space Law and Policy" 2010, No. 25.
- Moenter R., *The International Space Station: Legal Framework and Current Status*, "Journal of Air Law and Commerce" 1998, No. 64.
- Mroczek M., *Warunki, które determinują wykorzystanie przez Polskę swojego członkostwa w Europejskiej Agencji Kosmicznej*, „Prace Instytutu Lotnictwa” 2016, No. 2(243).
- Myszona-Kostrzewa K., *Rada ds. Przestrzeni Kosmicznej*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, vol. 3: Z. Brodecki (ed.), *Prawo Unii Europejskiej*, Ubi Societas Ibi Ius 2014.
- Myszona-Kostrzewa K., *Galileo*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, t. 3: Z. Brodecki (ed.), *Prawo Unii Europejskiej*, Ubi Societas Ibi Ius 2014.
- Myszona-Kostrzewa K., *Copernicus*, [in:] *Wielka encyklopedia prawa*, t. 3: Z. Brodecki (ed.), *Prawo Unii Europejskiej*, Ubi Societas Ibi Ius 2014.
- Oikonomou I., *The European Defence Agency and EU Military Space Policy: Whose Space Odyssey?*, "Space Policy" 2012, No. 2(28).
- Quinn A., *The New Age of Space Law: The Outer Space Treaty and the Weaponization of Space*, "Minnesota Journal of International Law" 2008, No. 17.
- Podemski M., *Europejska Agencja Kosmiczna*, „Przegląd Geologiczny” 2005, No. 3(53).
- Rathgeber W., Remuss N., Schrogl K., *Space Security and The European Code of Conduct for Outer Space Activities*, "Disarmament Forum" 2009, No. 10(4).
- Słomczyńska I., *Wykorzystanie zasobów kosmicznych Unii Europejskiej dla realizacji celów Wspólnej Polityki Bezpieczeństwa i Obrony*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2014, No. 8.
- Stowe R., *The Development of International Law Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space*, "Journal of Space Law" 1977, No. 5.
- Shalygina O.S., Keller H.U., Blum J., *Re-analysis of the Giotto Mission Data Obtained by the Halley Multicolour Camera (HMC) with Aim of Large Particles Detection in the Inner Coma of Comet 1P/Halley*, [in:] *European Planetary Science Congress 2015, held 27 September – 2 October, 2015 in Nantes, France*, vol. 10, <<http://meetingorganizer.copernicus.org/EPSC2015>, id. EPSC2015-592>.
- Shayler D.J., Harland D.M., *The Hubble Space Telescope: From Concept to Success*, Springer 2015.
- Thirsk R., Kuipers A., Mukai C., Williams D., *The Space-Flight Environment: The International Space Station and Beyond*, "Canadian Medical Association Journal" 2009, No. 180(12).
- Wouters J., De Man P., Hansen R., *Space Debris Remediation, its Regulation and the Role of Europe*, Working Paper No. 153, March 2015.
- Zabusky S., *Boundaries at Work: Discourses and practices of belonging in the European Space Agency*, [in:] I. Bellier, T.M. Wilson (ed.), *An Anthropology of European Union. Building, Imagining and Experiencing the New Europe*, Berg, Oxford 2000.

## Streszczenie

### *Funkcja integracyjna Europejskiej Agencji Kosmicznej*

**Słowa kluczowe:** agencje kosmiczne, organizacje międzynarodowe, prawo kosmiczne, Europejska Agencja Kosmiczna.

Organizacje międzynarodowe pełnią różne funkcje, m.in. regulacyjną, operacyjną oraz kontrolną. Europejska Agencja Kosmiczna (ESA) jest opisywana w literaturze przedmiotu w większości przypadków przez pryzmat jej funkcji operacyjnych, najczęściej z pominięciem pozostałych. Celem niniejszej pracy jest próba ukazania wzajemnego oddziaływania Unii Europejskiej i ESA na kreowanie polityki kosmicznej państw wchodzących w skład UE i nie tylko. Fakt, iż te dwie organizacje nie są ze sobą hierarchicznie powiązane, stanowi interesujący przyczynek do rozważań naukowych i współpracy w zakresie eksploracji kosmosu czy też realizacji wspólnych projektów naukowo-badawczych, takich jak EGNOS, Galileo, Copernicus. Zdaniem autora za niezbędne należy uznać dalsze pogłębianie współpracy pomiędzy wymienionymi organizacjami, tak by Unia Europejska mogła stać się realnym konkurentem w zakresie eksploracji kosmosu dla takich państw jak USA, Federacja Rosyjska, Chińska Republika Ludowa, Japonia i Indie.



**Pablo An Ping Chang Ibarra**  
Institute of Law  
Belgorod State University (BSU)

## **Regional Energy Cooperation and Sustainable Energy Systems in Latin America**

Energy is a determining factor for any productive process. It is an essential input and its process to obtaining it is not easily perceived by regions of higher consumption because of its immediacy and availability. However, the production of energy is one of the most complicated tasks of the modern productive apparatus. This work depends on the technical variables of extraction, production and distribution by many actors and also on the institutional and legal arrangements to which the sector is subject. In the international arena, it also depends on market conditions both inside and outside the countries. All these arrangements, for the most part, are known as energy policy, which in turn is defined as the set of goals, measures and economic policy instruments aimed at the energy sector that tend to induce a change or determine a process orientation of general socioeconomic development<sup>1</sup>.

Government intervention is central to the development of the energy infrastructure of any country. The depth of their participation depends on the type and level of their economy. In developing nations, where the private sector does not have as much thrust as in the market economies, the government must act as the main axis in the promotion of technology for the extraction, production and distribution of its energy system<sup>2</sup>. Likewise, energy systems are destinations for heavy financial investments for generation and distribution projects. In the same way, they are mostly intensive in uses of natural resources and energy itself. Its organization is so complex that it requires multiple actors and forms of coordination and cooperation to function. Energy is a determining factor for any productive process – it is an essential input and its process to obtaining it is not easily perceived by re-

---

<sup>1</sup> CEPAL, OLADE, GTZ, *Energía y Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe*, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile 2003.

<sup>2</sup> M. Pietkiewicz, *The Main Directions of EU Environmental Strategy*, 17<sup>th</sup> International Multidisciplinary Scientific Geoconference SGEM 2017, pp. 395–399.

gions of higher consumption because of its immediacy and availability. However, the production of energy is one of the most complicated tasks of the modern productive apparatus. This work depends on the technical variables of extraction, production and distribution by many factors and also on the institutional and legal arrangements to which the sector is subject<sup>3</sup>. In the international arena, it also depends on market conditions both inside and outside the countries. All these arrangements, for the most part, are known as energy policy, which in turn is defined as the set of goals, measures and economic policy instruments aimed at the energy sector that tend to induce a change or determine a process orientation of general socioeconomic development.

The compositions of the energy resources used in a certain region or country to constitute their entire supply or demand are called energy matrices. The energetic matrices are determined during the initial planning of the energetic policy since its composition is the final result of everything that is sought to be addressed in sectoral programs and strategies. Therefore, for the transformation of the systems, it is necessary to undertake a transition in each matrix. These constructions are commonly used as the most approximate representation of the distribution of primary energy sources, including the mechanisms used to provide energy to the productive apparatus at all levels and sectors.

Energy systems around the world are a crucial challenge for human development. Many of the resolution of issues such as poverty, food security, improvement of health, climate change and even peace among nations depends on its transformation. However, what represents a great solution is also commonly a big problem and the dilemma of energy systems is their transformation towards a more sustainable composition. Next, we explain the ways in which an energy system is linked to fundamental development issues through multidirectional guidelines that involve development narratives, action approaches and economic strategies. It is important to note that the tools and challenges presented are the result of important research carried out by more than five hundred researchers from around the world in the area of energy, concentrated in the Global Energy Assessment (2012) of the International Institute of Systems Analysis Applied<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> N. Nakicenovic, A. Grubler, H.T.J. Ishitani, G. Marland, J. R. Moreira, H. Rogner, *Energy Primer*, [in:] R. Watson, M. Zinyowera, R. Moss, *Climate Change 1995 – Impacts, Adaptation and Mitigation of Climate Change: Scientific-Technical Analyses*, Contribution of Working Group II to the Second Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, Cambridge 1996, pp. 75–92.

<sup>4</sup> Global Public Policy Institute, *Global Governance 2022 Program*, Energy Governance Outlook, Global Scenarios and Implications, Berlin 2013.



<b>Priority pathways of energy policy</b>	
<b>Priority trails</b>	<p>The need for a profound change in the current situation of global energy systems originated in the recognition of the impact of human activities on the use of water, soil and energy<sup>5</sup>. Such factors are closely related to each other under the schemes of production and how the ways of modern life significantly alter the natural balance of the planet. However, the global reach of the situation is based on conditions affecting the climate caused by the emission of pollutants into the atmosphere. Therefore, two large premises must be recognized to address this need for change; the first is the urgency of the matter, it is not possible to continue for a long time with the same human patterns and; the second is that it constricts the sense that the availability of energy is one determinant of any type of development.</p> <p>The law of conservation of energy and thermodynamics principles indicate that you cannot separate energy power generation, i.e., energy is needed to produce energy. For this reason, the main objective of the transformation towards energy sustainability is increasing levels of development, at the same time, to expand the range of energy options on both the supply and the demand side. To address the issue of transformation and its implications at international level can be split between five priority lanes<sup>6</sup> coverings from different perspectives. Most of the aspects would be considered in a sustainable energy policy.</p>
<b>Demographic and economic growth</b>	<p>They are the multiplying factors of global energy consumption. Historically, countries, as they gain wealth, tend to move from agriculture to economic activities of higher energy consumption, similarly require more elaborate supplies for its population from the way of feeding to the search of comfort. Similarly, you should consider the concentration of human settlements generating large cities who today demand enormous amounts of energy. More than half of the world's population lives in cities with exponential growth and most are the world's poorest regions.</p>
<b>Poverty, development, and access to energy</b>	<p>Lack of energy services available to the population is one of the main factors to consider when addressing problems of poverty. The use of primary energy sources „simple, such as wood or coal, represents the point of departure for the prosperity of the quality of life of people in poverty<sup>7</sup>. Access to energy to power night lighting and act as a source of fuel can improve air quality while cooking, growth of crops, and reduce food loss. In urban areas, access to energy helps security, education and mobility.</p>

<sup>5</sup> H. Hoff, *Managing the Water-Land-Energy Nexus for Sustainable Development*, "UN Chronicle" vol. XLIX, June 2012, [online] <<http://unchronicle.un.org/article/managingwater-land-energy-nexus-sustainable-development>>.

<sup>6</sup> Global Energy Assessment, *Toward a Sustainable Future*, International Institute for Applied Systems Analysis, Cambridge University Press, Luxemburg – Cambridge – New York 2012.

<sup>7</sup> F. Ciuta, *Conceptual Notes on Energy Security: Total or Banal Security?*, "Security Dialogue" 2010, vol. II, No. 41, pp. 123–143.

<b>Energy security</b>	The necessary infrastructure for power generation, a way to keep the levels of development, is the main component for achieving a permanent provision of services to the population and the economic processes of a country. The availability of resources keep the system running in a closed cycle to maintain effective stability of energetic services. The Nations of the world are concerned with carry this out according to their abilities. For this reason, and for the oil dependence of energy systems, resource disputes have intensified in recent decades <sup>8</sup> . This path gives the sustainable energy the consensus as a way of peace enforcement.
<b>Environment</b>	The intensification of the use of energy resources generates a greater use of soil and water <sup>9</sup> . The most evident relationship is our global emission of Greenhouse Gases into the atmosphere which results in climate change. In addition, this generation is depleting resources essential for human survival by using shared natural energy from the sea and land and creating pollution. An example is water-power <sup>10</sup> .
<b>Health</b>	People in industrialized and urban areas are exposed to air pollution by emissions from energy-intensive machines. On the other hand, in rural areas, the use of wood or other fuels for cooking indoors are exposed directly to families that inhaling toxic gases <sup>11</sup> . In another context, the health of workers in the energy sector who are exposed and at risk of accidents, poisoning, body radiation, and many others requires a serious solution Energy systems related to health must also take into account the impacts of climate change and the thousands of deaths that occur each year. A comparative policy exercise for energy integration and cooperation can elucidate deeper approaches that exist particularly in a region. For the tools use for international energy policy, theoretical aspects should focus on the central theme of the research. The purpose of explaining these points is to identify the alignments that this policy has as sustainable energy principles and to explain the implementation schemes that they have.

<sup>8</sup> E. Cassedy, P. Grossman, *Introduction to Energy. Recourses, Technology and Society*, Cambridge University Press, Melbourne 1999.

<sup>9</sup> IPCC, Cambio climático 2014: *Informe de síntesis*, Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Ginebra, Suiza 2014.

<sup>10</sup> FAO, *The Water – Energy – Food Nexus, A New Approach in Support of Food Security and Sustainable Agriculture*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome 2014

<sup>11</sup> WHO European Centre for Environment and Health, *WHO Guidelines for Indoor Air Quality: Selected Pollutants*, Bonn 2010.

<sup>12</sup> WHO Media Center, *From de Ambient (Outdoor) Air Quality and Health*, 1 de March de 2014, [online] <[www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/en/](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/en/)>.

<b>Implementation frameworks</b>	<p>The design and formulation of energy policy should consider the heterogeneity of the circumstances facing the country or region in which it will be implemented<sup>13</sup>. Without losing sight of the fact that within the framework of public policy, also those that are energy, are by definition a combination of structure and process that yield a certain result. In accordance with the public policies of Valles, the sustainable energy policy is based on decisions taken by relevant actors that result in something that can be analyzed by the results they have.</p> <p>This means that such policies, following the language of political science, are essentially empirical, because they are doomed to particular problems. In this way sustainable energy must be procured through concrete action aimed at the objectives listed above. Decision makers argue that these necessary political actions need to structure each system. In other words, the effectiveness of the energy policy depends on the combination of regulations, investment, measures, capacities and evaluations that are planned in its content. These policies implement frames to ensure sustainable energy.</p>
----------------------------------	--

Listed below are general objectives that needs focus. Their classification is based on the way in which the transformations are related to energy systems:

<b>Implementation frameworks for sustainable energy policy</b>	
<b>Access to energy</b>	In order to guarantee the availability of modern energy services, mainly electricity and clean kitchens, legal reforms were included for the inclusion of actors in the systems to maximize the viability of the projects. For example, rural electrification.
<b>Urbanization</b>	Oriented towards the availability of energy in cities, that are open systems and are characterized by energy services, import and export products and services and other activities. For example, the implementation of intelligent electric distribution networks.
<b>Energy efficiency</b>	Productivity regulations and standards are subject to change based on human consumption or technological adaptation to control the ratios of energy. For example, labelling rules.
<b>Renewable energy</b>	Policy measures to eliminate obstacles to the acquisition of renewable sources for inclusion in energy systems. For example, the social co-investment of photovoltaic projects.
<b>Alternative fuels</b>	Oriented towards the production and use of low emission fuels with a zero or negative rate, in addition to trying to reduce the effects and traditional fuels. For example, the promotion of natural gas.

<sup>13</sup> G. Genna, P. De Lombaerde, *The Small N Methodological Challenges of Analyzing Regional Integration*, "Journal of European Integration" 2010, No. 32(6), pp. 583–595.

<b>Nuclear energy</b>	Oriented towards using nuclear energy as a clean source, in correspondence with the international regulations regarding its use for not war purpose <sup>14</sup> . For example, the promotion of research in nuclear technology in the field of health.
<b>Innovation</b>	Oriented towards new technology or infrastructure that modify human behavior or the performance of the production system; Since its incubation up to its massive reproduction. A fundamental part of any energy policy initiative to promote the entry back into sectoral knowledge.
<b>Financing</b>	Facing the rapid transformation of energy systems in the world, given the urgency of its implementation require huge amounts of capital. Role played by Governments, banks, businesses, etc.
<b>Capacity development</b>	Required to generate Adaptive flexibility to energy systems with essential feedback from experiences. Role played by all agencies for research and international cooperation in the world. Globalization is the greatest factor of impact on public policies of strategic character, this is reason that the global market increasingly has more interference in the public events that affect economic sectors <sup>15</sup> . The relationship between globalization and knowledge, is a fruitful reflection “field” on technology policy. However, while the implementation of policies in the transition to sustainable energy systems can be a task even within the reach of every citizen, the adoption of measures for the interaction between decision makers is borne by levels of each country’s Government. Then will be more thoroughly the consequences of globalization and the influence of markets on the adoption of sustainable energy systems, specifically in the region of Latin America, to refine the approach to transverse elements in analysis of the policies to be implemented. The following analysis aims to determine the existence of economic barriers in the course of the implementation of projects according to the global trend in countries developing; also, given an approximation to the institutional synergies as part of the strategy of adoption of regional markets.

## Cooperation and energy regionalism in Latin America and the Caribbean

Due to its antecedents, the region has the experience and institutional-ity in energy matters that reflect the remarkable efforts to produce improvements in the productive and social conditions of several countries as a whole.

<sup>14</sup> Raúl Ramírez García, Jefe de Departamento de Cooperación Técnica, División para América Latina, Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), Jueves 15 de octubre de 2015, Viena, Austria, [online] <[www-ns.iaea.org/home/news/workshop-national-legislation-transport.asp](http://www-ns.iaea.org/home/news/workshop-national-legislation-transport.asp)>.

<sup>15</sup> A. Ferrer, *Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global*, “Revista CEPAL” 2010, No. 101, pp. 7–15.

This presents, over the last six decades, short-term achievements that produced a remarkable effect on the challenges of governance. However, the diversity of experiences, the multiplicity of actors and the differentials in the effects of the implemented policies make difficult, but not impossible, the structural analysis of the same experiences and institutions. This happens because the region is characterized by the scarcity of energy resources in one country and its abundance in others. This results in an exercise of complementarity through agreements that can lead to international cooperation and/ or foreign trade<sup>16</sup>. First, the composition of energy agreements and projects under way between countries in the region is almost as varied as regional economic integration strategies. Second, the practice of energy cooperation in the region has generated a “spaghetti”<sup>17</sup> of bilateral and multilateral relations with effective results for energy development in most cases. Finally, initiatives in the energy sector have been conducted through integration agreements and/ or international cooperation arrangements. For example, the outcome of the bilateral agreements between Mexico and Belize, as well as their commercial relationship in the matter of energy, determine to a large extent the results of the energy cooperation of both countries. However, when talking about the relationship that both countries have with ECLAC, the IDB or OLADE, or triangular cooperation financed by a third country is taken into account, or the processes are adapted to the priorities generally addressed by the Caribbean Community; the results of cooperation will undoubtedly have different results than the bilateral relationship<sup>18</sup>.

There are three categories of regions that originate from energy cooperation, this classification depends on the degree of institutionality on which initiatives in the sector depend for cross-border projects, as well as the discrepancies in the regulation of the energy market in each country. The first classification covers those regions that comply with the policy objectives of their most powerful neighbors by not having the resources to have their own institutions. The second classification covers regions whose institutions determine their own rules of interdependence. The third classification is the region that creates energy communities with lasting institutions. It should be noted that these categories are based on European cases of strategic integration that, despite the fact that there are points of agreement, incorporate

---

<sup>16</sup> M. Scott, *Re-theorizing Social Network Analysis and Environmental Governance: Insights from Human Geography*, “Progress in Human Geography” 2015, No. 39(4), pp. 449–463.

<sup>17</sup> Term used for the first time in 1995 by Jagdish Bhagwati referring to the relations between countries that by different rules of origin generate a system of cross-references that if they were schematized would appear multiple lines that cross from one side to another as in a dish of spaghetti.

<sup>18</sup> A.V. Belyi, A. Makarychev, *Regional Institutions and Energy Market: Systems, Societies, Communities*, [in:] A. V. Belyi, K. Talus, *States and Markets in Hydrocarbon Sectors*, Palgrave Macmillan, London 2015, pp. 61–82.

the factor of political conflict with implications for national security. Latin American energy regionalism differs from others in the rest of the world by the early adoption of an energy agenda aimed at the sustainability of its systems. While it is true that economic complementarity is the main motivation for establishing implementation frameworks towards sustainable energy systems, it is also clear that political will, the influence of other regions and the participation of multilateral organizations influence and determine market vectors and priority paths for each initiative.

Therefore, the barriers to cooperation often originate in its institutionality, political will or the availability of infrastructure<sup>19</sup>, that is why it is more viable to verify the cooperation projects that occur in conditions of low barriers to integration. For this reason, cases of multilateral relationship are selected because they are the projects in which the cooperation, in addition to being centralized, is based on the participation of broad organizations that in turn coordinate the advances in other strategic areas<sup>20</sup>. Therefore, in Latin America and the Caribbean, energy regionalism should be understood as a consequence of the application of policies towards the complementarity of energy systems. It is not about understanding the region as a conceptual construction occupied to define the events that characterize a regime but to limit the meaning of international cooperation actions to their final result. In this way, according to the premises of the implementation frameworks, at least three versions of energy regionalism with multilateral origin in the region must be differentiated.

1. Cases of regional energy interconnection. They are indispensable for the complementarity of systems and greatly reduce the risk of market or credit depending on the origin of the project. Emphasis is given to projects whose main source is the regional planning promoted from regional and international financial institutions whose participation is embedded in all phases of the project cycle. The most egregious cases are those of regional electrical interconnection, which is itself a result of energy cooperation. However, in many cases represents the first step in the creation of regional or sub regional energy systems that complement. This type of regionalism energy operates with its own level of institutionality that in some cases it is supranational entities that share a common governance through mechanisms of multilateral cooperation structure.

2. Strategies that encompass one or several implementation frameworks promoted by regional organizations. The activities that are commonly

---

<sup>19</sup> R. I. A. Castillo, *Apuntes sobre la Integración Eléctrica Regional y Propuestas para Avanzar*, Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), Quito 2013.

<sup>20</sup> B. Hettne, *Globalization and the New Regionalism: The Second Great Transformation*, [in:] A. S. Björn Hettne, *Globalism and the New Regionalism*, St. Martin's Press, New York 1999, pp. 1–25.

carried out and that generate effective results for the achievement of objectives towards the transformation of systems are analyzed. These strategies reflect certain regions that share implementation frameworks, from the institutional as well as the functional perspective, countries apply the same strategies derived from either global, local or regional initiatives with the support of cooperation agencies or international financial institutions. In this version, countries propose common objectives through an international organization, but with a regional institutionality, in this way they are forced to implement certain policies in favor of meeting the goals set.

Global initiatives that promote one or more implementation frameworks. They sometimes have a direct impact on the formulation of local energy policies in the region. This type of intervention has to do with broader processes of promotion of agendas on priority paths such as the environment or energy security, thus explaining the way in which multilateral organizations implement projects derived from cooperation. Global agendas such as the United Nations Sustainable Development Goals or the Paris Agreement derived from COP21 formalize the link with the domestic policies of each country, so that, in the short and medium terms, they translate into common commitments that tend to form a regionalism immersed in the global dynamics of cooperation. Next, the elements that make up the categories to be explained are explained in more detail, detailing the factors that ultimately determine the outcome of the cooperation.

## **Conclusion**

Implementation frameworks that must integrate a sustainable energy policy are present in various measures in the region of Latin America and the Caribbean. In sum, regional projects and strategies facilitate and accelerate the achievement of objectives towards the transformation of the systems of energy of each of the countries of the region. Therefore, the following is a path to consider for the creation of sub regional systems that allow you to take advantage of resources consistent with sustainable forms. From a systemic perspective, recover multiple factors that constitute macro variables in turn reflecting a complexity of schemes of cooperation and integration mechanisms that, without a doubt, new models of regionalism mark. This thesis covers the most important aspects of multilateral governance in global energy cooperation. Taking into account this aspect, the main theme is focused on the development of sustainable energy systems in the region of Latin America and the Caribbean.

It involves measuring the process through implementation frameworks around the transformation of existing systems and the focus of current

opportunities through projects that involve factors of continuous integration and economic complementarity. The region's responsibility to complement efforts to diversify the global energy matrix does not only imply a transition to other sources of energy generation. The work of states, organizations and financial institutions should consider transforming the paradigm if we want an integral solution for the energy task of the 21<sup>st</sup> century. From a systemic perspective, discovering multiple factors that constitute macro variables that in turn reflect a complexity of cooperation schemes and integration mechanisms will undoubtedly create new models to follow. In the implementation of energy projects, international cooperation adopts all its facets in an special range that proves that energy cooperation is a concept used to refer to cooperative actions that were not previously in broader ranges such as economic cooperation.

However, the proposed approach is so complex that empirical support must be given to the foregoing to verify that in the evolution of international instruments, energy cooperation is in different forms with respect to the terms of international cooperation. At least in Latin America and the Caribbean, the conceptualization of energy cooperation has not been studied in depth as a primordial element that has given rise to cooperation schemes used in other sectors. In other words, in this sector they have been carried out before defining international cooperation, methods, schemes and instruments that today have a wide recognition of studies. This is without saying that energy cooperation can be a form of international cooperation. The truth is that, by their background and performance it should be placed in the middle of a discussion that seeks to find the relevance of energy cooperation projects to check if it is consistent to its multiple categorization within areas such as infrastructure, technology and capacity building, etc. What has been studied previously is the distinction of the energy narratives of the Latin American and Caribbean region with those of other regions of the world due to their outstanding coordination in sectoral policies and the acknowledged progress in their socio-economic complementarity. Even so, it has been necessary to make distinctions that energy has to do with the factors of development accepted worldwide. This is why it has been necessary to identify prominent roles in the implementation frameworks in accordance with their timeliness and effectiveness in the region for the integration of energy systems. Although economic integration is generally measured on the basis of international trade, this same measurement cannot be applied to energy integration by its great complexity. Energy trade is only part of the framework of a system of energy and more even when the systems complement each other. Some components are not as easy to quantify as innovation and institutional changes are explained only in terms of technical cooperation. In addition, the complementarity of structural and strategic issues, such as



energy, is measured differently in the mechanics of multilateral coordination or bilateral integration: cooperation is continuous. The foregoing shows that the measurement of energy complementarity must include other terms that become more important than the monetary one.

Beyond the political leadership that might of had decades ago regional integration intentions in Latin America and the Caribbean, action strategies based on the structural performance of regional economies requires viable cooperation models for the implementation of deep transformations such as power systems in the region. When considering the interaction of systems in the political framework, cooperation initiatives that have measurable and verifiable effects at the level of certain common objectives can be translated into results. In addition to implementing frameworks addressed by cooperation initiatives, in which some were analyzed in the case studies, other secondary or emerging present damages can be found to direct the evolution of the systems towards a more sustainable operation. Meanwhile, international organizations are obstacles to introducing implementation frameworks for political dialogue in the absence of an appropriate instrument to link the strategy with national policies. This effect, in Latin America and the Caribbean, involves almost for obvious reasons the participation of regional actors due to their political relevance, their experience in the region and their close links with the government, which means that the global institutions or programs do not act only in the region. If it has new and relative information showing technical capacities, the political and financial interventions of international organizations or initiatives become relevant.

This is because some types of studies in the energy sector of each of the countries they have already been carried out previously by OLADE, ECLAC or the IDB itself. For example, in the year 2016, the International Renewable Energy Agency identified convergence in energy policies of some countries in Latin America. In the report about policies for the promotion of renewable energy sources, the focus is on the importance in the institutional synergies for the achievement of objectives in this regard<sup>21</sup>. The study emphasises national policies, tax incentives, access to energy, instruments regulatory, financial and other relevant factors such as the consideration of the nexus between food and biofuels. The regulatory and energy policy framework places the region as a pioneer in the design and implementation of alternative sources of energy. However, the path towards systems sustainability is not only through the means of renewable. In other implementation frameworks, the region has made significant progress that complement the actions undertaken from different approaches.

---

<sup>21</sup> OLADE, *Acceso a la Energía Sostenible en América Latina y el Caribe*, Organización Latinoamericana de Energía, Quito 2014.

For these reasons, it can be said that in Latin America there is a coordination of agendas that put certain institutional objectives to public bodies of government much before the global initiatives. As a result, energy efficiency and renewable energies are the frames that have generated the greatest impact in transforming Latin American into a sustainable energy system. However, other frameworks such as access to energy, financing and urbanization are frameworks that additionally provoke positive effect and require energy cooperation to mitigate risks towards the construction of market vectors. The latter has caused a revolution in political and financial systems of the region, giving positive results not only toward their own mobile but also using the legal frameworks that have bilateral and multilateral treaties and agreements. Faced with this situation, regional financial and political bodies, have built-in strategies that seem to unify common regional agendas for all its member states. In functional terms, there is proof that participation in discussions on international energy issues has had a significant response like no other issue and without generating regimes or regional orders as it was assumed in past decades. In other words, global initiatives such as SE4ALL have become real mechanisms of impact adopted by multilateral bodies to justify international cooperation projects. More and more countries intertwine together an energy agenda that involves transitions regardless of its commercial, financial or social opening to international issues<sup>22</sup>. This can only be seen as “momentum” generated by a spark of opportunity before the convergence of policies in the region or a periodic interest in taking advantage of opportunities arising in the valley of the economic cycle. Despite this, none of the above factors, individually or as a whole, clearly explain certain results of networks of actors or the mobilization of enough resources for the energy sector. However, consistent with the outcome, it is also viable to identify market vectors that have strictly unified economic operators in terms of their change initiatives<sup>23</sup>. Institutional change, the path of investment and technological innovation, become priorities for the private sector which can enter the stage of the regional energy market. This has occurred based on structural reforms that several countries undertook in the last decade that is also complemented by projects that promote international networks and encourage the financial institutions for the creation of new energy markets. Although, not all actors promote a sustainable transformation of systems. Those that do incorporate the same frameworks implemented by governments and international organizations, thus generating results that have an impact on the indicators that monitor their progress. Thus, it is through the

---

<sup>22</sup> SE4ALL 2014, Energy Efficiency Committee Report to the Advisory Board, Vienna, Austria, Sustainable Energy for all, Global Facilitation Team.

<sup>23</sup> T. Risse, *The Diffusion of Regionalism, Regional Institutions, Regional Governance*, EUSA 2015 Conference, Freie Universität Berlin, Boston 2015, pp. 1–22.

market vectors which joined efforts to achieve objectives for sustainable energy development<sup>24</sup>.

Thus, it is through sub regional comparison that progress should be measured in terms of transformation of energy systems. The latter, given that the achievement of agendas for regional energy revolves around a political network that for some subregions is indispensable to be considered a priority in their development strategies. This thesis presents a methodology, subject to improvements in terms of the quality and usefulness of the information that it sheds, but with ample possibilities of objectively monitoring the degree of sustainability of regional projects originating in the energy cooperation.

In terms of multilateral cooperation, coordination plans rely heavily on the central role of organizations in terms of the wide range of options that states have to consider. Therefore, the results of this analytical factor suggest an important utility to the development of cooperative activities among agencies for the promotion of sustainable projects in search of a better use of energy resources. The Governments of developing countries, as it is the case of all the nations of a region, must engage more thoroughly with the implementation of programs from energy cooperation to the predictability of the behavior of the energy demand in the future. In reality, this intervention academic program serves as a complement to the projections for growth, emissions and demographics of the coming decades to demonstrate that the narratives for energy development can coexist under similar parameters of cooperation. Even more in America Latin America and the Caribbean, more and better information analysis is needed to reach standards and common units of measurement adapted to the shared needs. This involves a joint effort to recover the results of the first exercises of cooperation in the region since the mid-twentieth century. This requires a joint effort to recover the results of the first cooperation exercises in the region that occurred since the middle of the 20<sup>th</sup> century. It is necessary to concentrate efforts on the recovery of the advances in sustainable energy present in the region before the seventh sustainable development objective. These efforts must come from the same multilateral bodies without waiting for an approval of global initiatives.

Multilateral organizations in the region have the technical, legal and financial capacities to complement domestic efforts and provide tools for global initiatives in order to generate mechanisms adapted to the realities they face. Provide specific knowledge and promote key projects that can support the responsibility that these institutions have with the governments of each country and therefore with the peoples of the region.

---

<sup>24</sup> G. D. Valencia, C. A. Vasco, *La interconexión eléctrica de las Américas*, "Perfil de Coyuntura Económica" 2012, vol. 19, No. 19, pp. 93–112.

## Literature

- Belyi A.V., Makarychev A., *Regional Institutions and Energy Market: Systems, Societies, Communities*, [in:] A.V. Belyi, K. Talus, *States and Markets in Hydrocarbon Sectors*, Palgrave Macmillan, London 2015.
- Castillo R., *Apuntes sobre la Integración Eléctrica Regional y Propuestas para Avanzar*, Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), Quito 2013.
- Cassedy E., Grossman P., *Introduction to Energy. Resources, Technology and Society*, Cambridge University Press, Melbourne 1999.
- CEPAL, OLADE, GTZ., *Energía y Desarrollo Sustentable en América Latina y el Caribe*, Organización de las Naciones Unidas, Santiago de Chile 2003.
- Ciuta F., *Conceptual Notes on Energy Security: Total or Banal Security?*, “Security Dialogue” 2010, vol. II(41).
- FAO, *The Water – Energy – Food Nexus, A New Approach in Support of Food Security and Sustainable Agriculture*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome 2014.
- Ferrer A., *Raúl Prebisch y el dilema del desarrollo en el mundo global*, “Revista CEPAL” 2010, No. 101.
- GEA, *Global Energy Assessment – Toward a Sustainable Future*, International Institute for Applied Systems Analysis, Cambridge University Press, New York 2012.
- Genna G., De Lombaerde P., *The Small N Methodological Challenges of Analyzing Regional Integration*, “Journal of European Integration” 2010, No. 32(6).
- Global Public Policy Institute (GPPi), *Global Governance 2022 Program*, Energy Governance Outlook: Global Scenarios and Implications, Berlin 2013.
- Hettne B., *Globalization and the New Regionalism: The Second Great Transformation*, [in:] A.S. Björn Hettne, *Globalism and the New Regionalism*, St. Martin’s Press, New York 1999.
- Hoff H., *Managing the Water-Land-Energy Nexus for Sustainable Development*, “UN Chronicle” 2012, vol. XLIX, [online] <<http://unchronicle.un.org/article/managingwater-land-energy-nexus-sustainable-development/>>.
- IPCC, *Cambio climático 2014: Informe de síntesis*, Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Ginebra, Suiza 2014.
- Nakicenovic N., Grubler A., Ishitani H.T.J., Marland G., Moreira J.R., Rogner H., *Energy Primer*, [in:] R. Watson, M. Zinyowera, R. Moss, *Climate Change 1995 – Impacts, Adaptation and Mitigation of Climate Change: Scientific-Technical Analyses, Contribution of Working Group II to the Second Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- OLADE, *Acceso a la Energía Sostenible en América Latina y el Caribe*, Organización Latinoamericana de Energía, Quito 2014.
- Pietkiewicz M., *The Main Directions of EU Environmental Strategy*, [in:] *17<sup>th</sup> International multidisciplinary scientific geoconference SGEM 2017*.
- Risse T., *The Diffusion of Regionalism, Regional Institutions, Regional Governance*, EUSA 2015 Conference, Boston 2015.
- Scharpf F., *Institutions in Comparative Policy Research*, „Comparative Political Studies” 2000, vol. 33(6–7).
- Scott M., *Re-theorizing Social Network Analysis and Environmental Governance: Insights from Human Geography*, “Progress in Human Geography” 2015, No. 39.
- Schoijet M., *Historia de la Energía*, “Elements” 2002, vol. IX (45).

Valencia G.D., Vasco C.A., *La interconexión eléctrica de las Américas*, “Perfil de Coyuntura Económica” 2012, vol. 19, No. 19.

WHO European Centre for Environment and Health, *WHO Guidelines for Indoor Air Quality: Selected Pollutants*, Bonn 2010.

WHO Media Center, *From Ambient (Outdoor) Air Quality and Health*, 1 de March de 2014 [online] <[www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/en/](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs313/en/)>.

## Summary

**Key words:** Integration, sustainable energy, Latin America, infrastructure, policy, cooperation, globalization, regional, legal arrangements.

Multilateral cooperation and sustainable energy are two topics linked through regional policies which, in turn, have been related to the interdependence of secondary resources and self-sufficiency of primary resources. Therefore, the focus of research, energy cooperation, must conceptualize from both approaches that give sustenance to a regional transformation process framed in a global transition. This concept is retrieved from history of international cooperation as this sector since the beginning of regional multilateralism. This research is of interest to know in depth the implications that entails the coordinated implementation of the seventh goal for sustainable development for Latin America and the Caribbean: ensure access to affordable, secure energy, sustainable and modern for all.



**Renata Tanajewska**

Zakład Prawa Handlowego Katedra Prawa Cywilnego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

## **Klauzula *rebus sic stantibus* w prawie zamówień publicznych a problematyka stosowania kar umownych**

### **Wprowadzenie**

Od przystąpienia do Unii Europejskiej w 2004 r. Polska stale się modernizuje. Dzięki środkom unijnym w ciągu ostatnich 15 lat nastąpił widoczny postęp urbanistyczny i drogowy, zastosowano też nowe rozwiązania komunikacyjne. Pomijając aspekt rodzaju dofinansowania – czy to bezpośrednio z budżetu państwa, czy pośrednio, bo ze środków unijnych – zaangażowanie środków publicznych jest szerokie. W konsekwencji zwraca się uwagę na to, że inwestycje te realizowane są przede wszystkim na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>. Udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną i nieposiadającą *stricte* cywilnego charakteru, o czym świadczy ograniczenie negocjacji do określonego trybu przetargowego<sup>2</sup>. Charakter prawny oferty w prawie zamówień publicznych jest wiążący i nie jest wstępem do prowadzenia rokowań, podczas gdy w prawie cywilnym oferta może być pierwszym etapem zawierania umowy, zmierzającym do jej faktycznego zawarcia. Odpowiedzialność za naruszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego opiera się na przepisach związanych z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, karnoskarbowych czy nawet karnych. W sytuacji kontraktowania w prawie cywilnym odpowiedzialność ta ma przede wszystkim charakter cywilny. Warto też zwrócić uwagę na znaczenie i skutki prawne oświadczenia woli. W prawie zamówień publicznych złożenie oferty, co do zasady powiązane z koniecznością wpłacenia wadium, stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy. W konsekwencji niewykonania

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579) – dalej jako p.z.p.

<sup>2</sup> M. Grabarczyk, *Negocjacyjne sposoby kontraktowania w zamówieniach publicznych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2, s. 57–65.

lub nienależytego wykonania z winy wykonawcy zamówienia, udzielonego na podstawie wcześniejszej umowy, wykonawca może zostać wykluczony z procedury przetargowej przy nowym zamówieniu publicznym. W sytuacji zobowiązań *stricte* cywilnych taka sankcja nie występuje<sup>3</sup>. Dlatego też w literaturze przedmiotu wskazuje się, że prawo zamówień publicznych stawia wysokie wymagania podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, ale także surowo karze za niewłaściwe wykonanie zobowiązania.

W praktyce funkcjonowania zamówień publicznych problematyczne jest zagadnienie braku możliwości wykonania zobowiązania w określonym terminie lub za określone umową wynagrodzenie. Gdy zdarzenie takie następuje w konsekwencji zaniechania strony, niedotrzymania warunków realizacji zamówienia czy też ignorancji treści umowy, sytuacja prawna stron kontraktu nie wymaga głębszej analizy. Jednakże w sytuacji, gdy żadnej ze stron nie można przypisać winy za niewykonanie zamówienia publicznego w określonym terminie czy za określone wynagrodzenie, odpowiedzialny jest wykonawca. Teza ta wydaje się kontrowersyjna i istnieją okoliczności, w których nie znajdzie potwierdzenia. W większości przypadków jest zasadą towarzyszącą realizacji zamówienia publicznego. Wniosek taki wynika z analizy orzecznictwa dotyczącego możliwości zmiany treści zobowiązania zamówienia publicznego w wyniku następczych problemów w realizacji zadania. Pierwszym podstawowym etapem bezspornie jest porozumienie pomiędzy stronami. W prawie zamówień publicznych jest ono w praktyce niemożliwe do zawarcia. Kolejnym rozwiązaniem jest sądowa zmiana treści zobowiązania w związku z zastosowaniem klauzuli *rebus sic stantibus*. Podstawowym problemem staje się ustalenie, dlaczego przy realizacji zamówień publicznych funkcjonuje silny rygoryzm umowny i z jakich przyczyn strony nie są w stanie zmienić treści zobowiązania? W konsekwencji tego pojawia się kolejny problem prawny: czy możliwe jest zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w prawie zamówień publicznych i w jakim ewentualnie zakresie?

Przedmiotem analizy w niniejszym artykule będą wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli z zakresu budowy infrastruktury drogowej w latach 2010–2016 oraz orzecznictwo dotyczące zmiany treści umowy zawartej w efekcie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych.

---

<sup>3</sup> B. Lackoroński, *Klauzula rebus sic stantibus a odpowiedzialność ex contractu*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 3, s. 65–74.



## Klauzula *rebus sic stantibus* w zobowiązaniach o charakterze stricte cywilnym

Zgodnie z treścią art. 357<sup>1</sup> k.c., jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę, sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron.

Ustawodawca wskazuje tym samym przesłanki, których spełnienie jest niezbędne do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*. Rozwiązanie przewidziane w art. 357<sup>1</sup> k.c. może mieć zastosowanie do wszystkich typów zobowiązań. Przedstawiciele doktryny prawa cywilnego wskazują jednak, że przeznaczenie klauzuli ograniczone jest wyłącznie do zobowiązań powstałych w drodze umowy. Podnosi się także, iż z tego względu, że klauzula *rebus sic stantibus* wprowadza odstępstwo od zasady nakazującej wykonywanie zobowiązania zgodnie z ich treścią, interpretacja rozszerzająca omawianego przepisu jest niedopuszczalna<sup>4</sup>.

Według prezentowanego w literaturze poglądu „nadzwyczajność” należy interpretować jako zdarzenie niezwykle, niespotykane, niezmiernie rzadkie. Oznacza to, że zdarzenia, których możemy się spodziewać, należące do zjawisk normalnych, nie wchodzą w zakres nadzwyczajności. Zagadnienie takie

<sup>4</sup> Szerzej: E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, art. 3751; J. Gołaczyński, *Przesłanki stosowania klauzuli rebus sic stantibus obecnie i pod rządami kodeksu zobowiązań*, „Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego” 1995, nr 31, s. 151–161; A. Brzozowski, *Klauzula rebus sic stantibus także w obrocie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1, s. 7–9; L. Jaworski, *Klauzula rebus sic stantibus*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9, s. 33–37; L. Ostrowski, *Klauzula rebus sic stantibus w świetle procedury cywilnej*, „Palestra” 1998, nr 7/8, s. 70–73; A. Siwek, *Klauzula rebus sic stantibus (art. 357 (1) kc). Zestawienie tez*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 12, s. 791–796; S. Grobel, *Klauzula rebus sic stantibus jako instrument przywracania równowagi świadczeń*, „Prace Naukowe Politechniki Radomskiej. Prawo” 1998, nr 1, s. 57–75; R. Mańko, *Przesłanki zastosowania klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie cywilnym*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2002, nr 1, s. 85–92; M. Smyk, *Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarza niemożliwość świadczenia*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 14, s. 735–739; A. Witosz, *Klauzula rebus sic stantibus w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 1, s. 33–40; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 1, s. 1–62; M. Bieniak, *Klauzula rebus sic stantibus – możliwości jej aktualnego zastosowania (uwagi na tle art. 357(1) KC)*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 12, s. 639–642; W. Borysiak, *Głosa do wyroku SN z 22.04.2005 r. III CK 594/04*, „Głosa” 2009, nr 3, s. 36–47; J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3, s. 4–9; R. Jastrzębski, *Geneza i znaczenie klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie prywatnym*, [w:] J. Malec, J. Matuszewski, W. Witkowski (red.), *Studia z dziejów państwa i prawa polskiego*, t. 13, Kraków – Lublin – Łódź 2010, s. 155–166.

wówczas wiąże się z pojęciem standardowego ryzyka gospodarczego. Wskazuje się tu jednak na konieczność indywidualizacji podmiotowo-przedmiotowej, czyli określania normalnych zjawisk w odniesieniu do określonego przedmiotu prowadzonej działalności. Jedynie taka konkretyzacja umożliwi prawidłowe zastosowanie klauzuli. Nie można przyjąć odgórnie czy w sposób sprecyzowany, jakie zjawiska są zawsze nadzwyczajne, a jakie spodziewane<sup>5</sup>.

Zwrócić należy również uwagę na pojęcie nadmiernych trudności wiążących się ze spełnieniem świadczenia. W tym przypadku ustawodawca nie sprecyzował, jakie byłyby to okoliczności. Wśród przedstawicieli doktryny trudno znaleźć w tym zakresie jednolite stanowisko. Wydaje się, że przeważa pogląd, że trudności mogą mieć zarówno charakter osobisty, jak i majątkowy. W sytuacji, gdy mają charakter majątkowy, mogą polegać na konieczności poniesienia wyższych niż przyjęte w pierwotnej umowie kosztów spełnienia świadczenia. Edward Gniewek twierdzi, iż relacja kosztów świadczenia do jego wartości powinna być rozpatrywana w kontekście przesłanki „rażącej straty”. Natomiast o trudnościach w spełnieniu świadczenia można mówić wówczas, gdy z przyczyn praktycznych lub prawnych podjęcie przez dłużnika nakazanego mu zachowania wymaga szczególnych, niezmiernie uciążliwych lub też niebezpiecznych i z tego powodu zupełnie nieracjonalnych działań. Zgodnie z tym poglądem chodzi wyłącznie o trudności natury osobistej, nie majątkowej<sup>6</sup>.

Groźba rażącej straty występować może zarówno w stosunku do dłużnika, jak i do wierzyciela. Chociaż, na co wskazuje orzecznictwo w tym zakresie, bardziej prawdopodobny jest wariant dłużnika. Podobnie i w przypadku tej przesłanki „rażąca strata” jest wyrażeniem niedookreślonym, uniemożliwiającym jednoznaczne zdefiniowanie i służącym elastycznemu dokonywaniu kwalifikacji różnych stanów faktycznych. Przedstawiciele doktryny także w tym zakresie nie podejmują się klarownego zdefiniowania pojęcia, stwierdzając jedynie lakonicznie, że chodzi o stratę „zdecydowanie ponadprzeciętną”<sup>7</sup>.

Ostatnią przesłanką umożliwiającą zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* jest to, by w chwili zawierania umowy kreującej zobowiązanie żadna ze stron nie przewidywała wpływu zmiany okoliczności na treść stosunku prawnego. Wśród przedstawicieli doktryny, jak też w orzecznictwie uznaniem cieszy się pogląd, że przesłankę tę należy rozumieć tak, że strony fak-

---

<sup>5</sup> G. Gorczyński, *Klauzula rebus sic stantibus w XXI wieku*, [w:] A. Olejniczak, J. Haberko, A. Pырzyńska, D. Sokołowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań* (Materiały konferencyjne, Poznań, 1.12.2014), Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 186–212.

<sup>6</sup> E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, art. 375<sup>1</sup>, Legalis.

<sup>7</sup> M. Orwat, *Rebus sic stantibus. Obecne funkcjonowanie klauzuli a proponowane zmiany*, [w:] E. Kabza, K. Krupa-Lipińska (red.), *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądanych zmian*, Wydział Prawa i Administracji UMK, Toruń 2013, s. 73–80.

tycznie nie przewidziały znaczenia zmiany stosunków dla ich zobowiązania oraz że nie można było tego przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. W takim znaczeniu zastosowanie klauzuli staje się możliwe w szerszym zakresie<sup>8</sup>.

## Klauzula *rebus sic stantibus* w prawie zamówień publicznych

Analizując materiały dotyczące tytułowego zagadnienia, postawiłam tezę, że w polskim prawie zamówień publicznych stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* przysparza wielu problemów. Zdarzają się sytuacje, gdy zmiana pierwotnego zobowiązania czy sądowe rozwiązanie umowy następuje wraz z naliczeniem kar umownych. Ponadto klauzula ta jest nieprawidłowo stosowana i interpretowana. Wydaje się, że w polskim prawie zamówień publicznych klauzula *rebus sic stantibus* w cywilistycznym ujęciu nie ma zastosowania. Ustawodawca przewidział w art. 144 p.z.p., okoliczności, które umożliwiają zmianę pierwotnego stosunku zobowiązaniowego. Jednakże ich spełnienie nie jest realizacją omawianej klauzuli<sup>9</sup>. A co więcej w innych okolicznościach niż te wskazane w art. 144 p.z.p. prawo zamówień publicznych wyłącza możliwość zmiany pierwotnego stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie z treścią art. 144 p.z.p., zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w tym przepisie. Należy zatem przyjąć, że umowa o zamówienie publiczne może być zmieniona, gdy w jej treści takie rozwiązanie jest przewidziane. Biorąc jednak pod uwagę, że nie jest to wówczas zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*, a jedynie korzystanie z ustawowej dyspozycji, wracam do możliwości zastosowania klauzuli.

Przedstawiciele doktryny wyrażają pogląd, iż w teoretycznym ujęciu klauzula może być zastosowana również w prawie zamówień publicznych. Orzecznictwo natomiast konsekwentnie wskazuje, że w ramach umów o zamówienia publiczne trudno jest realizować przesłanki do zastosowania klauzuli. Za główny powód podaje się precyzyjny charakter specyfikacji istotnych

<sup>8</sup> Por. M. Gamrot, *Nowy wymiar klauzuli rebus sic stantibus w obliczu kryzysu finansowego?*, [w:] L. Zacharko (red.), *Klauzule generalne w prawie krajowym i obcym*, Uniwersytet Śląski, Katowice 2016, s. 41–52; M. Bławat, *W sprawie zmiany klauzuli rebus sic stantibus (uwagi na tle postulowanej odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie obowiązku negocjacji)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2015, nr 4, s. 5–20.

<sup>9</sup> E. Boryczko, *Profesjonalizm zamawiającego przy zmianie umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 p.z.p.*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17–18.09.2012)*, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 260–269.

warunków zamówienia oraz wiążący charakter oferty. Ponadto, profesjonalizm wykonawcy ma być rękojmią prawidłowego wykonania zobowiązania<sup>10</sup>. Posiadane doświadczenie powinno bowiem umożliwiać perspektywiczne myślenie i prognozowanie ewentualnych zmian i zjawisk towarzyszących prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Wskazuje się, że np. nagła zmiana opodatkowania może być podstawą do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w odniesieniu do umów o zamówienie publiczne. Taką nagłą zmianą może być wojna, epidemia, kataklizm przyrodniczy, ale to też nie zawsze<sup>11</sup>. Przykładowo, gdy obszar inwestycji położony jest na terenie zalewowym, przewidywalne jest zalanie terenu budowy. Toteż jakiegokolwiek opóźnienia w realizacji kontraktu czy czasowa konieczność wstrzymania robót budowlanych stanowią podstawę do naliczenia kar umownych, a nie zmiany sposobu wykonania zobowiązania<sup>12</sup>.

Z tego względu wydaje się, że przy realizacji zamówień publicznych celowo wskazuje się na brak przesłanek do zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*. Po przeanalizowaniu wybranych wyników kontroli NIK w zakresie realizacji inwestycji związanych z infrastrukturą drogową w latach 2010–2016 należy zwrócić uwagę na następujące kwestie:

1) NIK nie bada prawidłowości naliczenia kar z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, ale każdorazowo i w sposób szczegółowy analizuje sytuację, gdy kara nie została naliczona<sup>13</sup>:

2) NIK wielokrotnie kwestionuje wydłużenie terminu realizacji zamówienia publicznego na podstawie porozumienia zamawiającego i wykonawcy;

---

<sup>10</sup> M. Potyraj, *Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, „Acta Iuris Stetiniensis” 2016, nr 15, s. 58–86; K. Tomaszewska, *Zakres i charakter działalności kontrolnej regionalnych izb obrachunkowych w obrębie udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 12, s. 14–25.

<sup>11</sup> A. Zemke-Górecka, *Wojna a klauzula rebus sic stantibus*, [w:] A. Brezko, F. Lempa (red.), *War and Peace. Philosophical, Political and Legal Aspects*, vol. 2: *Legal Conditionings*, Temida 2, Białystok 2013, s. 133–146; M. Wojtas, *Klauzula rebus sic stantibus w Niemczech a jej polski odpowiednik*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2012, nr 3–4, s. 8–29; R. Maciąg, J. Głowacz, *Duża klauzula rebus sic stantibus w świetle polskich propozycji legislacyjnych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2012, nr 2, s. 26–37; M.D. Czornyj, *Klauzula rebus sic stantibus jako konstrukcja włoskiego prawa cywilnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 1, s. 241–246.

<sup>12</sup> J. Nowak, *Kara umowna a rozwiązanie umowy*, „Edukacja Prawnicza” 2015/2016, nr 3, s. 14–17; eadem, *Roszczenie o zapłatę kary umownej po rozwiązaniu umowy a przesłanka ważnego zobowiązania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 7, s. 39–43; A. Śmieja, *Odpowiedzialność z art. 471 k.c. a kara umowna. Wady i zalety z punktu widzenia przedsiębiorcy*, „Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego” 2015, nr 103, s. 277–288.

<sup>13</sup> R. Adamus, *Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, s. 3–11; Z. Gordon, *Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17–18.09.2012)*, Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 181–191; B. Wilczyńska, *Kara umowna w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 4, s. 27–44.

3) NIK stoi na straży prawidłowego wydatkowania środków publicznych, jak również ich oszczędzania.

Umowy o realizację zamówienia publicznego wielokrotnie precyzują szczegóły przedsięwzięcia tak, aby uszczelnić obrót środkami publicznymi. Zgodnie z prawem kontraktowym, obowiązki stron powinny być ustalone w sposób ekwiwalentny. W prawie zamówień publicznych ekwiwalentność świadczeń jest kwestią sporną<sup>14</sup>. Dotychczas podstawowym warunkiem wygrania przetargu było zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za najniższą cenę. Z przeanalizowanych wyników kontroli NIK wynika, że podstawą dobrze zrealizowanego kontraktu jest zysk. Oznacza to, że środki przekazywane na realizację zamówienia publicznego powinny być wykorzystane optymalnie lub ewentualnie zaoszczędzone. Przy takim założeniu na zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* zamawiający nie mogą sobie pozwolić, gdyż narażają się na zarzut nieprawidłowego dysponowania środkami publicznymi. Dochodzi zatem do paradoksu, że zamawiający wstrzymuje płatność faktury na rzecz wykonawcy z tego powodu, że wykonawca bez swej winy przekroczył termin oddania części robót. W wyniku wstrzymania płatności faktury wykonawca nie może opłacić podwykonawcy, zatem zamawiający nalicza karę umowną za nierozliczenie podwykonawcy. W wyniku takiego działania zatrzymuje zarówno środki za nieterminową realizację zobowiązania, jak i za nieopłacenie podwykonawcy. NIK takie postępowanie uznaje za właściwe i chroniące interesy natury stosunku prawnego. W konsekwencji lepiej jest naliczyć kary umowne, niż zmienić sposób wykonania zobowiązania.

## Porozumienie stron umowy dotyczące zmiany warunków

Wielokrotnie w literaturze przedmiotu wskazuje się na prymat porozumienia jako narzędzia prawnego rozwiązującego wszelkie spory. Bezsparnie należy przyjąć, że w sytuacji, gdy niewykonanie umowy w terminie nie jest związane z winą którejkolwiek ze stron, strony na podstawie porozumienia mogłyby ustalić nowe warunki realizacji zamówienia. Jednakże w prawie zamówień publicznych porozumienie zmieniające pierwotne warunki wykonania zamówienia stanowi zagadnienie problematyczne<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> M. Smaga, „Równość” zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych, „Finanse Komunalne” 2016, nr 1–2, s. 102–112.

<sup>15</sup> W. Robaczyński, *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego. Nowe rozwiązania ustawowe*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 6, s. 103–121; J. Florecka, *Przyczyny fali upadłości firm budowlanych w obliczu zamówień publicznych w sektorze infrastruktury (zagadnienia wybrane)*, [w:] B.T. Bieńkowska, D. Szafrąński (red.), *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*. Cz. 6, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 31–43.

Aprobując stanowisko przedstawicieli doktryny, należy przyjąć założenie, że gdy strony nie ponoszą odpowiedzialności za nienależyte wykonanie bądź niewykonanie umowy, mogą wprowadzić istotnie zmiany treści stosunku zobowiązaniowego, aby realizacja zobowiązania stała się możliwa. Jednakże nadzór nad wykonywaniem zobowiązań *stricte* cywilnych sprawują pierwotnie wierzyciele, wtórnie zaś sądy powszechne. W przypadku zamówień publicznych sytuacja wygląda odmiennie. Nadzór nad wykonaniem zamówienia publicznego pierwotnie sprawują: Regionalna Izba Obrachunkowa<sup>16</sup>, Krajowa Izba Odwoławcza, Najwyższa Izba Kontroli<sup>17</sup>, a wtórnie sam zamawiający. Wniosek taki można sformułować, biorąc pod uwagę strukturę i kompetencje wskazanych podmiotów, instancyjność i strategię działania.

W procesie realizacji zamówienia publicznego często zdarzają się sytuacje, gdy zamawiający chętnie podjęliby rokowania zmieniające pierwotną treść zobowiązania, a umożliwiające racjonalne jego wykonanie. Jednakże, ze względu na obawę ponoszenia zindywidualizowanej odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zamawiający wybierają utrzymanie pierwotnego stosunku zobowiązaniowego i naliczanie kar umownych, np. z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia<sup>18</sup>.

Nieraz dochodzi do tego, iż zamawiający podejmują działania niezgodne z zasadami racjonalnego gospodarowania, a przede wszystkim zasadami wykonywania zobowiązań. Dzieje się tak przez wzgląd na zakres ponoszonej odpowiedzialności przez osoby wchodzące w skład organów zarządzających podmiotów zobowiązanych do stosowania p.z.p. przy udzielaniu zamówienia publicznego. Powstaje tym samym problematyczna kwestia racjonalności nadzoru i kontroli organów państwowych nad procesami realizacji zamówień publicznych. Z jednej strony czynności dokonywane przez organy nadzoru i kontroli są niezbędne, gdyż dotyczą wydatkowania środków publicznych. Zapewniają także racjonalizację ich wydatkowania. Z drugiej strony „parali-

<sup>16</sup> K. Tomaszewska, op. cit., s. 14–25.

<sup>17</sup> K. Horubski, *Kontrola udzielania zamówień publicznych a nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 4, s. 95–122; R.P. Krawczyk, *Kontrola zamówień publicznych w latach 2012–2013 na przykładzie RIO w Łodzi – wybrane przypadki*, [w:] M. Ofiarska (red.), *Europejska Karta Samorządu Lokalnego a prawo samorządu terytorialnego*, Szczecin 2015, s. 215–247; E. Adamowicz, *Specyfika kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków europejskich w warunkach zmienionej regulacji prawnej*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4, s. 3–12; K. Surówka, *Rola dyscypliny finansów publicznych w racjonalnym gospodarowaniu środkami pieniężnymi przez JST na przykładzie Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO w Krakowie*, [w:] M. Smaga, M. Winiarz (red.), *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzia prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, Kraków 2013, s. 311–324.

<sup>18</sup> M. Lemonnier, Sz. Kisiel, *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych – uwagi interdyscyplinarne*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, Szczytno 2015, s. 725–737.

żują” swobodę kontraktowania i często uniemożliwiają wykonanie zobowiązania z zaspokojeniem wierzyciela. Należy zauważyć, że w takiej sytuacji zamawiający ponosi wyższe koszty ponownego wyłonienia wykonawcy, niż gdyby doszło do porozumienia zmieniającego pierwotne warunki umowy. Niestety, zmiana pierwotnego stosunku zobowiązaniowego przez strony umowy wymaga uzasadnienia, a następnie musi ono zostać zaaprobowane przez organ nadzoru i kontroli. Organ ten zwykle poszukuje oszczędności, a zmiana warunków pierwotnego zobowiązania może zmniejszyć zysk. Ważne, że zmniejszenie zysku i tak pozostaje bardziej dochodowym rozwiązaniem niż wyłanianie nowego wykonawcy. Wyłonienie nowego wykonawcy jest kategorię reakcją na nienależyte wykonanie zobowiązania i stanowi dowód na dbałość o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Z tych względów do porozumień pomiędzy stronami w kwestii zmiany pierwotnego stosunku zobowiązaniowego dochodzi niezmiernie rzadko.

## Podsumowanie

Na wstępie niniejszego artykułu postawiłam pytanie, dlaczego przy realizacji zamówień publicznych funkcjonuje silny rygoryzm umowny i z jakich przyczyn strony nie są w stanie zmienić treści zobowiązania? Następnie, czy możliwe jest zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w prawie zamówień publicznych i w jakim ewentualnie zakresie? Na wskazane zagadnienia trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Wydaje się, że z punktu widzenia teorii prawa cywilnego zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w prawie zamówień publicznych jest możliwe. Jednakże ze względu na charakter prawny umowy o zamówienie publiczne zastosowanie tej klauzuli w praktyce się nie zdarza. Zgodnie z treścią art. 144 p.z.p., strony przy zawieraniu umowy mogą zastrzec, że przy zaistnieniu określonych okoliczności uprawnione są do zmiany treści pierwotnego zobowiązania. Nie jest to jednak realizacja klauzuli *rebus sic stantibus*. Z drugiej strony w orzecznictwie wskazuje się, że klauzula może mieć zastosowanie w przypadku nagłych zmian podatkowych, których strony przewidzieć nie mogły<sup>19</sup>. Trzecią kwestią są po-

<sup>19</sup> Zob. wyrok Sądu Rejonowego z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt I C 32/14, Legalis nr 864582; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt KIO/KD 13/16, Legalis nr 1469388; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt V CSK 277/15, Legalis nr 1460678; orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 27 października 2014 r., sygn. akt BDF1/4900/76/77/RN-20/14, Biul. NDFP 2015, nr 2, poz. 8, s. 99; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1040/15, Legalis nr 1303555; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 30/15, Legalis nr 1352484; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie – I Wydział Cywilny z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt I ACa 83/13, Legalis nr 744274; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 29 października 2015 r., sygn. akt I CSK 901/14, Legalis nr 1360056; wyrok Sądu

głądy prezentowane przez NIK, zgodnie z którymi wykonawca zobowiązany jest przewidzieć wszystkie możliwe okoliczności związane z przedmiotem realizowanego zamówienia.

Oczywiście, wskazać należy, że porozumienie zawarte pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne rozwiązałoby kwestie sporne poruszane w niniejszym artykule. W konsekwencji takiej czynności prawnej strony mogłyby określić nowe warunki wykonania zobowiązania. Jednakże w prawie zamówień publicznych brakuje swobody decydowania, analizowania i wyboru – najistotniejsze znaczenie ma cena, nie jakość. Zasada ta przenosi się na cały proces zarządzania realizacją zamówień publicznych. Należy zatem postawić pytanie: czy taka strategia służy wydatkowaniu środków publicznych? Wydaje się, że posługiwanie się stałymi standardami działania jest nieadekwatne do ciągle rozwijającej się gospodarki i uwarunkowań konkurencji. Tym samym powstaje kolejne pytanie: czy umowa o zamówienie publiczne może być uznana za umowę o charakterze cywilnym, czy administracyjnym?

Równość stron i ekwiwalentność świadczeń to podstawowe zasady umów wzajemnych w prawie cywilnym. W prawie zamówień publicznych zasady te nie są stosowane wprost. Jeżeli najważniejsza dla wyboru wykonawcy jest cena, ekwiwalentność świadczeń staje się pojęciem czysto teoretycznym. Z drugiej zaś strony treść umów o zamówienie publiczne ma szablonowy charakter i trudno jest wskazać, że strony konsensualnie ustalają warunki wykonania zobowiązania. Oto paradoks: nadzór organów państwa, rygorystyczny ustawowy, szczególna staranność profesjonalistów prowadzą do szkód na mieniu – państwowym i prywatnym.

## Literatura

- Adamowicz E., *Specyfika kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków europejskich w warunkach zmienionej regulacji prawnej*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4.
- Adamus R., *Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3.
- Bieniak M., *Klauzula rebus sic stantibus – możliwości jej aktualnego zastosowania (uwagi na tle art. 357(1) KC)*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 12.
- Bławat M., *W sprawie zmiany klauzuli rebus sic stantibus (uwagi na tle postulowanej odpowiedzialności odszkodowawczej za naruszenie obowiązku negocjacji)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2015, nr 4.

---

Apelacyjnego w Warszawie – I Wydział Cywilny z dnia 13 lutego 2015 r., sygn. akt I ACa 1136/14, Legalis nr 1195502; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 19 listopada 2014 r., sygn. akt II CSK 191/14, Legalis nr 1180685; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt I CSK 659/15, Legalis nr 1537149; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1023/14, Legalis nr 1034240; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2015 r., sygn. akt KIO 905/15, Legalis nr 1351687; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie – I Wydział Cywilny z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt I ACa 329/13, Legalis nr 775945.



- Boryczko E., *Profesjonalizm zamawiającego przy zmianie umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 p.z.p.*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17–18.09.2012)*, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012.
- Borysiak W., *Glosa do wyroku SN z 22.04.2005 r. III CK 594/04*, „Glosa” 2009, nr 3.
- Brzozowski A., *Klauzula rebus sic stantibus także w obrocie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1.
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 1.
- Czornyj M.D., *Klauzula rebus sic stantibus jako konstrukcja włoskiego prawa cywilnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 1.
- Florecka J., *Przyczyny fali upadłości firm budowlanych w obliczu zamówień publicznych w sektorze infrastruktury (zagadnienia wybrane)*, [w:] B.T. Bieńkowska, D. Szafrański (red.), *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Cz. 6*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Gamrot M., *Nowy wymiar klauzuli rebus sic stantibus w obliczu kryzysu finansowego?*, [w:] L. Zacharko (red.), *Klauzule generalne w prawie krajowym i obcym*, Uniwersytet Śląski, Katowice 2016.
- Gniewek E., Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Gołaczyński J., *Przesłanki stosowania klauzuli rebus sic stantibus obecnie i pod rządami kodeksu zobowiązań*, „Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego” 1995, nr 31.
- Gorczyński G., *Klauzula rebus sic stantibus w XXI wieku*, [w:] A. Olejniczak, J. Haberkko, A. Pyrżyńska, D. Sokolowska (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań (Materiały konferencyjne, Poznań, 1.12.2014)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Gordon Z., *Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17–18.09.2012)*, Wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012.
- Grabarczyk M., *Negocjacyjne sposoby kontraktowania w zamówieniach publicznych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2.
- Grobel S., *Klauzula rebus sic stantibus jako instrument przywracania równowagi świadczeń*, „Prace Naukowe Politechniki Radomskiej. Prawo” 1998, nr 1.
- Horubski K., *Kontrola udzielania zamówień publicznych a nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, „Studia Prawa Publicznego” 2015, nr 4.
- Jastrzębski R., *Geneza i znaczenie klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie prywatnym*, [w:] J. Malec, J. Matuszewski, W. Witkowski (red.), *Studia z dziejów państwa i prawa polskiego*, t. 13, Kraków – Lublin – Łódź 2010.
- Jaworski L., *Klauzula rebus sic stantibus*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9.
- Krawczyk R.P., *Kontrola zamówień publicznych w latach 2012–2013 na przykładzie RIO w Łodzi – wybrane przypadki*, [w:] M. Ofiarska (red.), *Europejska Karta Samorządu Lokalnego a prawo samorządu terytorialnego*, Szczecin 2015.
- Lackoroński B., *Klauzula rebus sic stantibus a odpowiedzialność ex contractu*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 3.
- Lemonnier M., Kisiel Sz., *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych – uwagi interdyscyplinarne*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki*.

- Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, Szczytno 2015.
- Maciąg R., Głowacz J., *Duża klauzula rebus sic stantibus w świetle polskich propozycji legislacyjnych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2012, nr 2.
- Mańko R., *Przesłanki zastosowania klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie cywilnym*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2002, nr 1.
- Nowak J., *Kara umowna a rozwiązanie umowy*, „Edukacja Prawnicza” 2015/2016, nr 3.
- Nowak J., *Roszczenie o zapłatę kary umownej po rozwiązaniu umowy a przesłanka ważnego zobowiązania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 7.
- Orwat M., *Rebus sic stantibus. Obecne funkcjonowanie klauzuli a proponowane zmiany*, [w:] E. Kabza, K. Krupa-Lipińska (red.), *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądanych zmian*, Wydział Prawa i Administracji UMK, Toruń 2013.
- Ostrowski L., *Klauzula rebus sic stantibus w świetle procedury cywilnej*, „Palestra” 1998, nr 7/8.
- Potyraj M., *Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych*, „Acta Iuris Stetiniensis” 2016, nr 15.
- Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3.
- Robaczyński W., *Umowna modyfikacja zamówienia publicznego. Nowe rozwiązania ustawowe*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 6.
- Siwek A., *Klauzula rebus sic stantibus (art. 357 (1) kc). Zestawienie tez*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 12.
- Smaga M., *„Równość” zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych*, „Finanse Komunalne” 2016, nr 1–2.
- Smyk M., *Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 14.
- Surówka K., *Rola dyscypliny finansów publicznych w racjonalnym gospodarowaniu środkami pieniężnymi przez JST na przykładzie Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO w Krakowie*, [w:] M. Smaga, M. Winiarz (red.), *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzia prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, Publicus, Kraków 2013.
- Śmieja A., *Odpowiedzialność z art. 471 k.c. a kara umowna. Wady i zalety z punktu widzenia przedsiębiorcy*, „Przegląd Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego” 2015, nr 103.
- Tomaszewska K., *Zakres i charakter działalności kontrolnej regionalnych izb obrachunkowych w obębie udzielania zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2016, nr 12.
- Wilczyńska B., *Kara umowna w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 4.
- Witosz A., *Klauzula rebus sic stantibus w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 1.
- Wojtas M., *Klauzula rebus sic stantibus w Niemczech a jej polski odpowiednik*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2012, nr 3–4.
- Zemke-Górecka A., *Wojna a klauzula rebus sic stantibus*, [w:] A. Brezcko, F. Lempa (red.), *War and Peace. Philosophical, Political and Legal Aspects*, vol. 2: *Legal Conditionings*, Temida 2, Białystok 2013.

## Summary

### ***The rebus sic stantibus clause in public procurement law and the issue of the use of contractual penalties***

**Key words:** ordering, contractor, *rebus sic stantibus* clause, offer.

Investments in urban construction and road construction are mainly implemented under the law of public procurement law. The liability for breach of the public procurement procedure is based on the provisions of the law on public finance, tax law or even penal law. The basic problematic issue is determining why there is a strong contractual rigor in the execution of public contracts, and for what reasons the parties cannot be able to change the content of the contract? Consequently, there is another legal problem, is it possible to apply the clause *rebus sic stantibus* in public procurement law and to what extent? The subject of the analysis of this article was the results of the inspection of the Supreme Chamber of Control in the field of construction of road infrastructure in the years 2010–2016 and case law concerning the amendment of the contents of the contract concluded as a consequence of the application of the law on public procurement law.



**Kacper Milkowski**

Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego  
Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Funkcjonowanie Donieckiej Republiki Ludowej w przestrzeni międzynarodowej – na przykładzie przedstawicielstwa w Republice Czeskiej**

### **Wstęp**

Obszar poradziecki traktowany jest przez Federację Rosyjską priorytetowo – jako region realizacji jej geopolitycznych interesów: bezpieczeństwa państwa, utrzymania strefy wpływów, wzrostu prestiżu międzynarodowego<sup>1</sup>. W 2014 r. rozpoczął się konflikt we wschodniej Ukrainie, a jego następstwa są trudne do przewidzenia i nie ulega wątpliwości, że w doniosły sposób oddziałuje on na prowadzoną politykę zagraniczną państw Europy Środkowej i Zachodniej. W wyniku działań militarnych w Donbasie doszło do faktycznych zmian terytorialnych (choć formalnie nieuznawanych), zaś władza spoczywa w rękach przywódców quasi-państw<sup>2</sup>: tzw. Donieckiej Republiki Ludowej (ukr. Донецька Народна Республіка) oraz Ługańskiej Republiki Ludowej (ukr. Луганська Народна Республіка). Nieuznanie terytoriów okupowanych za państwa spowodowało, że separatystyczne władze próbują za pomocą różnych instrumentów zaznaczać swoją aktywność na arenie międzynarodowej.

Celem artykułu jest określenie, w jaki sposób organy quasi-państwa tzw. Donieckiej Republiki Ludowej są w stanie dokonywać ekspansji na arenie międzynarodowej na przykładzie Przedstawicielskiego Centrum Donieckiej

---

<sup>1</sup> Ф. Кунэ, *НАТО и Южный Кавказ*, Кавказский институт мира, демократии и развития, Тбилиси 2003, s. 23–24.

<sup>2</sup> Quasi-państwo utożsamiane jest w piśmiennictwie z terminami: „państwo w państwie”, „państwo *de facto*”, „państwo *de facto* niepodległe”, „państwo nieuznane”, „państwo separatystyczne”, „państwo samozwańcze”, „pseudopaństwo”, „subpaństwo”, „parapaństwo” czy „jednostka podobna do państwa” (*statelike entity*). M. Kosienkowski, *Quasi-państwo w stosunkach międzynarodowych*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2008, t. 38, nr 3–4, s. 151.

Republiki Ludowej w Republice Czech, a także jakie są prognozy jego funkcjonowania w środowisku międzynarodowym.

## Doniecka Republika Ludowa

Konflikt we wschodniej części kraju spowodował, że Ukraina utraciła władzę w regionie Donbasu<sup>3</sup>. W marcu i kwietniu 2014 r. Federacja Rosyjska rozpoczęła operację rozniecania antyukraińskich nastrojów, przystępując tym samym do realizacji swojego planu utworzenia Noworosji (ros. Союз Народных Республик)<sup>4</sup>. Idea powstania nowego bytu politycznego na bazie oderwanych od Ukrainy południowo-wschodnich i nadczarnomorskich obwodów jest stale obecna w rosyjskich mediach oraz publicystyce politycznej<sup>5</sup>. W wyniku działań militarnych oraz propagandowych utworzono tzw. Doniecką Republikę Ludową i Ługańską Republikę Ludową, które w ciągu ostatnich kilkunastu miesięcy zintensyfikowały działania mające wykazać ich podmiotowość. Aby zalegalizować swoją władzę, separatystyczny rząd samowładznej Donieckiej Republiki Ludowej przeprowadził 11 maja 2014 r. referendum, które Ukraina uznała za niezgodne z prawem<sup>6</sup>. Następnego dnia ogłoszona została deklaracja o niepodległości<sup>7</sup>. Kolejnym etapem w dążeniu do państwowości było przeprowadzenie 2 listopada 2014 r. wyborów do władz centralnych w celu uprawomocnienia działań separatystycznych przywódców<sup>8</sup>. Zarówno referendum, jak i wybory nie spełniły podstawowych demokratycznych wymogów<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Donbas (ukr. Донбас) – Donieckie Zagłębie Węglowe (ukr. Донецький вугільний басейн) to okręg przemysłowy we wschodniej Ukrainie obejmujący obwód doniecki (ukr. Донецька область) oraz ługański (ukr. Луганська область), jak również obwód rostowski w południowo-zachodniej Rosji; położony jest nad rzeką Doniec w regionie o licznych tradycjach historycznych i kulturowych.

<sup>4</sup> Dnia 24 maja 2014 r. „Republiki Ludowe” podpisały porozumienie o utworzeniu Federacji Republiki Noworosji. Zostało ono jednak 20 maja 2015 r. zawieszono, co skutkuje tym, iż funkcjonują one jako niezależne od siebie „quasi-państwa”.

<sup>5</sup> M. Sienkiewicz, *Aspekt energetyczny konfliktu rosyjsko-ukraińskiego*, „Dyplomacja i Bezpieczeństwo” 2015, nr 1(3), s. 137 i nast.

<sup>6</sup> W lokalnych mediach obwieszczono, że za niepodległością Donieckiej Republiki Ludowej opowiedziało się 89% osób zamieszkałych w obwodzie donieckim. Na uwagę zasługuje fakt, że nigdzie nie podano informacji o obszarze, z jakiego zliczono głosy (separatystyczne władze nie kontrolują całego obwodu donieckiego) ani liczby osób uprawnionych do głosowania. M. Руденко, *Да здравствует республика*, „Новороссия” 2017, nr 134, s. 1–5.

<sup>7</sup> Конституционный акт, „Новороссия” 2017, nr 149, c. 1–5.

<sup>8</sup> I. Lyubahenko, *Samowładzce republiki w ukraińskim Donbasie*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2016, t. 8, nr 1, s. 52; I. Чонка, *Вся история Украины*, „Новороссия” 2017, nr 128, s. 8.

<sup>9</sup> T. Piechal, *Republiki wojenne w Donbasie rok po wybuchu konfliktu*, „Komentarze – Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpia” 2015, nr 174, s. 2.

Przedstawiciele quasi-republiki wskazują, że posiada ona podstawowe atrybuty państwa, takie jak: konstytucja, hymn, parlament, armia, „przeprowadzanie wyborów” do lokalnych władz<sup>10</sup>. W przypadku Donieckiej Republiki Ludowej widać, że separatystom udało się wypracować pewne podstawowe zasady współpracy pomiędzy poszczególnymi ośrodkami władzy. Ustanawiane jest nowe prawo, funkcjonuje administracja i wymiar sprawiedliwości, wprowadzono reformę szkolnictwa, rozpoczęto politykę paszportyzacji<sup>11</sup>, a także prowadzone są wszelkie rejestry, także te dotyczące samochodów (donieckie tablice rejestracyjne). Wypłacane są świadczenia społeczne, w tym emerytury<sup>12</sup>.

Kolejnym z celów, jakie stawiają przed sobą separatystyczne władze, jest zaznaczenie swojej obecności na arenie międzynarodowej. Zgodnie z prawnymi kryteriami państwowości przyjętymi na mocy konwencji w Montevideo z 1933 r.<sup>13</sup>: (art. 1) państwo jako podmiot prawa międzynarodowego powinno mieć następujące elementy:

- 1) stałą ludność,
- 2) władzę,
- 3) określone terytorium,
- 4) zdolność wchodzenia w stosunki międzynarodowe.

Zatem nowo powstałe państwo, aby stać się podmiotem prawa międzynarodowego, zgodnie z przyjętą praktyką, musi posiadać wyżej wskazane cechy. Co do pierwszych trzech kryteriów przedstawiciele quasi-państwa mogą argumentować zasadność przesłanek, natomiast w odniesieniu do czwartego kryterium żadne podmioty występujące na arenie międzynarodowej nie traktują samowładznej Donieckiej Republiki Ludowej jako pełnoprawnego podmiotu, z którym można by nawiązać kontakty międzynarodowe. Nie utrzymuje ona żadnych stosunków dyplomatycznych ani konsularnych, nie jest członkiem jakiegokolwiek organizacji międzynarodowej, nie występuje też jako strona postępowań przed sądami międzynarodowymi. Na uwagę zasługuje fakt, że dotychczas żadne państwo nie uznało niepodległości samowładznej Donieckiej Republiki Ludowej<sup>14</sup> z wyjątkiem Osetii Południowej, która sama może legitymować się jedynie ograniczonym uznaniem międzynarodowym<sup>15</sup>. Władze okupowanego terytorium próbują wskazywać na swo-

<sup>10</sup> A. Szumski, *Status prawny Donieckiej Republiki Ludowej i Ługańskiej Republiki Ludowej*, „Dyplomacja i Bezpieczeństwo” 2015, nr 1 (3), s. 152.

<sup>11</sup> Д. Дезорцев, *Добрый знак*, „Новороссия” 2016, nr 81, s. 1; Д. Ди, *Тема недели. Читаем внимательно*, „Новороссия” 2017, nr 131, s. 1–5.

<sup>12</sup> D. Kazański, *Separatyści w Donbasie – kim są i czego chcą*, „Nowa Europa Wschodnia” 2015, nr 6, s. 102–108.

<sup>13</sup> Montevideo Convention On Rights And Duties Of States, signed at Montevideo in 26 December 1933.

<sup>14</sup> Podobnie Ługańskiej Republiki Ludowej.

<sup>15</sup> A. Szumski, op. cit.

ją aktywność w środowisku międzynarodowym poprzez powołanie przedstawicielstw, które tworzone są dzięki liberalnym przepisom państw Unii Europejskiej.

## Przedstawicielstwo

Przedstawicielskie Centrum Donieckiej Republiki Ludowej utworzone zostało w Ostrawie jako organizacja pozarządowa. Było to pierwsze oficjalnie zarejestrowane przedstawicielstwo quasi-republiki w Unii Europejskiej. Jego inicjatorem i założycielem jest przewodnicząca czeskiej organizacji społeczno-politycznej „Národní domobrana” Nela Lisková, wspierana przez Vadima Hrubesha i Petera Viktoryna (wszyscy wymienieni są obywatelami Republiki Czeskiej)<sup>16</sup>. Procedura rejestracji przeprowadzona została 13 czerwca 2016 r. Jednakże 24 czerwca 2016 r. między „Ministerstwem Spraw Zagranicznych” samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej a Nela Lisková, która działa w imieniu Przedstawicielskiego Centrum Donieckiej Republiki Ludowej w Czechach, został podpisany list intencyjny<sup>17</sup>. Nela Lisková w Donbasie udzielała wywiadów dla kanału Noworosja TV, w których wskazywała, że zarówno w Republice Czeskiej, jak i całej Unii Europejskiej nie prezentuje się w sposób obiektywny sytuacji panującej w samozwańczej Donieckiej Republice Ludowej<sup>18</sup>. Natomiast doniecka minister spraw zagranicznych Natalia Nikonorowa wskazała, iż Doniecka Republika Ludowa nie jest traktowana jako organizacja terrorystyczna w Republice Czeskiej, gdyż działalności tego typu instytucji zostałaby zabroniona przez służby bezpieczeństwa<sup>19</sup>.

W postanowieniach założycielskich Przedstawicielskiego Centrum Donieckiej Republiki Ludowej, którego oficjalne otwarcie miało miejsce 1 wrze-

---

<sup>16</sup> Oficjalna strona populistycznej, antyeuropejskiej inicjatywy społecznej Národní domobrana, [online] <[www.narodnidomobrana.cz](http://www.narodnidomobrana.cz)> (dostęp 6.11.2017); S. Sydorenko, *Armed Diplomats: Donetsk Separatists and Their Consulate in the EU*, [online] <<https://112.international/article/armed-diplomats-donetsk-separatists-and-their-consulate-in-the-eu-9157-print.html>> (dostęp 6.11.2017).

<sup>17</sup> N. Nikonorova, *Otwarcie pierwszego na świecie przedstawicielstwa DRL w Czechach*, [online] <<https://pl.sputniknews.com/swiat/201609013802207-czechy-drl-przedstawicielstwo-ostrawa/>> (dostęp 6.11.2017).

<sup>18</sup> „Wpadłam na pomysł, aby otworzyć przedstawicielstwo Donieckiej Republiki Ludowej w Republice Czech, żeby udzielić pomocy narodowi Donbasu i opowiadać czeskim ludziom o tym, co tak naprawdę się dzieje. My planujemy nawiązać współpracę kulturową. Planujemy także zaprosić do Doniecka zespoły teatralne, muzyczne” – А. Каймаков, К. Айзпурвит, *Для Чехии ДНР не существует*, [online] <<http://inosmi.ru/politic/20160907/237766457.html>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>19</sup> T. Peszyński, *Zastoupení doněckých separatistů v ČR. Fikce a realita*, [online] <<https://tomaspeszynski.blog.idnes.cz/blog.aspx?c=535401>> (dostęp: 6.11.2017).



śnia 2016 r.<sup>20</sup>, zaznaczono, że ma ono „koordynować działania przedstawicieli Czech i Donieckiej Republiki Ludowej na rzecz ochrony praw i interesów mieszkańców Donbasu za granicą”. Zadania, jakie przed sobą stawia Przedstawicielstwo, to możliwość „obiektywnego informowania mieszkańców Unii Europejskiej o wydarzeniach w Donbasie”. Czeskie ustawodawstwo nie stosuje jakichkolwiek ograniczeń w zakresie wyboru nazwy tego typu organizacji, więc sama rejestracja obyła się bez większych problemów<sup>21</sup>.

Takie działania ze strony władz okupowanego terytorium Ukrainy miały na celu stworzenie swoistej imitacji *ius legationis*, czyli prawa podmiotu do przyjmowania i wysyłania misji dyplomatycznych oraz konsularnych, których celem jest realizacja zadań z zakresu stosunków dyplomatycznych i konsularnych<sup>22</sup>. Ambasada Ukrainy opublikowała komentarz, w którym wyraziła zdziwienie, a jednocześnie zaniepokojenie sytuacją, ponieważ wygląda to jak oczywista prowokacja przeprowadzana na terytorium Republiki Czeskiej, która w kontekście rosyjskiej agresji powinna być rozpatrywana jako część ideologicznej wojny hybrydowej Federacji Rosyjskiej nie tylko przeciwko Ukrainie, ale i całemu cywilizowanemu światu. Oprócz tego działania takie mają na celu osmieszenie instytucji i procedur demokratycznych zachodniej cywilizacji. Podkreślono, że Ukraina ignoruje taką prowokację, gdyż żadne państwo na świecie nie uznaje samowznaczej Donieckiej Republiki Ludowej. W opinii władz Ukrainy jest to organizacja terrorystyczna i żadne państwo nie może nawiązać jakichkolwiek stosunków, w szczególności dyplomatycznych czy konsularnych z tym ugrupowaniem<sup>23</sup>.

Według rzeczniczki czeskiego Ministerstwa Spraw Zagranicznych Ireny Walentowej, Nela Lisková, która przedstawia się jako konsul honorowy Donieckiej Republiki Ludowej w Czechach, nie ma uprawnień do takiego tytułu. Wskazać trzeba, że Republika Czeska jest stroną Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963 r.<sup>24</sup> Zgodnie z jej art. 2, istnieją dwie kategorie urzędników konsularnych: zawodowi i honorowi. Osoby pełniące urząd konsula honorowego mogą być powoływane zgodnie z posta-

---

<sup>20</sup> Zaproszeni zostali przedstawiciele najwyższych władz. Ministerstwo Spraw Zagranicznych Czech niezwłocznie wydało oświadczenie, że nie uznaje samowznaczej Donieckiej Republiki Ludowej i nie utrzymuje z przedstawicielami tego bytu jakichkolwiek stosunków dyplomatycznych. Wskazało także, że niedopuszczalne jest posługiwanie się przez Nele Lisková tytułem konsula honorowego (A. Каймаков, К. Айзпурвит, op. cit.).

<sup>21</sup> В. Троян, Г. Пирлик, *Ліквідація «представництва ДНР» в Чехії може стати прецедентом для країн ЄС – посол*, [online] <<https://hromadskeradio.org/news/2017/06/28/likvidaciya-predstavnytva-dnr-v-chehiyi-mozhe-staty-precedentom-dlya-krayin-yes-posol>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>22</sup> M. Muszyński, *Państwo w prawie międzynarodowym*, Wyd. STO, Bielsko-Biała 2012, s. 239.

<sup>23</sup> А. Каймаков, К. Айзпурвит, op. cit.

<sup>24</sup> Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz.U. z 1982 r., nr 13, poz. 98).

nowieniami zawartej umowy międzynarodowej. Nela Lisková posługiwała się tym tytułem w sposób nielegalny.

## Dlaczego Republika Czeska?

Wskazuje się, że wybór państwa nie był przypadkowy, gdyż czeskie ustawodawstwo pozwala na swobodne zakładanie i funkcjonowanie organizacji tego typu. Nie dokonuje się tam szczegółowej weryfikacji rejestrowanego podmiotu, a państwo nie ingeruje w jego późniejszą działalność. Władze nie miały zatem prawnych instrumentów, aby przeciwdziałać występowaniu w przestrzeni publicznej Przedstawicielskiego Centrum Donieckiej Republiki Ludowej<sup>25</sup>.

Jednakże należy zwrócić także uwagę na podejście czeskich władz do konfliktu na Ukrainie. W stosunku przedstawicieli Republiki Czeskiej do Ukrainy widoczne są dwie tendencje. Z jednej strony wojna w Donbasie postrzegana jako zagrożenie dla bezpieczeństwa w regionie, również pod kątem ryzyka masowych migracji do Europy Środkowej. W tym zakresie czeski rząd, wspierając reformy na Ukrainie, stara się przyczynić do ustabilizowania sytuacji w tym państwie oraz bierze udział w inicjowanych przez Unię Europejską oraz NATO działaniach, których celem jest zmuszenie Federacji Rosyjskiej do zaprzestania destabilizowania sytuacji w Donbasie. Z drugiej strony, czeskie władze starają się ograniczać straty, jakie konflikt na Ukrainie przynosi czesko-rosyjskiej współpracy gospodarczej. Na uwagę zasługują także zachowania i wypowiedzi prezydenta Miloša Zemana, które są jednoznacznie prorosyjskie i kontrastują z krytycznym wobec działań Federacji Rosyjskiej na Ukrainie podejściem ministra spraw zagranicznych Lubomíra Zaorálka.

Miloš Zeman jest zdecydowanym przeciwnikiem sankcji i zwolennikiem wielopłaszczyznowego dialogu z Federacją Rosyjską. Stoi na stanowisku, że Władimir Putin nie jest zagrożeniem, tylko naturalnym sojusznikiem Zachodu w walce chociażby z „kryzysem migracyjnym” oraz fundamentalizmem islamskim<sup>26</sup>. W swoich przemowach określa Ukrainę jako państwo upadłe, podważa demokratyczne przemiany tam zachodzące i zarzuca ukraińskiej władzy, że dąży do wojny<sup>27</sup>. Takie wypowiedzi czeskiego prezydenta inicjują

<sup>25</sup> А. Каймаков, К. Айзпурвит, *op. cit.*

<sup>26</sup> Czeski prezydent uznaje, że aneksja Krymu była bezprawna, ale dodaje, że jego zdaniem decyzja Nikity Chruszczowa o przekazaniu Krymu Ukraińskiej SRR była błędem.

<sup>27</sup> „Krytykowałem odłączenie się Kosowa od Serbii, uważając je za oczywiste naruszenie rezolucji Rady Bezpieczeństwa, która gwarantuje integralność terytorialną Serbii, w tym Kosowa. Ale wydarzyło się to, co nazywa się polityką podwójnych standardów: referendum na Krymie to nielegalna aneksja, a gdy Kosowo staje się niezależne, pomimo wspomnianej wyżej rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, wszystko w porządku” – Sputnik, *Prezydent Czech o stosunku do Krymu i Kosowa: Podwójne standardy*, [online] <<https://pl.sputniknews.com/swiat/201710066422421-sputnik-zeman-kosowo-krym/>> (dostęp: 7.11.2017).

protesty ukraińskiej ambasady w Pradze, a co za tym idzie są chętnie przytaczane przez propagandowe media rosyjskie. W taką retorykę wpisuje się także były premier i prezydent Vaclav Klaus, który uważa, że Władimir Putin nie ponosi jakiegokolwiek odpowiedzialności za interwencję oraz przyłączenie Krymu, podczas gdy Ukraina jest państwem „sztucznym” i powinna pozostać w rosyjskiej strefie wpływów<sup>28</sup>. Stanowisko zbieżne z kremłowską propagandą zarówno w zakresie sankcji, jak i sytuacji na terytorium Ukrainy prezentują politycy Komunistycznej Partii Czech i Moraw (KSČM)<sup>29</sup>, a także partii Wolność i Demokracja Bezpośrednia (SPD) oraz część polityków Czeskiej Partii Socjaldemokratycznej (ČSSD). Ponadto poseł czeskiej partii SPD wziął na Krymie udział w obchodach trzeciej rocznicy zajęcia półwyspu przez Rosję. Zauważyć trzeba także, że prezydent Czech regularnie spotyka się z prezydentem Rosji, aby rozmawiać o perspektywach dalszej współpracy<sup>30</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że Federacja Rosyjska postrzegana jest przez władze Czech jako wiarygodny dostawca surowców energetycznych i rynek znacznie atrakcyjniejszy od ukraińskiego. Rząd Republiki Czeskiej poszukuje możliwości ograniczenia spadku wzajemnych inwestycji i obrotu gospodarczego z Kreml, spowodowanego sankcjami i kryzysem gospodarczym w Federacji Rosyjskiej. Taki stosunek władz czeskich do Rosji powoduje, że wszelkie konflikty i działania mogą być marginalizowane, aby wspierać tylko gospodarkę państwa<sup>31</sup>. Konsekwencją takiego podejścia jest fakt, iż przedstawiciele samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej skierowali się w pierwszej kolejności do Czech.

## Delegalizacja

Procedura delegalizacji Przedstawicielskiego Centrum Donieckiej Republiki Ludowej została zainicjowana przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych, a dokładniej przez ministra Lubomíra Zaoráleka. Zdecydowane kroki zostały podjęte po interwencji przedstawicieli Ministerstwa Spraw Zagra-

---

<sup>28</sup> Polonia Christiana, *Dlaczego Vaclav Klaus popiera aneksję Krymu?*, [online] <<http://www.pch24.pl/dlaczego-vaclav-klaus-popiera-aneksje-krymu-,25196,i.html>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>29</sup> Czescy komuniści odwiedzili w styczniu 2016 r. samozwańczą Doniecką Republikę Ludową w celu uzyskania informacji o „zbrodniach armii ukraińskiej”.

<sup>30</sup> J. Groszkowski, T. Iwański, A. Sadecki, *Sąsiad odkrywany na nowo. Stosunki Czech, Słowacji i Węgier z Ukrainą. Raport OSW*, Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpia, Warszawa 2017, s. 6–8.

<sup>31</sup> Ibidem, s. 6–10; J. Groszkowski, *Prywatna polityka zagraniczna prezydenta Czech*, [online] <<https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2017-10-18/prywatna-polityka-zagraniczna-prezydenta-czech>> (dostęp: 6.11.2017); D. Kałan, *Mieć czy być: unijne sankcje wobec Rosji jako dylemat V4*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Stosunków Międzynarodowych” 2014, nr 103, s. 1–2.

nicznych Ukrainy<sup>32</sup>. Sąd w Ostrawie przystąpił do rozpatrywania sprawy dopiero 7 kwietnia 2017 r. Stroną postępowania była Nela Lisková – reprezentantka powołanej organizacji. Cała procedura likwidacji została zainicjowana przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Republiki Czeskiej 29 sierpnia 2016 r. W skardze wskazano, że samozwańcza Doniecka Republika Ludowa nie może posiadać żadnych przedstawicielstw, które udawać mają misje dyplomatyczne czy konsularne. Podniesiono także, że Nela Lisková posługuje się tytułem konsula honorowego, który zgodnie z prawem czeskim znajduje się w gestii Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Takie działania w opinii skarżącego stanowią obejście prawa czeskiego oraz międzynarodowego, w tym konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych. Powołano się przy tym na opinię władz Ukrainy, w której to samozwańcza Doniecka Republika Ludowa traktowana jest jako organizacja terrorystyczna. Sam czeski minister spraw zagranicznych oświadczył, że „stworzenie takiej jednostki jest sprzeczne z normami prawa międzynarodowego, które respektowane są w ramach Konstytucji Republiki Czech, a dokładnie obowiązku poszanowania integralności terytorialnej innych państw”<sup>33</sup>. Z drugiej strony czescy zwolennicy funkcjonowania przedstawicielstwa wskazywali, że prawo nie zostało naruszone – jednostka została zarejestrowana jako organizacja pozarządowa, której jakiegokolwiek działania nie są sprzeczne z ustawodawstwem czeskim<sup>34</sup>. Pierwszym etapem postępowania było zobligowanie reprezentantki Przedstawicielstwa przez Sąd w Ostrawie we wrześniu 2016 r. do zmiany nazwy, jednakże wymóg ten nie został spełniony<sup>35</sup>. W drugiej kolejności w lutym 2017 r. Ministerstwo Spraw Zagranicznych zostało wezwane przez Sąd w Ostrawie do uzupełnienia skargi, a gdy to wykonano, sprawa trafiła na wokandę.

Dnia 28 czerwca 2017 r. Sąd w Ostrawie wydał orzeczenie, w którym zostało wskazane, że Przedstawicielskie Centrum Donieckiej Republiki Ludowej ulega likwidacji. Należy zwrócić uwagę, że sąd uznał za nielegalny fakt jego zarejestrowania. Stąd w orzeczeniu stwierdzono, że funkcjonowanie takiej jednostki przez ponad rok było niezgodne z prawem. Takie orzeczenie stanowi w prawie czeskim swoisty precedens, gdyż nigdy wcześniej nie było interwencji ze strony Ministerstwa Spraw Zagranicznych w kwestii delegalizacji podmiotu, który został zarejestrowany jako organizacja pozarządowa. Wywołało to w Czechach debatę na temat zmiany przepisów związanych

<sup>32</sup> В. Троян, Г. Пирлик, *op. cit.*

<sup>33</sup> Тиждень, *Суд закрив фейкове «представництво ДНР» у Чехії*, [online] <<http://tyzhden.ua/News/189528>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>34</sup> Н. Никонорова, *Наши принцип – быть надежным партнером*, [online] <<https://dan-news.info/interview/nash-princip-byt-nadezhnym-partnerom.html>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>35</sup> Радіо Свобода, *Чеський суд почав розглядати ліквідацію «представництва ДНР» в Остраві*, [online] <[www.radiosvoboda.org/a/news/28416562.html](http://www.radiosvoboda.org/a/news/28416562.html)> (dostęp: 6.11.2017).

z nadmierną swobodą rejestrowania podmiotów. Wskazano, że w skrajnych sytuacjach doprowadzić to może do zakładania tego typu przedstawicielstw przez organizacje terrorystyczne, takie jak samozwańcza Doniecka Republika Ludowa. Procedura zakończyła się sukcesem Ministerstwa Spraw Zagranicznych Republiki Czeskiej, któremu udało się wykazać, że działalność takiej organizacji nie jest społeczna, lecz ma na celu prezentowanie siebie jako placówki dyplomatycznej, czym wprowadza w błąd<sup>36</sup>.

## Przedstawicielstwa w innych państwach

Przedstawiciele samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej nie zdemotywowali się sytuacją w Republice Czeskiej i dalej prowadzą działalność w innych państwach Unii Europejskiej. Na przykład 1 września 2017 r. w Marsylii we Francji zostało otwarte Przedstawicielstwo Donieckiej Republiki Ludowej<sup>37</sup>. W takiej formie otwierane są także punkty w Grecji (Ate-ny)<sup>38</sup>, we Włoszech (Turyn)<sup>39</sup> czy Finlandii (Helsinki)<sup>40</sup>. Pod sztandarami działalności związanej z rozwojem kulturalnym, naukowym czy informacyjnym próbuje się wykreować wrażenie, że owe przedstawicielstwa stanowią quasi-misję dyplomatyczną. W założeniach mają organizować spotkania „obywateli” Donieckiej Republiki Ludowej i udzielać im pomocy prawnej. Będzie można również poprzez pracowników zadać pytanie przedstawicielom władzy samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej. Ponadto zadaniem tego rodzaju punktów ma być „przyciągnięcie” potencjalnych inwestorów, którzy chcieliby rozwijać swoją działalność na terytorium quasi-republiki<sup>41</sup>.

W większości krajów Unii Europejskiej prawo pozwala na rejestrowanie organizacji o dowolnych celach pod dowolną nazwą w sposób swobodny. Takie podejście wyjaśnia stanowisko ambasador Francji w Kijowie, Izabele Dumon,

<sup>36</sup> В. Троян, Г. Пирлик, *op. cit.*

<sup>37</sup> В. Кравченко, «Представництва ДНР» в Європі: як Україні перемогти у псевдодипломатичній боротьбі, [online] <<http://www.polukr.net/uk/blog/2017/08/predstavnictva-dnr-v-eyevropi-yak-ukrayini-peremogti-u-psevdodiplomatichnij-borotbi/>> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>38</sup> P. Antonopoulos, *Donetsk People's Republic opens office in Greece's capital, Athens*, [online] <[www.almasdarnews.com/article/donetsk-peoples-republic-opens-office-in-greeces-capital-athens/](http://www.almasdarnews.com/article/donetsk-peoples-republic-opens-office-in-greeces-capital-athens/)> (dostęp: 6.11.2017).

<sup>39</sup> Na otwarciu pojawili się politycy z partii Forza Italia (z ramienia której Silvio Berlusconi był przez wiele lat premierem). Zob. Donipress, *Donetsk People's Republic's second Representative Office in the EU opened in Turin Italy*, [online] <<https://dnipress.com/es/posts/donetsk-peoples-republics-second-representative-office-in-the-eu-opened-in-turin-italy/>> (dostęp: 7.11.2017).

<sup>40</sup> Po zarejestrowaniu przedstawicielstwa oświadczenie o nieuznawaniu samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej wydała ambasada Finlandii w Moskwie. Zob. Suomen suurlähetystö, *Donetskin kansantasavallan edustautuminen Suomessa on vailla pohjaa*, [online] <<http://finland.org.ru/public/default.aspx?contentid=326873&nodeid=36881&culture=fi-FI>> (dostęp: 7.11.2017).

<sup>41</sup> Н. Никонорова, *op. cit.*

która odnosząc się do kwestii otwarcia „przedstawicielstwa” Donieckiej Republiki Ludowej w Marsylii, stwierdziła, że jest to inicjatywa tylko o znaczeniu lokalnym<sup>42</sup>.

## Wnioski

Uzasadnione wydaje się wprowadzenie na poziomie Unii Europejskiej regulacji, które zmobilizowałyby wszystkie państwa członkowskie do stworzenia systemu pozwalającego wyeliminować z życia publicznego takie jednostki, jak quasi-misje dyplomatyczne. Pełna liberalizacja procedur w tym zakresie powoduje, że dochodzi do obchodzenia ustaw, ażeby zalegalizować podmioty, które powszechnie uznawane są za organizacje terrorystyczne. Na przykład przepisy obowiązujące w Republice Czeskiej umożliwiają ustanowienie przedstawicielstwa nawet tzw. Państwa Islamskiego. Likwidacja takiego podmiotu wymagałaby skierowania skargi do sądu ze strony Ministerstwa Spraw Zagranicznych Republiki Czeskiej. W efekcie przez wiele miesięcy działalność przedstawicielstwa w takiej formie byłaby uważana za legalną. Nie ulega wątpliwości, że powinny zostać wprowadzone odpowiednie instrumenty, za pomocą których weryfikacja tego typu jednostek odbywałaby się na etapie rejestracji. Można sądzić, że wówczas nie doszłoby do sytuacji, w której organizacja terrorystyczna, za jaką uważana jest przez władze Ukrainy samozwańcza Doniecka Republika Ludowa, może legalnie funkcjonować w przestrzeni publicznej.

Wskazać należy także, że powinny zostać wprowadzone regulacje, które wyposażą wymiar sprawiedliwości w instrumenty, za pomocą których będzie można uznawać określone symbole za nielegalne. Sam fakt wyeliminowania Przedstawicielstwa Donieckiej Republiki Ludowej nie spowodował, że w przestrzeni publicznej zabronione jest posługiwanie się symboliką związaną z samozwańczą republiką.

Warto również zauważyć, że rejestracja podmiotów, które kwalifikowane są jako organizacje terrorystyczne, powinna pociągać za sobą odpowiedzialność karną. Na gruncie czeskiego prawa karnego nie występują jednak przepisy, które traktowałyby takie zachowanie jako nielegalne. Nie stanowi zatem większego problemu zarejestrowanie kolejnego przedstawicielstwa ze zmodyfikowaną nazwą. Stąd osoba składająca wniosek może bez większych przeszkód przeprowadzać wielokrotne próby rejestracji podobnych przedstawicielstw, nie obawiając się jakichkolwiek sankcji ze strony państwa.

Wskazać należy, że niepokojąca jest także reakcja państw członkowskich Unii Europejskiej, w których to pojawienie się tego typu przedstawicielstw

<sup>42</sup> В. Кравченко, *op. cit.*

nie wywołało ostrej reakcji. W takiej sytuacji Ministerstwu Spraw Zagranicznych Ukrainy pozostaje stosowanie nacisku poprzez kanały dyplomatyczne, noty protestacyjne, wzywianie dyplomatów do Ministerstwa Spraw Zagranicznych, publikowanie oficjalnych oświadczenia ambasad w krajach przyjmujących przedstawicielstwa samozwańczej Donieckiej Republiki Ludowej. Przy czym reakcje te powinny być proporcjonalne do działań lokalnych władz lub ich braku w sprawie przedstawicielstw, włącznie z wprowadzaniem sankcji dyplomatycznych i ograniczaniem kontaktów.

## Literatura

- Antonopoulos P., *Donetsk People's Republic Opens Office in Greece's Capital, Athens*, [online] <<https://www.almasdarnews.com/article/donetsk-peoples-republic-opens-office-in-greeces-capital-athens/>>.
- Чонка И., *Вся история Украины*, „Новороссия” 2017, nr 128.
- Дезорцев Д., *Добрый знак*, „Новороссия” 2016, nr 81.
- Ди Д., *Тема недели. Читаем внимательно*, „Новороссия” 2017, nr 131.
- Donipress, *Donetsk People's Republic's second Representative Office in the EU Opened in Turin Italy*, [online] <<https://dnipress.com/es/posts/donetsk-peoples-republics-second-representative-office-in-the-eu-opened-in-turin-italy/>>.
- Groszkowski J., *Prywatna polityka zagraniczna prezydenta Czech*, [online] <<https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2017-10-18/prywatna-polityka-zagraniczna-prezydenta-czech>>.
- Groszkowski J., Iwański T., Sadecki A., *Sąsiad odkrywany na nowo. Stosunki Czech, Słowacji i Węgier z Ukrainą. Raport OSW*, Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpią, Warszawa 2017.
- Каймаков А., Айзпурвит К., *Для Чехии ДНР не существует*, [online] <<http://inosmi.ru/politic/20160907/237766457.html>>.
- Kalan D., *Mieć czy być: unijne sankcje wobec Rosji jako dylemat V4*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Stosunków Międzynarodowych” 2014, nr 103.
- Kazański D., *Separatyści w Donbasie – kim są i czego chcą*, „Nowa Europa Wschodnia” 2015, nr 6.
- Kosienkowski M., *Quasi-państwo w stosunkach międzynarodowych*, „Stosunki Międzynarodowe – International Relations” 2008, t. 38, nr 3-4.
- Кунэ Ф., *НАТО и Южный Кавказ*, Кавказский институт мира, демократии и развития, Тбилиси 2003.
- Кравченко В., *«Представництва ДНР» в Європі: як Україні перемогти у псевдодипломатичній боротьбі* [online] <<http://www.polukr.net/uk/blog/2017/08/predstavnictva-dnr-v-yevropi-yak-ukrayini-peremogti-u-psevdodiplomatichnij-borotbi/>>.
- Lyubahenko I., *Samozwańcze republiki w ukraińskim Donbasie*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2016, t. 8, nr 1.
- Muszyński M., *Państwo w prawie międzynarodowym*, Wyd. STO, Bielsko-Biała 2012.
- Никонова Н., *Наш принцип – быть надежным партнером*, [online] <<https://danews.info/interview/nash-princip-byt-nadezhnym-partnerom.html>>.
- Nikonorova N., *Otwarcie pierwszego na świecie przedstawicielstwa DRL w Czechach*, [online] <<https://pl.sputniknews.com/swiat/201609013802207-czechy-drl-przedstawicielstwo-ostrawa/>>.

- Peszyński T., *Zastoupení doněckých separatistů v ČR. Fikce a realita*, [online] <<https://tomaspeszynski.blog.idnes.cz/blog.aspx?c=535401>>.
- Piechal T., *Republiki wojenne w Donbasie rok po wybuchu konfliktu*, „Komentarze – Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpią” 2015, nr 174.
- Руденко М., *Да здравствует республика*, „Новоросси́я” 2017, nr 134.
- Радио Свобода, *Чеський суд почав розглядати ліквідацію «представництва «ДНР» в Остраві*, [online] <[www.radiosvoboda.org/a/news/28416562.html](http://www.radiosvoboda.org/a/news/28416562.html)>.
- Sienkiewicz M., *Aspekt energetyczny konfliktu rosyjsko-ukraińskiego*, „Dyplomacja i Bezpieczeństwo” 2015, nr 1 (3).
- Suomen suurlähetystö, *Donetskin kansantasavallan edustautuminen Suomessa on vailla pohjaa*, [online] <<http://finland.org.ru/public/default.aspx?contentid=326873&nodeid=36881&culture=fi-FI>>.
- Sydorenko S., *Armed Diplomats: Donetsk Separatists and Their Consulate in the EU*, [online] <<https://112.international/article/armed-diplomats-donetsk-separatists-and-their-consulate-in-the-eu-9157-print.html>>.
- Szumski A., *Status prawny Donieckiej Republiki Ludowej i Ługańskiej Republiki Ludowej*, „Dyplomacja i Bezpieczeństwo” 2015, nr 1(3).
- Троян В., Пирлик Г., *Ліквідація «представництва ДНР» в Чехії може стати прецедентом для країн ЄС, – посол*, [online] <<https://hromadskeradio.org/news/2017/06/28/likvidaciya-predstavnytva-dnr-v-chehiyi-mozhe-staty-precedentom-dlya-krayin-yes-posol>>.
- Тиждень, *Суд закрив фейкове «представництво ДНР» у Чехії* [online] <<http://tyzhden.ua/News/189528>>.

## Summary

### *The functioning of the Donetsk People’s Republic in the international area - example representation in the Czech Republic*

**Key words:** Donbas, Ukraine, quasi-state, Czech Republic, conflict, subjectivity.

In 2014 in the east of Ukraine began the conflict, which became one of the biggest crisis in Europe in the 21<sup>st</sup> century. Its consequences are difficult to predict and its effects in a significant way affected the foreign policy of countries of Central and Western Europe. As a result of the military operations in Donbas were formed two quasi-states: Donetsk and Lugansk People’s Republics. The purpose of this article is to determine how quasi-state leaders are able to operate in the international arena and what are the predictions of quasi-state’s functioning in the international environment. The issue will be presented on the basis of a registered representative center in Czech Republic, which was supposed to constitute a quasi-embassy for citizens of the unrecognized republic of Donbas. The author analyzes the entire process that has taken place: from registering the representation to its



liquidation. He also analyse why the leaders of the Donetsk People's Republic had chosen the Czech Republic to open their first representative office. In the paper discusses the position of the parties regarding the legality of functioning of such units. The author presents countries in which such representations have been registered and how may be consequences.



**Marzena Laskowska**  
Institute of Law Studies  
Polish Academy of Sciences

## **The Path the Polish Constitutional Tribunal Negotiated to Refer Questions for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union**

1. On 7 March 2017 the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as CJEU) made a judgement in Case C-390/15 which was initiated by the first request referred by the Polish Constitutional Tribunal (hereinafter referred to as CT) for a preliminary ruling. Although the core of the said judgement will be presented below, it is also important to outline in this work the stages which the Polish constitutional court had to pass through on its way to recognise and use its competence to initiate proceedings before the CJEU.

2. Enacting the Constitution of 1997<sup>1</sup> the legislator confined itself to introducing to its contents minimum provisions which would enable Poland to access the EU (which took place on 1 May 2004). These provisions are contained in two constitutional regulations: 1) Article 90 of the Constitution which provides the basis for delegating the competence of organs of State authority; 2) Article 91.3 of the Constitution which determines the position of laws established by international organisations within the domestic legal system. However, no appropriate constitutional regulations were established to secure effective operation of the State in Community structures. Consequently, from the very beginning of its existence postulates of the so-called euro-amendment to the Polish Constitution were expressed<sup>2</sup>. Deficiency in

---

<sup>1</sup> The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws No. 78, Item 483 as amended, hereinafter referred to as the Polish Constitution. English version: <[www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm](http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm)> (accessed: 26.07.2017).

<sup>2</sup> Cf. E. Popławska (ed.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Warszawa 2000; J. Barcz (ed.), *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2002; J. Jaskiernia, *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a problem nowelizacji Konstytucji RP*, Warszawa 2004.

this area became particularly visible upon significant structural transformations in the EU under the Treaty of Lisbon and prospects of Poland's Eurozone membership<sup>3</sup>. One of the objectives of the amendment was to establish more effective domestic mechanisms to guarantee the application of European law. It is in this field that one should place possible particularisation of the status of the constitutional court upon the accession of Poland to the EU including the issue of its references to the CJEU.

In this context it should be borne in mind that it is not only the Constitution that fails to provide *expressis verbis* any aspects of preliminary rulings; the current Act of 30 November 2016 on the organisation and the mode of proceedings before the Constitutional Tribunal<sup>4</sup> remains indifferent to this institution as well. For the sake of accuracy it should be added that the issue of making references to the CJEU did not constitute the matter regulated by any subsequently passed acts on the Constitutional Tribunal<sup>5</sup>.

**3.** A reference for a preliminary ruling, being a EU legal institution and a tool entrusted to domestic organs of justice, has been assessed in terms of compliance with the Constitution by the Polish constitutional court several times<sup>6</sup>. Simplifying and generalising its statements it may be indicated that:

– despite the Treaty obligation to make a request for a preliminary ruling to the CJEU, the decision to refer for a particular preliminary ruling is made by the same independent court if it, being an independent body operating in line with the principle of judicial independence, has doubts about the validity or interpretation of a Community act;

– the obligation to make a reference constitutes a legal consequence of international (Community) obligations adopted independently by the Republic of Poland as a Member State;

– the character of a reference for a particular preliminary ruling makes domestic courts of Member States issue correct rulings in compliance with the interpretation of assessment of validity of acts of Community law made by the CJEU; therefore making a request for a preliminary ruling may not be perceived as an unjustified delay within the meaning of the constitutional right to a trial;

---

<sup>3</sup> Cf. P. Radziejewicz (ed.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Warszawa 2010; Ł. Żukowski, *Nowelizacja Konstytucji RP wobec pełnego członkostwa Polski w Europejskiej Unii Gospodarczej i Walutowej*, [in:] B. Banaszak, M. Jabłoński (ed.), *Konieczne i pożądané zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wrocław 2010, p. 367–396.

<sup>4</sup> Journal of Laws Item 2072.

<sup>5</sup> i.e. The Constitutional Tribunal Act of 1 August 1997, Journal of Laws No. 102 Item 643 as amended; The Constitutional Tribunal Act of 25 June 2015 i.e. Journal of Law of 2016 Item 293; The Constitutional Tribunal Act of 22 July 2016 Journal of Laws Item 1157 as amended.

<sup>6</sup> In particular: Cases K-18/04, P-37/05, Kp-3/08.

– the Treaty provisions on preliminary rulings, assessed in compliance with aforementioned Article 90.1 and Article 91 of the Constitution and its Article 9 which justifies the principle of respect for international law binding upon Poland, shall be considered rational and unharmful to provisions in the Constitution including Article 8.1 which stipulates the superiority of constitutional regulations (“The Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland”).

4. Regardless of the fundamental issue of the compliance of a referral for a preliminary ruling with the Constitution, case-law of the Constitutional Tribunal also contains statements which gave representatives of doctrine basis for formulating the view that even the Polish constitutional court considers itself competent to make referrals for a preliminary ruling to be issued by the CJEU<sup>7</sup>. This refers to Case K-18/04 concerning the constitutionality of the Accession Treaty and Case SK-45/09 concerning the Council Regulation (EC) no 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters i.e. the case whose scope of review was the act of secondary EU legislation.

In the former case the Polish Constitutional Court examined, among other things, a claim of non-compliance of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (at that time Article 234 of the Treaty on the European Union) with Article 188 of the Constitution of the Republic of Poland which determines the cognition of the CT. The Constitutional Tribunal found that if it had decided to make a reference to the CJEU on the validity or the content of the act (provision) of Community law, then firstly it should have done it within its competences to adjudicate defined in Article 188 of the Polish Constitution (therefore in compliance with this provision), and secondly only in cases in which while deciding in compliance with the Polish Constitution it would have had to apply Community law. The objective of these references for a preliminary ruling is to determine uniform and uncontested interpretation of provisions of Community law which, pursuant to treaty obligations compliant with the Polish Constitution, shall be applied by Polish courts and tribunals in proceedings before them. The scope of adjudicating by the CT (and being binding – Article 190.1 of the Constitution) on the compliance of acts and international agreements with the Polish Con-

---

<sup>7</sup> e.g. A. Kastelik-Smaza, *Pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw jednostki*, Warszawa 2010, Chapter IV, point 2.2.IV; M.B. Wilbrandt-Gotowicz, *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowno-administracyjnych*, Warszawa 2010, p. 130; M. Kawczyńska, *Procedura pytań prejudycjalnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [in:] S. Biernat, S. Dudziak (ed.), *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, p. 189–191 and 205–206; K. Wójtowicz, *Constitutional Courts and European Union Law*, Wrocław 2014, p. 179–180, <[http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/63576/Constitutional\\_courts.pdf](http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/63576/Constitutional_courts.pdf)> (accessed: 26.07.2017).

stitution differs from the scope of references to the CJEU and preliminary rulings. Measures taken in both fields neither exclude nor collide with each other; therefore, the Constitutional Tribunal did not find a reference for a preliminary ruling non-compliant with Article 188 of the Polish Constitution<sup>8</sup>.

The other case dealt with the constitutional review of an act of EU secondary law. Although in this respect the Polish constitutional court recognised its jurisdiction, at the same time it found that upon joining the EU the Republic of Poland transferred competences of public authorities in certain matters and accepted the division of functions regarding the review of legislative acts. This results in vesting the CJEU in the competence to final interpretation of Community law and ensuring the uniformity of its application in all Member-States as well as the exclusivity of deciding finally about the conformity of secondary legislation with treaties and general principles of Community law. The CT is of the opinion that it is in this context that subsidiary nature of its competences to examine the conformity of provisions of Community secondary law with the Polish Constitution shall be considered. Before deciding on potential non-conformity in this relation it is necessary to examine the meaning of provisions of EU secondary legislation that undergo the review. A referral to the CJEU for a preliminary ruling concerning interpretation or validity of questionable provisions may serve this purpose<sup>9</sup>.

It should be underlined that these first signals issued by the constitutional tribunal, which heralded the crystallisation of a belief in having a right to make a reference for a preliminary ruling, were circumspect and reflected the self-restraint of the Polish CT which, in this field, was typical of many constitutional courts in other European states<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> The analysis of this judgement: <[http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K\\_18\\_04\\_GB.pdf](http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_GB.pdf)> (accessed: 26.07.2017).

<sup>9</sup> The translation of this judgement: <[http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/SK\\_45\\_09\\_EN.pdf](http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/SK_45_09_EN.pdf)> (accessed: 26.07.2017).

<sup>10</sup> See P. Bogdanowicz, *Instytucja pytań prejudycjalnych w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, "Przegląd Sejmowy" 2008, No. 5, p. 89–107; A. Kustra, *The First Preliminary Questions to The Court of Justice of the European Union Referred by Italian Corte Costituzionale, Spanish Tribunal Constitucional, and French Conseil Constitutionnel*, "Comparative Law Review" 2013, <<http://apcz.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2013.021/3602>> (accessed: 26.07.2017); M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, *Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, "German Law Journal" 2015, No. 6, p. 1317–1329, <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/574e09fc01dbaeca9841c7fa/1464732157392/GLJ\\_Vol\\_16\\_No\\_06\\_Dicosola\\_intro.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/574e09fc01dbaeca9841c7fa/1464732157392/GLJ_Vol_16_No_06_Dicosola_intro.pdf)> (accessed: 26.07.2017); M. Claes, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, "German Law Journal" 2015, No. 6, p. 1332–1342, <[https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/574e0ca0a3360cc36343e9c5/1464732834397/GLJ\\_Vol\\_16\\_No\\_06\\_Claes\\_intro.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/574e0ca0a3360cc36343e9c5/1464732834397/GLJ_Vol_16_No_06_Claes_intro.pdf)> (accessed: 26.07.2017).

5. Over the years the Polish constitutional court has considered many cases in which making a referral to the CJEU for a preliminary ruling seemed *prima facie* desirable, yet it has never been made.

Reasons for the restraint of the Constitutional Tribunal in this respect were non-homogenous (making use of the said legal institution Case P 1/05 concerning the European Arrest Warrant<sup>11</sup> was impossible due to a lack of proper competence of Polish judicial organs in the field of the 3<sup>rd</sup> Pillar of the EU) and not always convincing or clear (cf. the above-mentioned Case SK-45/09<sup>12</sup> and Case P-4/14 concerning the failure to notify technical provisions of the Gambling Act of 19 November 2009<sup>13</sup>).

6. The final confirmation of the CT recognising its competence to make referrals for a preliminary ruling was the wording of such a referral. What is more, this referral was made to the CJEU in Case K-61/13 initiated by the application for abstract judicial review, which some representatives of the doctrine considered to be impermissible due to a lack of factual circumstances and judicial character of the CT in such matters<sup>14</sup>.

The case, which constituted this precedent, was brought by the Commissioner for Civic Rights who applied to the CT for an examination of the constitutionality of the Act of 11 March 2004 on the Goods and Services Tax in the scope related to the exclusion of the application of reduced tax rates (the ones that apply to publications on physical means of support: printed or on CDs), to electronically supplied digital books and other electronic publications. According to the Applicant the reduction of a standard rate of VAT (23%) to 5% for books and to 8% for the press only when they are published in traditional ways (on physical means) breaches the constitutional guaran-

---

<sup>11</sup> See P. Bogdanowicz, op. cit., p. 105–106 and the opposite view: W. Czapliński, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.05.2005 r. (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, No. 4, p. 220–221.

<sup>12</sup> In this case the CT found that the challenged Regulation no. 44/2001 is undoubtedly compliant with the Community primary law; therefore, according to the Foto-Frost doctrine, it was not necessary to make a reference to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling. On the contrary, see: P. Bogdanowicz, P. Marcisz, *Glosa do wyroku TK z dnia 16 listopada 2011 r., SK 45/09. Szukając granic kontroli*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, No. 9, p. 47–52.

<sup>13</sup> Press release before the hearing <<http://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/7560-gry-hazardowe/>> (accessed: 26.07.2017). In this judgement the CT expressed the view which literature of the subject found unfavourable to EU law or even non-complaint with this law (see e.g. M. Taborowski, *Skutki naruszenia obowiązku notyfikacji przepisów technicznych (w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE) – uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.03.2015 r. (P 4/14)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, No. 11, p. 14–25).

<sup>14</sup> Cf. R. Ostrihansky, *Sąd polski a kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich do wydawania orzeczeń wstępnych*, [in:] E. Piontek (ed.), *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, p. 163–165; P. Bogdanowicz, *Instytucja pytań prejudycjalnych...*, p. 93.

tee of equality. The Commissioner for Civic Rights was of the opinion that a feature that decides whether a uniform reduced tax rate should be applied is the contents of the publication (intellectual value), not the form of its distribution. It should be underlined that the differentiation of VAT rate under the Act was brought by the Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax<sup>15</sup> which did not allow Member States to apply a reduced rate of VAT to non-physical digital publications regarded not as goods, but as services supplied electronically. While the CT was considering the case, the EU was working on the assessment and potential change of the existing structure of VAT rates (known to all the participants of the proceedings) so that they take into account technological progress and equalize burdens in case of similar goods and services.

*In the decision of 7 July 2015 the CT* made two requests to the CJEU for a preliminary ruling. The first one concentrated on a formal aspect of the above-mentioned act of EU secondary legislation. The Constitutional Tribunal asked if point 6 of Annex III to the Directive on the common system on value added tax, in the version amended by Council Directive 2009/47/EC of 5 May 2009 amending Directive 2006/112/EC as regards reduced rates of value added tax (OJ L 116 of 09.05.2009, p. 18), is invalid on the ground that, during the legislative procedure, the essential formal requirement of consultation with the European Parliament was not complied with.

The second request of the CT dealt with a substantive aspect of the EU legislative act i.e. if Article 98(2) of the VAT Directive, in conjunction with point 6 of Annex III to that directive, is invalid on the ground that it infringes the principle of fiscal neutrality to the extent to which it excludes the application of reduced tax rates to books published in digital format and other electronic publications.

It should be noted that the justification of the decision of the CT of 7 July 2015, to make referrals to the CJEU, issued in the said proceedings was deprived of constitutional and legal reflection on political grounds and outcomes of this precedential request. It is significant that as a legal basis for this reference to the CJEU the Constitutional Tribunal indicated only Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. No reference to other aspects, though leaves an obvious feeling of dissatisfaction, is understandable and justified if one considers the role of this decision and the form of references for a preliminary ruling imposed by EU law or just advised by the CJEU in its recommendations<sup>16</sup>. Therefore, an elaborate statement to-

---

<sup>15</sup> OJ 2006 L 347 of 11.12.2006, p. 1 as amended, hereinafter referred to as the VAT Directive.

<sup>16</sup> See Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2016/C 439/01); at the time of initiating C-390/15 by the CT – Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2012/C 338/01).



gether with a dogmatic analysis of the CT's standpoint should be expected only in the conclusion of the judgement in Case K-61/13.

Accordingly, on 14 June 2016 the case was heard by the Grand Chamber of the CJEU during which the parties in Case C-390/15 presented their arguments. The CJEU made the judgement on 7 March 2017 after reading the opinion presented on 8 September 2016 by Advocate General Juliane Kokott, who did not share the doubts of the Polish CT and suggested that the CJEU should pronounce the validity of the contested provisions.

Firstly, it should be underlined that the CJEU did not question the status of the CT as a court within the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. In addition, the CJEU favourably corrected the claim made by the referring court. Although the Constitutional Tribunal referred in the petitem of its request to an infringement of the principle of fiscal neutrality, the CJEU deduced from the substantiation that in fact the CT was seeking an examination from the standpoint of the principle of equal treatment (as invalidity of the VAT Directive could have resulted only from the breach of law whose position is not held by the principle of tax neutrality, which was also observed by the Advocate General).

Referring to the first question the CJEU confirmed that effective participation of the Parliament in the legislative process, in accordance with the procedures laid down by the Treaty, indeed represents an essential factor in the institutional balance intended by the Treaty, since the Parliament's function reflects the fundamental democratic principle that the people should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly. However, *in casu*, it came to the conclusion that the proposed VAT Directive consulted with the European Parliament and the final directive do not differ to a significant extent. The final version of this legal act is only an editorially simplified text used in the proposal and it fully conveys its essence, therefore the Council was not obliged to consult the Parliament again.

Doubts raised by the Polish constitutional court turned out to be unconvincing when juxtaposed with the substantive content of the VAT Directive. As to the other request the CJEU found that to accept that the Member States are able to apply a reduced rate of VAT to the supply of digital books electronically, as is permitted for the supply of such books on all physical means of support, would effectively compromise the overall coherence of the measure intended by the EU legislature, consisting in the exclusion of all electronic services from the possibility of a reduced rate of VAT being applied and at the same time would result in unequal treatment of non-electronic services (to which, in principle, a reduced tax rate is not applied) and electronic ones. Accordingly, the difference in treatment between the supply of digital books electronically and the supply of books on all physical means of

support must be regarded as duly justified and not infringing the principle of equal treatment. In the opinion of the CJEU the examination of the questions referred for a preliminary ruling did not disclose any factor of such a kind as to affect the validity of the VAT Directive in the scope defined by the Polish CT.

It should be sadly stated that another expected stage of the process to re-establish a domestic legal framework (both procedural and juridical) within which the Polish CT may make references for a preliminary ruling by the CJEU will not take place. New findings, including these concerning the relations between the CT and the CJEU, could have been brought by the CT judgement in Case K-61/13 which, due to the circumstances that took place in the course of considering the case by the CT (more than three years), was not made. On 24 April 2017 the Commissioner for Civic Rights withdrew his application for the constitutional review of the Value Added Tax Act and submitted another one for the discontinuance of proceedings before the CT. In the grounds of the application he quoted the judgement of the CJEU in Case C-390/15 and noted that in fact it concerned only the issue of taxing electronic (digital) books, not “any other electronic publications”. Consequently, taking into account the standpoint of the CJEU, the applicant stated that not all of the doubts regarding the validity of acts of EU secondary legislations were dispelled. The Commissioner motivated his decision to withdraw the petition by the fact that on the 1 December 2016 the European Commission submitted a project of Council Directive amending the VAT Directive with reference to VAT rates for books, newspapers and magazines (COM(2016) 758 final)<sup>17</sup>. The Commissioner for Civic Rights found that the justification of the application of the Council tied in with his arguments presented in the proceedings before the CT in Case K-61/13, hence – taking into account the legislative work in the EU to make it possible for a reduced VAT rate for digital products to be introduced and hoping that the regulation be enacted quickly – he withdrew the application to the CT and submitted another to discontinue the proceedings initiated by himself.

Taking into account the principle of disposition in the proceedings before the CT which is reflected for instance in a right of a petitioner to withdraw an application before the proceedings start (Article 56.2.1 of the Act on the organisation and the mode of proceedings before the Constitutional Tribunal), the Commissioner for Civic Rights’ request was not subject to the examination of the Constitutional Tribunal and was binding. With the decision of 17 May 2017 the CT discontinued the proceedings in Case K-61/13. The conclusion of the decision is of reporting nature and is mainly a chronological

---

<sup>17</sup> See <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0758&from=PL>> (accessed: 26.07.2017).

report of standpoints presented by the participants in the proceedings in Case K-61/13 and questions referred for a preliminary ruling and the judgment of the CJEU. The explanation of the grounds for the discontinuance of the proceedings is laconic and presents nothing but legal consequences of meeting a prerequisite defined in Article 59.1.1 of the Act on the organisation and the mode of proceedings before the Constitutional Tribunal. Therefore, some issues related to the proceedings in Case K-61/13 (such as some differences in the interpretation of the principle of equality by the CJEU and the CT) and some more universal ones going beyond the frames of the analysed case, but concerning the position of the Polish constitutional court in the environment characterised by the multimetric legal system, were not decided by the CT.

7. Taking into consideration this deficit, it is worth mentioning another step (though its importance is of different nature and value) that the CT took after making a referral to the CJEU for a preliminary ruling. This step, which shows the CT opening up towards the said form of dialogue with the CJEU, was a new regulation in the Statute of the CT<sup>18</sup>. Due to the fact that the mentioned legal act was passed by the General Assembly of Judges of the Constitutional Tribunal, it should be treated as the stance of the Tribunal, and not as the stance of only one of the adjudicating panels. § 64 of the Statute regulated three issues stating that: a) a request for a preliminary ruling shall be made in the form of a decision of the CT; b) the decision together with documents concerning a particular case is handed to the CJEU by the Chief Judge of the CT; c) office duties related to preliminary rulings including the registration and recording of cases are performed by the Office of the CT.

Although this act should now be considered archival as its legal basis i.e. the Constitutional Tribunal Act of 25 June 2015 has been revoked, it was a prototype of the current, analogous regulation. At present § 68 of the new Statute<sup>19</sup> is the only normative act of domestic law which directly addressed the competence of the Polish constitutional court to make a reference to the CJEU for a preliminary ruling.

8. It was during the so-called 'constitutional crisis' that the CT stated its jurisdiction once again<sup>20</sup>. While examining the procedure of passing the Act

---

<sup>18</sup> Annex to the Resolution of the General Assembly of Judges of the Constitutional Tribunal of 15 September 2015 on the Statute of the Constitutional Tribunal.

<sup>19</sup> Annex to the Resolution of the General Assembly of Judges of the Constitutional Tribunal of 27 July 2017 on the Statute of the Constitutional Tribunal.

<sup>20</sup> See e.g. E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, *A „Good” Change in the Polish Constitutional Tribunal?*, <[https://www.academia.edu/28197931/A\\_good\\_change\\_in\\_the\\_Polish\\_Constitutional\\_Tribunal\\_3?auto=download](https://www.academia.edu/28197931/A_good_change_in_the_Polish_Constitutional_Tribunal_3?auto=download)> (accessed: 26.07.2017); L. Garlicki, *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes in Polen? (Disabling the Constitutional Court in Poland?)*, [in:]

amending the Constitutional Tribunal Act<sup>21</sup> in Case K 35/15, the CT stated that pursuant to Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, it is entitled to refer a question to the CJEU for a preliminary ruling as any other court is. Therefore, any change of law which either directly or indirectly concerns the model of the CT and the status of its judges is crucial to decide if the CT is a court within the meaning of Community law and therefore if it has the right to submit a reference for a preliminary ruling. Taking into account this European context, any changes to the law on the CT shall not be made precipitately.

**9.** In summary, the following conclusions may be formulated:

First, the EU preliminary ruling procedure, though not regulated in the Polish Constitution, does not collide with its provisions, in particular with: Article 8.1 (The Constitution as the supreme law of the Republic of Poland); Article 178.1 (concerning judicial independence); Article 188 (defining the competence of the CT) and Article 45.1 (establishing the right to a fair trial).

Second, no detailed regulations in domestic law defining the procedure, nature and results of submitting a reference to the CJEU for a preliminary ruling make the Polish constitutional court unable to use this elementary instrument of a dialogue with the CJEU, which was proved by the decision of 7 July 2015 in Case K-61/13.

Third, the very recognition by the CT of its competence to refer a question to the CJEU for a preliminary ruling enabled the tribunal to formulate a thesis about an EU dimension of its status which imposes (certain) obligations on the legislator, limiting its legislative freedom already restricted by the Constitution.

Fourth, making a reference to the CJEU for a preliminary ruling in Case K-61/13 has opened a new ground for the analysis of legal consequences of potential non-publication of a judgement of the Constitutional Tribunal in the Register of Public Laws by the Council of Ministers. Despite a criticism of this negligence as violating the Polish Constitution, it took place several times during the said constitutional crisis and therefore should be taken into account as a possible future occurrence. No formal publication of the ruling of the Polish CT (which conditions the derogation of a flawed provision from the system of laws) could be considered to be an infringement of the EU obligations by the Republic of Poland, particularly if this ruling declares the

---

A. Szmyt, B. Banaszak (ed.), *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015*, Gdańsk 2016, p. 63–78; M. Wyrzykowski, *Bypassing the Constitution or Changing the Constitutional Order Outside the Constitution*, [in:] A. Szmyt, B. Banaszak (ed.), *Transformation...*, p. 159–176.

<sup>21</sup> Act of 19 November 2015 amending The Constitutional Tribunal Act (Journal of Laws Item 1928).

unconstitutionality of the reviewed provision on the basis of the previous decision of the CJEU.

Fifth, despite a precedential reference to the CJEU made by the CT, the Polish legislator – although for the last two years it has had several occasions to do it – did not decide to regulate any of the aspects of the Constitutional Tribunal making a request to the CJEU for a preliminary ruling.

Sixth, making a decision of 7 July 2015 the Polish Constitutional Tribunal joined a growing number of constitutional courts of EU Member States which not only nominally acknowledge themselves to be courts within the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union, but they do undertake activities in this area by submitting references for a preliminary ruling.

## Literature

- Barcz J. (red.), *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2002.
- Bogdanowicz P., *Instytucja pytań prejudycjalnych w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5.
- Bogdanowicz P., Marcisz P., *Glosa do wyroku TK z dnia 16 listopada 2011 r., SK 45/09. Szukając granic kontroli*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 9.
- Claes M., *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, “German Law Journal” 2015, nr 6.
- Czapliński W., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.05.2005 r. (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4.
- Dicosola M., Fasone C., Spigno I., *Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, “German Law Journal” 2015, nr 6.
- Garlicki L., *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes in Polen? (Disabling the Constitutional Court in Poland?)*, [w:] A. Szmyt, B. Banaszak (red.), *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015*, Gdańsk 2016.
- Jaskiernia J., *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a problem nowelizacji Konstytucji RP*, Warszawa 2004.
- Kastelik-Smaza A., *Pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw jednostki*, Warszawa 2010.
- Kawczyńska M., *Procedura pytań prejudycjalnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] S. Biernat, S. Dudzik (red.), *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.
- Kustra A., *The First Preliminary Questions to The Court of Justice of the European Union Referred by Italian Corte Costituzionale, Spanish Tribunal Constitucional, and French Conseil Constitutionnel*, “Comparative Law Review” 2013, <<http://apcz.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2013.021/3602>>.
- Łętowska E., Wiewiórowska-Domagalska A., *A „Good” Change in the Polish Constitutional Tribunal?*, <[https://www.academia.edu/28197931/A\\_good\\_change\\_in\\_the\\_Polish\\_Constitutional\\_Tribunal\\_3?auto=download](https://www.academia.edu/28197931/A_good_change_in_the_Polish_Constitutional_Tribunal_3?auto=download)>.

- Ostrihansky R., *Sąd polski a kompetencje Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich do wydawania orzeczeń wstępnych*, [w:] E. Piontek (ed.), *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
- Popławska E. (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Warszawa 2000.
- Radziewicz P. (red.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Warszawa 2010.
- Taborowski M., *Skutki naruszenia obowiązku notyfikacji przepisów technicznych (w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE) – uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.03.2015 r. (P 4/14)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 11.
- Wilbrandt-Gotowicz M.B., *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowo-administracyjnych*, Warszawa 2010.
- Wójtowicz K., *Constitutional Courts and European Union Law*, Wrocław 2014.
- Wyrzykowski M., *Bypassing the Constitution or Changing the Constitutional Order Outside the Constitution*, [in:] A. Szmyt, B. Banaszak (red.), *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015*, Gdańsk 2016.
- Żukowski Ł., *Nowelizacja Konstytucji RP wobec pełnego członkostwa Polski w Europejskiej Unii Gospodarczej i Walutowej*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), *Konieczne i pożądanе zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wrocław 2010.

## Streszczenie

### ***Kształtowanie się poglądów Polskiego Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do instytucji pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej***

**Słowa kluczowe:** Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunał Konstytucyjny, pytanie prejudycjalne, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ustawa o podatku od towarów i usług.

Artykuł przedstawia proces kształtowania się poglądów polskiego Trybunału Konstytucyjnego na temat instytucji pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), zwieńczony precedensowym skierowaniem takich pytań w sprawie o sygn. K 61/13, dotyczącej kontroli przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Chociaż po wyroku TSUE z 7 marca 2017 r. (sprawa C-390/15) postępowanie przed TK zostało ostatecznie umorzone, waga jego wystąpienia z pytaniami prejudycjalnymi jest historyczna. Brak konstytucyjnych oraz ustawowych podstaw prawnych nie powstrzymał TK od uznania swojej właściwości wynikającej w tym zakresie z prawa UE. Omówione w artykule pytania prejudycjalne stanowią przejaw przychylności polskiego sądu konstytucyjnego względem prawa UE i kolejny z zaprezentowanych przez autorkę etapów współpracy pomiędzy TK a TSUE.

**Szymon Kisiel**

Katedra Prawa Finansowego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Ochrona unijnych finansów – czyli ciąg dalszy batalii o urząd Prokuratora Europejskiego**

### **Wstęp**

Na przestrzeni lat Unia Europejska i państwa członkowskie podejmowały różne działania mające na celu zapobieganie zjawiskom godzącym w interes wspólnego budżetu. Środki w nim gromadzone trafiają przede wszystkim do tych regionów UE, które ekonomicznie odstają od unijnych standardów, a wszechobecność tak finansowanych inwestycji jest bezsporna. Ogromna ilość pieniędzy stanowi jednak olbrzymią pokusę i cel działalności przestępczej. Do zjawisk zagrażających budżetowi należy zaliczyć przede wszystkim nieprawidłowości i nadużycia. Defraudacje i niewłaściwe wykorzystanie pieniędzy unijnych szkodzi wszystkim mieszkańcom UE, szczególnie w czasach ekonomicznego kryzysu i zaostrzania dyscypliny budżetowej państw członkowskich, jak i samej Unii Europejskiej. Stąd też potrzeba sprawnego wykrywania sprawców takich przestępstw i doprowadzania ich przed oblicze wymiaru sprawiedliwości. Cel wydaje się logiczny, bo skoro Unia Europejska tworzy i administruje czymś na kształt budżetu federalnego, to niezbędne jest również narzędzie, które w sposób skuteczny chronić będzie ten budżet na obszarze całej federacji dwudziestu ośmiu państw członkowskich.

Podstawową instytucją unijną, która prowadzi i koordynuje walkę z tymi zjawiskami jest Komisja Europejska, a w jej ramach – Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF – ang. *European Anti-Fraud Office*, fr. *L'office europeen de lutte antifraud*). W praktyce jednak państwa członkowskie w walce z przestępczością gospodarczą naruszającą interes unijny pozostają same, gdyż rola śledczych OLAF-u ogranicza się do zgromadzenia materiału dowodowego i przekazaniu go krajowym organom śledczym.

Prezentowany artykuł poświęcono analizie podjętych do tej pory prac oraz skutków, jakie może wywołać utworzenie urzędu Prokuratora Europej-

skiego. Traktat o funkcjonowaniu UE<sup>1</sup> oraz dokumenty robocze Rady UE i Komisji Europejskiej dają taką możliwość i ma to być krok w kierunku usprawnienia mechanizmu walki z patologiami zagrażającymi finansowemu bezpieczeństwu UE i jej budżetowi. Problematyczne jednak wydają się zasady współpracy Prokuratury Europejskiej i prokuratur krajowych. Kwestii tej nie sposób pominąć, gdyż może to być kluczowy aspekt powodzenia całego przedsięwzięcia.

## Europejski Urząd ds. Zwalczenia Nadużyć Finansowych

OLAF utworzono decyzją Komisji z 28 kwietnia 1999 r. Oznacza to, że funkcjonuje on od ponad 18 lat, w trakcie których wykrywał i przeciwdziałal wszelkim rodzajom przestępstw godzących w budżet Unii Europejskiej. Strukturalnie OLAF jest częścią Komisji Europejskiej, jednak funkcjonalnie jest od niej niezależny. Nadanie dużej autonomii było niezbędne z tego względu, że jedną z kompetencji OLAF-u jest wykrywanie przestępstw korupcyjnych w ramach tzw. dochodzeń wewnętrznych, prowadzonych wśród urzędników unijnych, zatem również urzędników Komisji. OLAF nie był pierwszą tego typu instytucją. Jego poprzednikiem był UCLAF (fr. *Unité de Coordination de La Lutte Anti-Fraude*).

Wspólnotowa walka z korupcją i nadużyciami sięga początku lat 80. Pierwotnie UCLAF działał jako niesformalizowana grupa śledczych, tzw. *flying squad*, co można przetłumaczyć jako „mobilną grupę śledczych”<sup>2</sup>. Mieliby oni prowadzić wrywkowe kontrole na miejscu i dzięki temu wykrywać ewentualne nieprawidłowości i nadużycia. Niestety, państwa członkowskie sceptycznie podchodziły do takiej działalności, co zdecydowanie utrudniało skuteczną pracę. Brak podstaw prawnych funkcjonowania grupy śledczych wymusiło podjęcie skoordynowanych działań przez Komisję Europejską. Formalnie swoją działalność UCLAF rozpoczął w 1988 r. W ciągu kilku lat zakres kompetencji jego urzędników uległ rozszerzeniu, a w 1995 r. z inicjatywy Parlamentu Europejskiego przeprowadzono istotną reformę tej instytucji. Po pierwsze, jej pracownikom przyznano uprawnienia do samodzielnego i pełnego prowadzenia śledztw. Sam UCLAF zyskał również kilkuset nowych pracowników, a związane to było z rozszerzeniem obszaru działań. Do nowych zadań UCLAF-u zaliczyć trzeba postępowania w obszarze rolnictwa oraz bardzo istotnej dla budżetu wspólnotowego sferze nadużyć celnych i podatkowych. Podstawą przyjętej reorganizacji był przede wszystkim Trak-

<sup>1</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. C 326 z 26 października 2012 r.).

<sup>2</sup> C. Stefanou, S. White, H. Xanthaki, *Olaf at the Crossroads: Action against EU Fraud, Studies in International & Comparative Law*, Oxford – Portland/Oregon 2011.



tat amsterdamski<sup>3</sup> oraz dwa rozporządzenia: 2988/95<sup>4</sup> i 2185/96<sup>5</sup>. W dalszej kolejności zwiększono udział UCLAF-u w postępowaniach sądowych i przygotowywaniu aktów oskarżenia. Wdrożono również politykę koordynacji działań państw członkowskich i wymiany informacji<sup>6</sup>. W ciągu ok. 10 lat kompetencje UCLAF-u i obszar aktywności wyraźnie się poszerzył. Jednak na mocy decyzji Komisji Europejskiej z 28 kwietnia 1999 r. jego działalność dobiegła końca. Jednym z powodów rozwiązania UCLAF-u były problemy z korupcją wśród urzędników Wspólnoty.

Docelowo OLAF miał stać się niezależną, autonomiczną komórka organizacyjną, choć znajdującą się w strukturze Komisji Europejskiej. Decyzja 352/99 Komisji powołująca OLAF i rozporządzenia 1073/99 i 1074/99 zdefiniowały zakres jego działań jako: „wszelkie działania związane z ochroną interesów Wspólnoty przed nieprawidłowościami, które mogą prowadzić do wszczęcia postępowań administracyjnych i karnych”<sup>7</sup>. Obecnie OLAF działa na dwóch biegunach budżetu Unii Europejskiej. Z jednej strony dba o prawidłowość pozyskiwania należności na rzecz budżetu, z drugiej zaś chroni wydatki. Aktualne raporty wskazują na coraz skuteczniejszą działalność – co jest argumentem dla przeciwników tworzenia Prokuratury Europejskiej jako urzędu, który w chwili obecnej nie jest niezbędny. W wyniku reorganizacji z 2012 r. większy nacisk położono na liczbę kończonych spraw niż na rozpoczynanie nowych śledztw. Efektem jego działań jest zgłoszenie do odzyskania na rzecz budżetu UE ponad 900 mln euro w ciągu ostatnich 5 lat, przy czym to nie OLAF jest odpowiedzialny za podjęcie konkretnych działań w celu odzyskania utraconych kwot<sup>8</sup>. Warto przy tym wspomnieć o rocznych wydatkach na funkcjonowanie OLAF-u – to niespełna 58 mln euro<sup>9</sup>. Liczba zgłaszanych do OLAF-u spraw rośnie z roku na rok, by z 975 doniesień w 2010 r. sięgnąć do 1442 w 2015 r. Co znamienne, rośnie też liczba donosów składanych przez podmioty prywatne<sup>10</sup>, a to może oznaczać rosnące zaufanie do

<sup>3</sup> Traktat z Amsterdamu (Dz. Urz. WE C 340 z 10 listopada 1997 r.).

<sup>4</sup> Council Regulation (EC, Euratom) No 2988/95 of 18 December 1995 on the protection of the European Communities financial interests (Dz. Urz. OJ L 312 z 22 grudnia 1995 r.).

<sup>5</sup> Council Regulation (Euratom, EC) No 2185/96 of 11 November 1996 concerning on-the-spot checks and inspections carried out by the Commission in order to protect the European Communities' financial interests against fraud and other irregularities (Dz. Urz. OJ L 292 z 15 listopada 1996 r.).

<sup>6</sup> Szerzej zobacz: Sz. Kisiel, *Nieprawidłowe wykorzystanie środków unijnych. Aspekty prawnokryminologiczne*, Olsztyn 2014.

<sup>7</sup> Rozporządzenie z dnia 25 maja 1999 r. Parlamentu i Rady nr 1074/99 oraz 1073/99 o dochodzeniach prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) (Dz. Urz. WE L 136 z dnia 31 maja 1999 r.).

<sup>8</sup> Szerzej zobacz: Sz. Kisiel, op. cit., s. 152–153.

<sup>9</sup> Zob. [online] <[http://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/fraud-figures\\_pl](http://ec.europa.eu/anti-fraud/investigations/fraud-figures_pl)> (dostęp: 12.07.2016).

<sup>10</sup> W 2010 r., sprawy zgłaszane przez podmioty prywatne stanowiły ok. 60% ogółu spraw, by obecnie sięgnąć ok. 68% – dane za: The OLAF report 2014.

OLAF-u. Blisko połowa zgłoszeń dotyczy nadużyć w funduszach unijnych, tj. funduszach strukturalnych i funduszach na rzecz rolnictwa. Jako sukces odnotować należy zdecydowane skrócenie czasu dochodzeń prowadzonych przez śledczych. W 2010 r. urzędnicy przeciętnie potrzebowali 27,2 miesiąca na przeanalizowanie konkretnej sprawy i ewentualne przekazanie materiałów organom ścigania państw członkowskich, podczas gdy w 2014 r. czas ten skrócił się do 21 miesięcy.

Jak wynika z przywołanych danych, skuteczność działań podejmowanych przez OLAF jest coraz wyższa i prowadzi do zwiększania liczby aktów oskarżenia krajowych organów względem sprawców różnego rodzaju nadużyć. Problemem jest różna kwalifikacja karna czynów, a co za tym idzie możliwość postawienia aktu oskarżenia sprawcy. Karalność czynu uzależniona jest od krajowej ustawy karnej, zatem materiał zgromadzony przez OLAF podlega interpretacji organów ścigania każdego państwa członkowskiego i nie musi zakończyć się wszczęciem postępowania. Na dwanaście spraw skierowanych do polskich organów ścigania<sup>11</sup> trzy zakończyły się odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania, a dziewięć przedstawieniem sprawcy zarzutów karnych. Rozwiązaniem byłaby pełna harmonizacja przepisów karnych na poziomie unijnym, tak by jeden czyn był jednakowo interpretowany przez prokuratury różnych państw członkowskich.

Istotnym problemem Unii jest duże zróżnicowanie podejścia państw członkowskich do przestępstw godzących we wspólny budżet. Wielu sprawców nieprawidłowości i nadużyć nie jest w ogóle ściganych przez organy krajowe. Bezkarność i wykorzystywanie luk prawnych godzi nie tylko w sferę finansową Unii, ale również w poziom zaufania i poszanowania obywateli do instytucji i organów federacji europejskiej. Duże rozwarstwienie wykazują też statystyki kryminalne poszczególnych państw. Jako rozwiązanie tego problemu przedstawia się właśnie Prokuraturę Europejską.

Jak już wspomniano na początku, idea powołania Prokuratury Europejskiej ma już 20 lat – powstała jeszcze w 1997 r., ale ze względu na niedoskonałość pierwotnych koncepcji i silną krytykę w konsultacjach społecznych została zarzucona. Odżyła w związku z przyjęciem Traktatu lizbońskiego<sup>12</sup>, choć jasny sygnał do rozpoczęcia poważnych prac na formułę Prokuratury dał dopiero w 2012 r. przewodniczący Komisji Europejskiej Jose Manuel Barroso. Miał być to znak, że Komisja Europejska poważnie i z determinacją podchodzi do ochrony pieniędzy wszystkich obywateli UE. Warto przy tej okazji przypomnieć istotę budowy budżetu unijnego – składają się nań przede wszystkim tzw. zasoby własny oparte na Dochodzie Narodowym Brutto (ok.

<sup>11</sup> W okresie od 1 stycznia 2007 r. do 31 grudnia 2014 r.

<sup>12</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C306 z 17 grudnia 2007 r.).

74% budżetu), ok. 0,3% ustandaryzowanej stawki podatku VAT<sup>13</sup> (ok. 9,5% całości budżetu) oraz tzw. tradycyjnych zasobach własnych (cłach, opłatach rolnych), które tworzą 10,5%. Reszta budżetu pochodzi z drobniejszych źródeł<sup>14</sup>. Taka, a nie inna konstrukcja sprawia, że to obywatele Unii w pośredni sposób finansują funkcjonowanie UE oraz jej inicjatywy. Ogłoszony przez przewodniczącego Barroso plan utworzenia Prokuratury skorelowany był również z zaostrzeniem polityki Unii w kwestii przeciwdziałania szkodom finansowym. Wprowadzenie polityki „zero tolerancji” dla nadużyć finansowych, które dotyczą ok. 0,2% rocznych wydatków, spowodowało zmniejszenie się wartości nieprawidłowości z 315 mln euro w 2012 r. do 248 mln euro w 2013 r. Przeprowadzona reforma przynosi wymierne skutki w postaci rekomendacji opracowywanych przez OLAF jako kwoty, które należy odzyskać dla budżetu unijnego. W roku 2012 było to 284 mln euro, w 2013 – 402 mln euro, w 2014 – 901 mln euro, a w 2015 – 888 mln euro. Zdecydowana większość środków, które OLAF definiuje jako „do odzyskania”, stanowią te wydane na realizację inwestycji z funduszy strukturalnych (624 mln z 888 mln).

Istotą działań Prokuratury Europejskiej ma być przejęcie dochodzeń i oskarżanie w sprawach, w których naruszone zostałyby interesy finansowe Unii. Obecnie cały proces jest prowadzony przez krajowe organy śledcze i sądownicze. Taka formuła ze względu na specyfikę tego rodzaju przestępstw wydaje się nieskuteczna i niewystarczająca. Nadużycia godzące w unijny interes finansowy mają nierzadko skomplikowany i transgraniczny charakter, co wydatnie utrudnia krajowym organom prowadzenie postępowań. Co więcej, postępowania te postrzegane są jako postępowania drugiej kategorii i nie toczą się tak sprawnie, jakby tego oczekiwała Komisja Europejska<sup>15</sup>. Obecnie dochodzenia prowadzone przez OLAF mają charakter postępowań administracyjnych z możliwością przekwalifikowania przez organy krajowe. Postępowania, które prowadziłby urząd Prokuratury Europejskiej, miałyby charakter postępowań karnych od samego początku.

## Prokuratura Europejska

Bazą do rozważań na temat Prokuratury jest art. 86 skonsolidowanej wersji Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>16</sup>, który stanowi, że w celu zwalczania przestępstw zagrażających

<sup>13</sup> Z wyjątkiem Austrii (0,225%), Niemiec (0,15%), Holandii i Szwecji (po 0,1% VAT-u).

<sup>14</sup> Zob. [online] <[http://ec.europa.eu/budget/mff/resources/index\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/budget/mff/resources/index_en.cfm)> (dostęp: 20.09.2015).

<sup>15</sup> Zob. [online] <<http://europeanlawblog.eu/?p=1887#sthash.bpObJD7e.dpuf>> (dostęp: 20.09.2015).

<sup>16</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.).

finansowym interesom Unii Rada w drodze rozporządzenia może powołać do życia ten organ. Problemem jest sposób głosowania narzucony przez art. 86. Określa on bowiem, że Prokuratura może zostać powołana na dwa sposoby, oba równie skomplikowane i trudne do osiągnięcia. Pierwsza ewentualność zakłada głosowanie na forum Rady UE i osiągnięcie w jej łonie jedności, wymaga ponadto poparcia Parlamentu Europejskiego. Wskazuje to na wagę sprawy, co do której decyzje podejmuje Rada, gdyż zasada jednomyślności stosowana jest w sprawach kluczowych dla całej Unii. W zwykłych sprawach organizacyjnych i proceduralnych decyzje podejmowane są w drodze zwykłej większości lub w specjalnej procedurze ustawodawczej. Ewentualny brak jednomyślności wiedzie do innego rozwiązania, w które włączona zostaje Rada Europejska. Przekazanie projektu rozporządzenia o utworzeniu Prokuratury pod obrady Rady Europejskiej może nastąpić na wniosek co najmniej dziewięciu państw członkowskich. Pozytywny konsensus w Radzie Europejskiej powoduje odesłanie projektu do Rady UE w celu przyjęcia. Nie zważając na ostateczny efekt konsultacji w sprawie powołania Prokuratury, grupa co najmniej dziewięciu państw może, na podstawie istniejącego projektu, podjąć decyzje o niezależnym zacieśnieniu wzajemnej współpracy w przedmiocie ochrony interesów finansowych Unii<sup>17</sup>. To z kolei reguluje art. 329 ust. 1 i art. 20 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej.

Przedstawiona konstrukcja jednak budzi więcej wątpliwości, niż je rozwiewa. Jaki bowiem interes miałyby państwa w utworzeniu ugrupowania z zacieśnioną współpracą, jeśli pozostałe 19 krajów członkowskich nie widzi potrzeby lub konieczności integrowania się w tym wymiarze? Poddawanie się dodatkowym rygorom skutkować może zwiększeniem odsetka wykrywanych nadużyć. To zaś spowoduje konieczność odzyskania utraconych kwot, co niezależnie od państwa członkowskiego stoi na bardzo niskim poziomie. Jednak budżet Unii nie znosi próżni i zdefiniowana wcześniej kwota musi do niego wrócić. W tym miejscu należy przypomnieć jedną z fundamentalnych zasad Unii, a mianowicie zasadę solidarności. Idea Prokuratury ma niewątpliwe walory, pod warunkiem że będzie popierana zbiorowo. Warto zacytować treść art. 86 w części dotyczącej fundamentu, na którym powinna powstać Prokuratura: „[Rada] może ustanowić Prokuraturę Europejską w oparciu o Eurojust”. Oznacza to, że Prokuratura nie będzie od podstaw nowym organem. Korzystać będzie z możliwości i doświadczeń agencji, której celem jest koordynowanie i zwiększanie efektywności krajowych organów śledczych. Eurojust skupia się na zwalczaniu poważnej przestępczości zorganizowanej, wykraczającej poza obszar jednego państwa członkowskiego. Zatrudniając prokuratorów krajowych, sędziów i przedstawicieli służb policyjnych Euro-

<sup>17</sup> Za interes finansowy UE należy rozumieć ogół dochodów, wydatki oraz aktywa należące do UE lub jej instytucji, organów, agencji czy urzędów.

just jest idealną bazą do tworzenia wyspecjalizowanego organu, jakim ma być Prokuratura Europejska.

Perspektywa utworzenia Prokuratury nie oznacza rozwiązania OLAF-u, choć jego rola siłą rzeczy zostanie nieco zmieniona. Zakłada się, że w gestii OLAF-u pozostaną te sprawy, które nie będą spełniać kryteriów dla spraw prowadzonych przez Prokuraturę, czyli te o charakterze administracyjno-prawnym. Ma to wykluczyć dublowanie się śledztw na poziomie UE<sup>18</sup>.

Zgodnie z projektem rozporządzenia o Prokuraturze, wszystkie państwa członkowskie, ich instytucje, agencje, urzędy itd. będą zobligowane do niezwłocznego informowania urzędu Prokuratora Europejskiego o możliwości popełnienia przestępstwa należącego do kompetencji Prokuratury. Przy tej okazji trzeba zwrócić uwagę na charakter rozporządzenia w hierarchii źródeł prawa UE. Istota rozporządzenia, zgodnie z art. 288 akapit 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, stanowi, że ma ono charakter wiążący dla wszystkich państw członkowskich i powinno być stosowane bezpośrednio<sup>19</sup>. W następstwie takiego doniesienia Prokuratura, również bez zbędnej zwłoki, podejmie decyzję o wszczęciu własnego śledztwa. W sytuacji, gdy Prokuratura decyduje o podjęciu dochodzenia, wówczas organy śledcze państw członkowskich mają zostać od tej sprawy odsunięte. Dochodzenia Prokuratury oparte będą na krajowych zasadach, tak aby nadmiernie nie komplikować toku postępowania.

Dział 1 Sekcja 2 Projektu rozporządzenia wymienia nadrzędne zasady, w oparciu o które ma toczyć się śledztwo europejskie, na czele z proporcjonalnością i legalnością podejmowanych działań oraz respektowaniem praw podejrzanego, takich jak prawo do bycia informowanym o podejmowanych krokach, prawo do tłumaczenia, prawo do profesjonalnej pomocy prawnej, prawo do gromadzenia dowodów, prawo dostępu do zgromadzonych w śledztwie materiałów. Są to zasady absolutnie niezbędne do skutecznego i efektywnego prowadzenia śledztwa i postawienia aktu oskarżenia. Część druga proponowanego rozporządzenia dotyczy samej fazy dochodzenia i szczegółów, np. przesłuchiwanie świadków czy warunków zastosowania aresztu. Ostatnia część poświęcona jest fazie oskarżenia i orzekania przez właściwy sąd. Określono tu m.in. zasady wyboru właściwego dla sprawy sądu w państwie członkowskim. Przyjęto, że właściwa będzie jurysdykcja sądu państwa członkowskiego, na obszarze którego toczyła się większa część postępowania, w dalszej kolejności decydujące jest pochodzenie sprawcy lub kraj, w którym zabezpieczono większość dowodów. Jeżeli natomiast żadne z powyższych kryteriów nie okaże się wystarczające, wówczas właściwym będzie miejsce z siedzibą

<sup>18</sup> Zob. [online] <<http://europeanlawblog.eu/?p=1887#sthash.bgkStdbl.dpuf>> (dostęp: 20.09.2015).

<sup>19</sup> G. Stronikowska, *Propozycja Komisji Europejskiej dotycząca rozporządzenia Rady w sprawie utworzenia Prokuratury Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 6, s. 53.

Prokuratury Europejskiej. Zabezpieczono tu jednak prawa oskarżonego i zagwarantowano możliwość odwołania się od wyboru Prokuratury do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Struktura Prokuratury będzie rozproszona i zdecentralizowana – to skutek m.in. różnic w organizacji wymiaru sprawiedliwości różnych państw członkowskich, a przybliżenie do nich zdecentralizowanych struktur Prokuratury powinno ułatwić współpracę. Taka konstrukcja ma też zapewnić maksymalną skuteczność przy niskich nakładach. Na czele całego organu stanie tzw. Kolegium dziesięciu, tj. Europejski Oskarżyciel Publiczny, czterech zastępców i pięciu spośród reprezentantów Prokuratury w państwach członkowskich. Kandydat na stanowisko Prokuratora Europejskiego będzie powoływany z listy przygotowanej przez Komisję Europejską. Decyzję podejmować ma Rada kwalifikowaną większością głosów za zgodą Parlamentu Europejskiego. Ma być to funkcja kadencyjna (6 lat) i niepowtarzalna<sup>20</sup>. Głównym zadaniem Europejskiego Oskarżyciela Publicznego i jego zastępców będzie koordynowanie działań, zapewnienie integracji i skutecznej współpracy zarówno na szczeblu unijnym, jak i krajowym. Poszczególne śledztwa prowadzone będą zaś przez delegatury Prokuratury usytuowane w państwach członkowskich. Oznacza to, że państwo, które podda się rygorom Prokuratury, będzie musiało ustanowić co najmniej jednego prokuratora, który z jej ramienia prowadzić będzie sprawy. Konkretną liczbę przedstawicieli Prokuratury Europejskiej ustalą same państwa członkowskie.

## Oczekiwania państw wobec Prokuratury Europejskiej

Koncepcja utworzenia Prokuratury ma już przeszło 15 lat. Jednym z pierwszych przejawów było opublikowanie przez Komisję Europejską Zielonej Księgi<sup>21</sup> w sprawie prawnokarnej ochrony finansowych interesów Wspólnoty i utworzeniu Prokuratury Europejskiej. W kwietniu 2007 r. komisarz ds. sprawiedliwości Franco Frattini poinformował o planach dotyczących wzmocnienia roli Eurojust. Krok ten miał być kamieniem milowym do powołania Prokuratury Europejskiej, co zdaniem Frattiniego jest tylko kwestią czasu. Jak już wspomniano, podstawą prawną był traktat reformujący z Lizbony, który wszedł w życie w 2009 r. Komisarz Frattini podkreślał rolę wzmocnionego Eurojustu i przyszłej Prokuratury. Wskazywał na kluczowe obszary działania Prokuratury, która miałaby się zająć przede wszystkim przestępczością finansową, malwersacjami i przemytem. Jednak już wtedy

<sup>20</sup> Zob. [online] <[www.eu4journalists.com/index.php/dossiers/polish/C43/30/index.html](http://www.eu4journalists.com/index.php/dossiers/polish/C43/30/index.html)> (dostęp: 30.09.2016).

<sup>21</sup> Istotą Zielonych Ksiąg jest poddanie pod konsultacje przez Instytucje UE i państwa członkowskie danego zagadnienia.

wiadomo było, że koncepcja napotka na opór niektórych stolic europejskich. Choć przedstawiciele państw członkowskich rozumieją ideę utworzenia Prokuratury, to uważają, że w istotny sposób ograniczy ona ich suwerenność.

Utworzenie Prokuratury będzie istotnym krokiem w zapoczątkowanym już procesie ujednolicania przepisów prawa karnego materialnego i procesowego. Obecnie w trakcie procedowania jest Dyrektywa o ochronie interesów finansowych UE, nazywana w skrócie dyrektywą PIF (ang. *protection of the financial interest of the EU*), nad którą pracowano cztery lata. Wymaga jeszcze zatwierdzenia przez kraje UE oraz cały Parlament Europejski. Dyrektywa zagwarantuje unifikację pojęć, znamion przestępstwa oraz ujednotwici terminy i zagrożenie karą. Przewiduje ponadto tzw. *minor offence*, czyli przestępstwo o mniejszym ciężarze gatunkowym (typ uprzywilejowany przestępstwa). Nie trzeba będzie zatem stosować sankcji karnych, gdy szkoda powstała na skutek przestępstwa lub korzyść dla sprawcy nie przekroczyła równowartości 10 000 euro. Dyrektywa zakłada również co najmniej 4 lata pozbawienia wolności, gdy szkoda wyniesie powyżej 100 000 euro.

## Podsumowanie

Niestety, mimo wielu deklaracji i prób uruchomienia Prokuratury Europejskiej w styczniu 2015 r., wciąż pozostaje ona jedynie w planach. Szczególnie sceptycznie zapatrują się na tę ideę praktycy, a w szczególności prokuratorzy z państw europejskich. W dyskusjach nad utworzeniem tego urzędu dominuje opinia, że konflikty między państwami mogą przewyższyć ewentualne korzyści. W marcu 2013 r. za utworzeniem Prokuratury szczególnie silnie lobbowały Francja i Niemcy, podczas gdy Dania, Wielka Brytania<sup>22</sup> i Irlandia w ogóle nie były zainteresowane współpracą w tym zakresie<sup>23</sup>. W związku z istotnymi trudnościami w tworzeniu Prokuratury Komisja podejmuje równoległe działania polegające na reformowaniu systemu współpracy w sprawach karnych (Eurojust)<sup>24</sup> oraz udoskonalaniu OLAF-u<sup>25</sup>. W kwietniu 2017 r. Rada UE poinformowała, że 16 państw członkowskich zadeklarowało chęć przystąpienia do wzmocnionej współpracy w przedmio-

---

<sup>22</sup> Tym bardziej w kontekście rozpoczętej procedury wystąpienia przez Wielką Brytanię z Unii Europejskiej.

<sup>23</sup> Zob. [online] <[http://ec.europa.eu/polska/news/130717\\_prokuratura\\_europejska\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/polska/news/130717_prokuratura_europejska_pl.htm)> (dostęp: 12.06.2016).

<sup>24</sup> Proposal for a Regulation on the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust).

<sup>25</sup> Communication on Improving OLAF's governance and reinforcing procedural safeguards in investigations: A step-by-step approach to accompany the establishment of the European Public Prosecutor's Office.

cie powoływania Prokuratury Europejskiej<sup>26</sup>. Brak w tym gronie Polski. Kraje, które nie przystąpiły do inicjatywy na szczycie w marcu 2017 r., wyrażały obawy przed utratą suwerenności krajowych prokuratur i ich podległości względem Prokuratury Europejskiej. Warto jednak podkreślić, że polscy przedstawiciele podkreślają słuszność idei tworzenia takiego urzędu, choć kwestionują jego formułę. Istnieje bowiem niebezpieczeństwo, że w przyszłości kompetencje Prokuratury Europejskiej będą rozszerzane ze szkodą dla suwerenności i niezależności krajowego systemu sądowego.

Konkludując powyższe rozważania, podkreślić należy potrzebę utworzenia Prokuratury Europejskiej. Poprawa efektywności wydatkowania środków unijnych oraz zminimalizowanie strat z tym związanych powinny być jednym z priorytetów. Niemniej potrzeba to jedno, a pragmatyka europejska to drugie. Unia Europejska zna wiele przypadków słusznych pomysłów, które ze względu na rozbieżne interesy państw członkowskich nigdy nie weszły w życie. Wypada jedynie żywić nadzieję, że proces tworzenia Prokuratury jest już na tyle zaawansowany, że nie ma od niego odwrotu i pozostaje tylko ustalenie formuły, w jakiej zacznie ona funkcjonować.

## Literatura

- Kisiel Sz., *Nieprawidłowe wykorzystanie środków unijnych. Aspekty prawno-kryminologiczne*, Olsztyn 2014.
- Stefanou C., White S., Xanthaki H., *Olaf at the Crossroads: Action against EU Fraud, Studies in International & Comparative Law*, Oxford – Portland/Oregon 2011.
- Stronikowska G., *Propozycja Komisji Europejskiej dotycząca rozporządzenia Rady w sprawie utworzenia Prokuratury Europejskiej (część I)*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 6.

## Summary

### *The protection of European Union financial interests – the continuation of the struggle for the European Public Prosecutor’s Office*

**Key words:** European Public Prosecutor’s Office, financial irregularities, OLAF, UCLAF, financial fraud.

The article is devoted to the issue of protection of European financial interests. The author focuses on the instruments which functioned in the

---

<sup>26</sup> Były to: Belgia, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Czechy, Niemcy, Grecja, Hiszpania, Finlandia, Francja, Litwa, Luksemburg, Portugalia, Rumunia, Słowenia i Słowacja.



past, across the present ones, finishing on those which are going to be established. The main objective of the author is to analyze the work on the creation of the European Public Prosecutor's Office. It is worth mentioning that this work has been started a long time ago and that one of the deadlines for the implementation of the new EU Institution was January 2015. Despite the good direction that will guarantee greater security for the EU financial system, the concept of the EU Public Prosecutor's Office has not yet materialized. In the first part of the article the author presents current forms of counteracting abuses and irregularities against the EU budget. On this occasion the role of such bodies as UCLAF and OLAF were discussed, as well as the formal and legal basis for their functioning. The practical aspects and problems with which the two entities were encountered in the current activity were also mentioned. The author quotes statistical data which illustrates the activity of both institutions and the scale of financial losses harming the EU budget. In the second part, the author describes in details the vision of the European Public Prosecutor's Office. The foundation for creating a new institution is Art. 86 of the Treaty on the Functioning of the EU. According to this article, the Public Prosecutor's office is to be built on the basis of Eurojust structures and is about to draw the UCLAF's and OLAF's experiences. In this part, authors analyzes the draft of European regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office. It characterizes the planned, future structure, competences and functioning aspects of this new institution. The last part is devoted to a number of doubts and concerns about the process of creating the EPPO. There are many discrepancies between Member States according to the form of the new institution.



**Paweł Czubik**

Katedra Prawa Cywilnego i Gospodarczego

Wydział Finansów i Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

## **Obowiązki informacyjne wynikające z noweli ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców a czynności notarialne polskich konsulów\***

W dniu 1 stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa zmieniająca ustawę o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców i innych ustaw<sup>1</sup>. Zakres przewidzianych zmian dotyczy rozszerzenia obowiązków informacyjnych realizowanych wobec Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Resort ten był projektodawcą rozwiązań ustawowych. Ustawa rozszerzyła zarówno krąg podmiotów zobowiązanych do dokonywania stosownej notyfikacji, jak i zakres czynności prawnych podlegających obowiązkowi notyfikacyjnemu. Podstawowy zakres obowiązków wprowadzonych nowelą wiąże się z obrotem notarialnym.

Projekt ustawy był przedmiotem prac legislacyjnych na przestrzeni blisko trzech lat, tak długi czas nie miał jednakże jakiegokolwiek wpływu na meliorację jej treści. Prace inicjowane w połowie 2014 r. przerwane zostały końcem kadencji parlamentu w 2015 r., by znów zostać podjęte w nowej rzeczywistości parlamentarnej w pierwszej połowie 2016 r. Wspomniana ustawa stanowiła w toku prac legislacyjnych przedmiot zainteresowania również resortu spraw zagranicznych. W toku międzyresortowych czynności konsultacyjnych zmierzających do nadania ustawie ostatecznego kształtu toczyła się swoista dyskusja między resortem spraw wewnętrznych a resortem spraw zagranicznych i po części resortem sprawiedliwości, co do zakresu obowiązków służby konsularnej. Konsulowie tradycyjnie wykonują funkcje notarialne za granicą w imieniu państwa wysyłającego i w zgodzie z przepisami

\* Poglądy wyrażone w niniejszym tekście są wyłącznie poglądami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem jakiejkolwiek instytucji.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2175).

prawa tego państwa<sup>2</sup>. Czynności te najczęściej dokonywane są na rzecz obywateli państwa wysyłającego i skutkują na jego terytorium. Stąd też ograniczenia w zakresie tychże funkcji wprowadzane przez państwo przyjmujące spotykane są rzadko<sup>3</sup>. Ze strony Ministerstwa Spraw Zagranicznych (MSZ) postulowano głównie zwolnienie konsula z obowiązków notyfikacyjnych dotyczących niektórych tego typu czynności przewidzianych przepisami wówczas planowanej ustawy nowelizacyjnej. Część tej wymiany korespondencji odzwierciedlona została na stronach RCL i pozwala zapoznać się z charakterem i rodzajem zarzutów podnoszonych wobec ustawy przez MSZ<sup>4</sup>. O ile z większością zarzutów należało się zgodzić (projekt ustawy prezentował dramatycznie niski poziom legislacyjny – w zasadzie taki sam poziom zachowała niestety sama ustawa<sup>5</sup>), o tyle z samymi postulatami wyłączenia konsulów z zakresu obowiązków ustawowych należałoby zasadniczo polemizować.

Warto na wstępie prześledzić część zarzutów i postulatów MSZ. W piśmie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 7 listopada 2014 r.<sup>6</sup> podniesiono

---

<sup>2</sup> Genezy tych funkcji można dopatrywać się w czynnościach handlowych i celnych wobec dokumentów. Z oczywistych względów przynosiły one pewne profity natury fiskalnej (co *notabene* we współczesnej praktyce krajowej jest mocno zapomniane – zob. przypis 8). Zob. Ch. Lloyd Jones, *The Consular Service of the United States. Its History and Activities*, Philadelphia 1906, s. 4, 8.

<sup>3</sup> Należy jednakże zaznaczyć, że funkcje notarialne konsulów nie są funkcjami wynikającymi wprost z prawa międzynarodowego. Ich wykonywanie nie jest gwarantowane poprzez samo nawiązanie stosunków konsularnych. Teoretycznie można wyobrazić sobie sprzeciw państwa przyjmującego w sprawie pełnienia takich funkcji. Tradycyjna konstrukcja konsularnych funkcji notarialnych odzwierciedlona została w art. 5 pkt f Konwencji wiedeńskiej o funkcjach konsularnych (załącznik do Dz.U. z 1982 r., nr 13, poz. 98). Zob. R. Xilotl Ramirez, *Ensayos Jurídico-Consulares (La cláusula danesa y su aplicación en México)*, México 1987, s. 134–135. Stąd też wyobrazić sobie można niewykonywanie funkcji konsularnych w niektórych polskich relacjach dwustronnych. Omawiane kwestie mogą nie dotyczyć tym samym szczególnych stosunków konsularnych.

<sup>4</sup> Część korespondencji, wydaje się, nie została jednakże ujawniona na wspomnianej stronie internetowej ujawniającej ścieżkę legislacyjną (<http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/251755>) lub też uwagi te były przekazywane w formie ustnej.

<sup>5</sup> Ustawę tę poddałem istotnej krytyce w dwóch obszernych tekstach: pierwszy z nich odnosi się do finalnego projektu przed samym skierowaniem go do Sejmu, drugi do już przyjętej ustawy. Zob. P. Czubik, *Analiza wybranych zmian ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców na kanwie projektu rządowego z dnia 24 sierpnia 2016 r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 4, s. 61–75 oraz *Konsekwencje nowelizacji ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców dla praktyki notyfikacyjnej polskiego notariusza*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 1, s. 23–45.

<sup>6</sup> Pismo sygn. BDG.0240.1396.2014/5 podpisane przez prof. Artura Nowaka-Fara, wówczas podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych, kierowane do Grzegorza Karpińskiego, podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości. Stanowiło ono odpowiedź na prośbę o ocenę oddziaływania projektowanej ustawy na obrót konsularny wyrażoną pismem nr DP-I-0231-88/2014/PK z dnia 22 października 2014 r. Stylistyka dokumentu wskazuje niezbiecie, że prof. A. Nowak-Far jedynie go podpisał, prawdopodobnie bez zapoznania się lub po bardzo pobieżnym zapoznaniu się z jego treścią. Zawiera ono w swojej treści lapsusy terminologiczne („umowa przenosząca udziały” zamiast prawidłowo „umowa przenosząca własność udziałów”, „zapisy aktów prawnych” zamiast „przepisy” etc.), ponadto wiedzie do wniosków stygmatyzowanych oczywistymi błędami co do stanu prawnego (o czym dalej w tekście).

zastosowanie do konsula przepisów ustawowych w związku z wykonywaniem funkcji konsularnych zgodnie z art. 19 wówczas obowiązującej jeszcze ustawy o funkcjach konsulów<sup>7</sup>. Zauważono, że najbardziej istotnym z perspektywy obrotu konsularnego problemem są obowiązki związane z czynnościami poświadczenia podpisu pod umowami zbycia akcji lub udziałów, bowiem „o ile sporządzenie przez konsula aktu notarialnego następuje bardzo rzadko, to czynność polegająca na poświadczeniu własnoręczności podpisu czy też wykonanie odpisu dokumentu, w praktyce polskich urzędów konsularnych występuje często”<sup>8</sup>. W takich przypadkach konsul może bowiem poświadczać podpisy na umowach przenoszących własność udziałów lub akcji w spółce<sup>9</sup>, gdy nabywcą jest cudzoziemiec. W piśmie tym wskazano na konieczność ustalenia, czy „w związku z zastosowaniem prawa o notariacie do czynności notarialnych wykonywanych przez konsulów [...] obowiązki łączące się z wykonaniem takiej czynności, ale płynące z zapisów innego aktu prawnego, na zasadzie analogii, miałyby mieć zastosowanie także do konsula” i – co się z tym wiąże – ustalenia, czy intencją projektodawcy jest, „by

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 389 z późn. zm.). Została ona zastąpiona od dnia 1 listopada 2015 r. ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo konsularne (Dz.U. z 2015 r., poz. 1274 z późn. zm.).

<sup>8</sup> Należałoby ubolewać nad faktem tak rzadkiego dokonywania przez konsulów RP aktów notarialnych, w szczególności jeżeli porówna się ich aktywność w tym zakresie z aktywnością konsulów innych państw zachodnioeuropejskich (np. Francji). Należy przy tym zauważyć, że jedynie po części stanowi to wynik uzależnienia dokonania tego typu czynności od uprzedniego uzyskania zgody Ministra Sprawiedliwości wydanej na wniosek Ministra Spraw Zagranicznych, co wiąże się z długotrwałą procedurą. W istotniejszym zakresie konsulowie prowadzą politykę zniechęcania stron do dokonywania takich czynności w każdej możliwej konfiguracji, co prowadzi w prostej linii do niewykorzystywania możliwości zarabiania pieniędzy przez Skarb Państwa. W konsekwencji korzysta na tym państwo obce, przed którego notariuszami lub innymi funkcjonariuszami zmuszeni są dokonywać czynności obywatele obcy. W taką postawę (u źródeł której leży brak jednolitego prawa cywilnego dla całej Rzeczypospolitej w okresie międzywojennym – wówczas konsul RP nie mógł dokonać czynności w formie aktu notarialnego, gdyż nie było ustalonego prawa, w świetle którego miał działać przy takich czynnościach dokonywanych na terytorium państwa przyjmującego) doskonale wpisuje się swoisty mit założycielski polskiej służby konsularnej, mówiący o konieczności miarkowania takich czynności, aby nie tworzyć swoistej konkurencji dla prawników państwa przyjmującego (w rzeczywistości w relacjach z większością państw przyjmujących, a przede wszystkim odległych cywilnoprawnie państw systemu *common law* argument ten nie ma żadnego znaczenia praktycznego). Efektem takiej polityki jest przykładowo to, że podczas gdy konsulaty państw Europy Zachodniej bywają dla odpowiednich państw wysyłających dochodowe, polskie konsulaty są z definicji całkowicie deficytowe.

<sup>9</sup> W miejscu tym abstrahuję od kwestii, czy projektowane i wprowadzone rozwiązanie dotyczące obowiązków informacyjnych w zakresie nabywania akcji lub udziałów w spółkach jest zgodne z prawem UE. Może być bowiem uznane za naruszające swobody przepływu. O ile w pozostałych przypadkach objętych zakresem zastosowania ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców mamy do czynienia z rzeczywistym nabyciem nieruchomości (które w okresie postakcesyjnym było częściowo reglamentowane, a prawo państwa do śledzenia stanu własnościowego przed i po upływie terminów akcesyjnych wydaje się niewątpliwe), o tyle w analizowanych przypadkach zmian własnościowych akcji lub udziałów nie dochodzi do zmiany właściciela nieruchomości.

obowiązek wynikający z nowej treści art. 8a ustawy obejmował także konsulów”. Jednocześnie MSZ wskazywało, że w odróżnieniu od sporządzania aktu notarialnego (gdy wszelkie informacje w tym zakresie konsul otrzymuje od Ministerstwa Sprawiedliwości i zawarte są w przesyłanym mu wraz ze zgodą projekcie aktu notarialnego) konsul nie dysponuje w przypadku poświadczania podpisów wiedzą na temat majątku spółki, zaś umowa przeniesienia własności udziałów może nie zawierać informacji, czy spółka jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości. Tym samym, zdaniem MSZ, o ile notariusz dysponuje instrumentami pozwalającymi mu ustalić, czy spółka jest właścicielem lub użytkownikiem nieruchomości, o tyle konsul takich uprawnień nie posiada. Spostrzeżenie to wiedzie do wniosku, iż konsul z tytułu niedopełnienia projektowanego wówczas (w zakresie przesyłania kopii umów, na których poświadczany jest podpis cudzoziemskiego nabywcy akcji lub udziałów spółek z siedzibą w RP) obowiązku z art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców nie powinien być narażony na projektowane dla notariuszy sankcje<sup>10</sup>, a najlepszym, zdaniem resortu spraw zagranicznych, rozwiązaniem jest zwolnienie konsula z dyspozycji projektowanego przepisu (co zresztą samo przez się godzi w oczekiwaną przez MSWiA zasadę zupełności rejestru i obejmowania nim wszelkich zdarzeń z zakresu nabywania nieruchomości przez cudzoziemców, dla których rejestracji został powołany<sup>11</sup>).

Spostrzeżenia MSZ częściowo były nietrafione. Po pierwsze, całkowicie błędne było założenie, iż notariusz dysponuje możliwościami ustalania, czy spółka jest czy nie jest właścicielem nieruchomości na terytorium RP. Możliwości notariusza i konsula w tym przypadku są porównywalne. Na ewentualne potrzeby projektowanej ustawy ustalenia w tym zakresie, dokonywane zarówno przez konsula, jak i notariusza, ograniczać by się musiały w praktyce do przyjęcia oświadczenia stron (oświadczenie to zresztą w innych aspektach wynikających z ustawy, tj. statusu cudzoziemca – o czym dalej – stało się ostateczną częścią materii ustawowej). Z tej perspektywy analogia do obowiązków przewidzianych dla obu profesji, wobec porównywalnych możliwości faktycznych, nasuwa się sama. Po drugie, MSZ zakładał, iż dla uczy-

<sup>10</sup> Które ostatecznie zostały przeforsowane jako zmiana przepisu art. 50 ustawy – Prawo o notariacie (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1796 z późn. zm.) przy jednoczesnym wydłużeniu terminu przedawnienia do 5 lat (art. 52 § 1).

<sup>11</sup> Tu akurat o wielkiej stracie nie można było nigdy mówić, założenie kompletności rejestru było bowiem *ab initio* mocno utopijne. Przyjęte ostatecznie ustawą nowelizacyjną zasady absolutnie komplementarności takiej nie wprowadziły – bardzo prosto można wskazać kilka kategorii czynności, które całkowicie wymykają się obowiązkowi notyfikacji rejestrowej, np. wydane za granicą europejskie postanowienia spadkowe, orzeczenia sądów z państw członkowskich UE stosujących rozporządzenie spadkowe nr 650/2012 (Dz. Urz. UE L 201 z 27 lipca 2012 r., s. 107 z późn. zm.) czy też umowy dokumentujące sprzedaż akcji lub udziałów w polskich spółkach dokonywane w obcej jurysdykcji.

nienia zadość projektowanemu obowiązkowi konieczne jest ustalenie, czy spółka jest właścicielem nieruchomości polskich. Akurat tego typu interpretację bardzo łatwo zrozumieć, biorąc pod uwagę mocno bełkotliwy i w wielu miejscach alogiczny język projektu (na niej zresztą MSZ skupił się w dalszej korespondencji w sprawie – o czym dalej)<sup>12</sup>. Absolutnie nie było jednak podstaw do dywersyfikacji, w oparciu o powyższe, pozycji notariusza i konsula. Tym samym w oczach MSZ obraz kompetencji notariusza, odróżniający go rzekomo od konsula, stanowił jedynie czystą projekcją oczekiwań, niemającą nic wspólnego z rzeczywistością.

Należy przy tym zauważyć, że powyższe pismo MSZ zostało wydane w chwili, gdy trwały prace nad projektem ustawy o zmianie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców oraz niektórych innych ustaw z dnia 21 października 2014 r., nieprzewidującym wówczas jakiegokolwiek odniesienia bezpośrednio do konsula. Projektowana treść art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości (bardzo nieudolnie skonstruowana, pełna błędów logicznych) przewidywała obowiązki informacyjne notariusza<sup>13</sup>. Ponadto w nowelizacji przewidziano zmiany art. 92 § 1 ustawy – Prawo o notariacie, a konkretnie zmianę brzmienia pkt 4<sup>14</sup>. Uzasadnienie do projektu ani jednym słowem nie odniosło się do urzędników konsularnych. W pewnym sensie podnoszone wątpliwości (wydaje się mocno uzasadnione – o czym dalej) przyczyniły się wprost do doregulowania materii w następnej wersji projektu w sposób kompletnie dla MSZ nieoczekiwany. Nie ulega wątpliwości, że MSZ na ówczesnym etapie projektowanych zmian ustawowych zdawało

---

<sup>12</sup> Patrząc na uzasadnienie do ustawy w ówczesnej jej wersji, wątpliwości MSZ co do potrzeby ustaleń w zakresie stanu własnościowego spółek należało uznać za uzasadnione. W związku jednak z dalszymi zmianami w treści uzasadnienia (co ciekawe niewiązującymi się ze zmianą w tym zakresie treści ustawy, która pomimo zmian pozostała dalej mocno nieczytelna i wewnętrznie sprzeczna – i w takiej niestety konstrukcji ostatecznie uchwalona) nie ulegało już raczej wątpliwości, że projektowane rozwiązania ustawowe nie zakładały potrzeby ustaleń co do stanu własnościowego. Obowiązkiem notyfikacyjnym zostały objęte w gruncie rzeczy wszystkie sytuacje, gdy przedmiot nabycia są udziały lub akcje w spółce z siedzibą na terytorium RP, a nabywającym jest cudzoziemcem (obywatelem obcym, osobą prawną będącą cudzoziemcem w rozumieniu ustawy), przy czym nie ma znaczenia, czy spółka ta jest, czy nie jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości. Jeżeli nie jest, dokonana notyfikacja niczemu nie służy, jeżeli jest, zostało to odnotowywane w rejestrze prowadzonym przez MSWiA. Co jednak należy podkreślić, to MSWiA (a nie notariusz czy konsul) ustala, czy spółka jest, czy nie jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości.

<sup>13</sup> Projektowany przepis w pkt 1 brzmiał: „Notariusz przesyła ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, w terminie 7 dni od dnia sporządzenia, wypisy dokumentów objętych czynnościami notarialnymi, mocą których cudzoziemiec nabył nieruchomość oraz wypisy lub odpisy dokumentów, mocą których cudzoziemiec nabył lub objął udziały, akcje lub ogół praw i obowiązków w spółce handlowej będącej właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. W pkt 2 odniesiono się do obowiązków informacyjnych sądu, w pkt 3 zastosowano odniesienie ust. 1 do organów administracji publicznej, w sytuacji gdy „nabycie nieruchomości nastąpiło na podstawie ostatecznej decyzji administracyjnej”.

<sup>14</sup> Odnosząc się do elementów aktu notarialnego.

sobie sprawę, że odniesienie zakresu czynności notarialnych do czynności konsula jest zasadniczo oczywiste. Oczekiwało więc doregulowania negatywnego, tj. poprzez wyraźne wyłączenie ustawowe konsula spod kreowanych obowiązków informacyjnych.

W istotnym sensie postavione przez resort spraw zagranicznych kwestie doprowadziły do zmian jednoznacznie rozwiewających wątpliwości interpretacyjne, choć nastąpiło to w zupełnie przeciwnym do sugestii MSZ kierunku. Przewidziano bowiem doregulowanie o charakterze pozytywnym. W nowym projekcie ustawy nowelizacyjnej z dnia 15 czerwca 2015 r. w treści art. 8a przewidziano pkt 4 jednoznacznie odnoszący się do konsulów RP<sup>15</sup>. Ponadto w uzasadnieniu wskazano: „z uwagi na fakt, że celem ustawy jest uzyskanie pełnej informacji o nabywanych lub obejmowanych udziałach lub akcjach przez cudzoziemców, to obowiązek przesyłania odpowiednich dokumentów powinien spoczywać także na konsulach, gdyż również oni wykonują czynności notarialne (m.in. poświadczanie własnoręczności podpisów)”. Wskazano także, że zastosowana konstrukcja nie pozwala objąć konsulów karą pieniężną – wówczas projektowaną jedynie wobec notariuszy (przewidzianą w art. 8b ustawy<sup>16</sup>). Jednocześnie projektodawca w tabeli uwag i rozbieżności zalecał nieuwzględnianie propozycji MSZ, wskazując, że wykonywanie czynności notarialnych przez konsula powinno oznaczać objęcie go odpowiednimi obowiązkami notyfikacyjnymi wobec MSWiA. W projekcie<sup>17</sup>, oprócz zmian dotyczących treści aktu notarialnego (art. 92 prawa o notariacie), dodano w ewidentnie niepoprawnym miejscu<sup>18</sup>, tj. do art. 99, paragraf 3 odnoszący się do treści umieszczanych w klauzulach poświadczeń podpisów cudzoziemców na umowach zbycia akcji lub udziałów w spółkach.

Pozytywna regulacja pozycji konsula w projekcie nowelizacji, stanowiąc przeciwieństwo precyzowanych wcześniej oczekiwań, musiała wywołać gwałtowną reakcję MSZ. W kolejnej ujawnionej odsłonie negocjacyjnej (już po wyborach w 2015 r., gdy powrócono do prac dotkniętych dyskontynuacją w związku ze zmianą kadencji parlamentu) MSZ skupiło się zdecydowanie

---

<sup>15</sup> Projektowany przepis art. 8a ust. 4 zyskał brzmienie: „Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio do konsulów Rzeczypospolitej Polskiej”.

<sup>16</sup> Ostatecznie rozwiązanie to nie zostało zastosowane. Przewidziano natomiast odpowiedzialność dyscyplinarną notariusza z tytułu nieprzesyłania wskazanych w ustawie dokumentów odnoszących się do nabywania nieruchomości przez cudzoziemców. Zob. przypis 10.

<sup>17</sup> Oczywiście projekt zawierał szereg innych zmian legislacyjnych, do których ostatecznie nawiązała ustawa. Jako odnoszące się do sądów, a na pewnych etapach projektu (z 2014 i 2015 r.) także do obowiązków informacyjnych samych spółek (w wersji procedowanej w 2016 r. – niestety zrezygnowano z tego rozwiązania, choć mogłoby mieć o wiele większą efektywność notyfikacji w kontekście zapewnienia pełności rejestru, odnosiłoby się bowiem także do transakcji akcjami lub udziałami w polskich spółkach dokonywanych za granicą) z oczywistych względów nie mogły one mieć jakiegokolwiek odniesienia do służby konsularnej.

<sup>18</sup> Tj. w art. 99 prawa o notariacie, odnoszącym się do daty pewnej okazania dokumentu – o czym dalej w przypisie 21.



bardziej profesjonalnie na ocenianej materii. Pismem z dnia 24 maja 2016 r.<sup>19</sup>, zasadniczo w dość imperatywnej wypowiedzi, ponownie zaprotestowało przeciwko objęciu konsula obowiązkami z zakresu materii notyfikacyjnej. Projektowany wówczas stan prawny przedstawiał się tak, że oprócz art. 8a ustawy rozszerzającego obowiązek notyfikacyjny (w tym *per analogiam* do notariusza – konsula) na umowy<sup>20</sup>, mocą których cudzoziemiec nabył lub objął udziały, akcje lub ogół praw i obowiązków w spółce handlowej, zaprojektowano zmiany do art. 99 prawa o notariacie w postaci nowych dwóch paragrafów (3 i 4)<sup>21</sup>.

Ministerstwo Spraw Zagranicznych poddało istotnej krytyce projektowane postanowienia prawa o notariacie, wskazując, że wykraczają one poza ramy określone przez ustawę o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Wskazano, że „dochodzi do naruszenia [...] relacji pomiędzy klientem a konsulem działającym jako notariusz, a więc jako osoba zaufania publicznego” m.in. poprzez „każdorazowe przysyłanie dokumentów notarialnych sporządzonych przez konsula do MSWiA, niezależnie od warunków danej czynności wskazujących na taki obowiązek” przez co dojść może do „daleko idącej ingerencji w sferę stosunków cywilnoprawnych”. Dalej MSZ konstatuje, iż „badanie legalności nabycia i prowadzenie rejestrów przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych nie mogą być samoistną podstawą do rozszerzenia uprawnień konsula związanych z potrzebą dostępu do informacji organu krajowego. Obowiązek ministra spraw wewnętrznych związany z dążeniem do uzyskania pełnej informacji może być spełniony poprzez inne mechanizmy”. Z powyższymi stwierdzeniami należy się absolutnie zgodzić<sup>22</sup> (ściśle odnoszą się one zresztą także do notariuszy).

---

<sup>19</sup> Pismo sygn. BOG.0240.640.2016/3 podpisane przez Katarzynę Kacperczyk, podsekretarza stanu w MSZ, skierowane do Sebastiana Chwałka, podsekretarza stanu w MSWiA. Stanowiło ono odpowiedź na stanowisko MSWiA z 17 maja 2016 r. (sygn. DP-1-0231-29/2016/PK), w którym resort spraw wewnętrznych określał, iż „wobec braku konieczności przyjęcia przez konsula Rzeczypospolitej Polskiej oświadczenia, o którym mowa w projektowanym art. 99 § 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, zobliguje to konsula do każdorazowego przysyłania Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji umowy z podpisami przez niego poświadczonymi, mocą której doszło do nabycia lub objęcia udziałów, akcji lub ogółu praw i obowiązków w spółce handlowej”. Wywołało to sprzeciw MSZ.

<sup>20</sup> Wówczas operowano jeszcze pojęciem umowy, które z oczywistych względów zostało później zmienione na kopię umowy.

<sup>21</sup> Miejsce w ustawie – Prawo o notariacie, w którym zaprojektowano (a następnie w nieco zmienionej treści ostatecznie umieszczono) te rozwiązania, było najgorsze z możliwych (przepisy te znalazły się w art. 99 odnoszącym się do poświadczenia daty i godziny, gdy tymczasem ani w tych przepisach, ani w całej nowelizacji prawa o notariacie nie ma słowa o dacie pewnej). Obok wspomnianego art. 99 § 3 przewidziano § 4 wskazujący obowiązek notariusza co do przesłania kopii dokumentu do MSWiA.

<sup>22</sup> Ponadto w dokumencie znalazły się informacje kwestionujące zupełność rejestru prowadzonego przez MSWiA, pomimo przeprowadzenia planowanych reform. MSZ podkreśliło, że nie zostaną odnotowane przez MSWiA przypadki sporządzania stosownych dokumentów przed obcymi

Ministerstwo Spraw Zagranicznych zauważyło sprzeczność pomiędzy projektowanym art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców a projektowanymi nowymi paragrafami do art. 99 prawa o notariacie. O ile bowiem ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców odnosi się do dokonywania notyfikacji w sytuacji, gdy dochodzi do nabycia przez cudzoziemca akcji lub udziałów w spółce, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, o tyle nowelizacja art. 99 tworzy przepis obligujący do każdorazowego przesyłania dokumentów, gdy nabywającym jest cudzoziemiec<sup>23</sup>. Niezrozumiałe jest natomiast stanowisko MSZ, w którym podnosi się niemożność stwierdzenia przez konsula, czy strona jest cudzoziemcem. Wydaje się, że dysponuje on identycznym instrumentarium w tym zakresie jak konsul, tj. podobnie ustala tożsamość osoby fizycznej i jej obywatelstwo na podstawie dokumentu tożsamości i podobnie na podstawie oświadczenia reprezentanta osoby prawnej może ustalić jej wchodzenie lub niewchodzenie do kategorii cudzoziemca w rozumieniu ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Niezrozumiałe zatem, dlaczego konsul miałby mieć trudności z odebraniem takiego oświadczenia w klauzuli poświadczeniowej<sup>24</sup>.

W rezultacie ostrego sprzeciwu MSZ z ustawy usunięto wszelkie uregulowania wprost odnoszące się do konsułów. Projektowany art. 8a ust. 4 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców został wykreślony. Wykreślono również akapit uzasadnienia odnoszący się do konsułów, zaś z tabeli dotyczącej oceny skutków regulacji została usunięta rubryka konsty-

---

notariuszami, na których nie ciąży obowiązek notyfikacyjny wobec polskiego MSWiA. Należy podkreślić trafność w tym przypadku spostrzeżenia MSZ. Natomiast stwierdzenie, iż dokumenty takie „będą uznawane w Polsce po zaopatrzeniu w większości przypadków w klauzulę *apostille* lub w mniejszym zakresie po dokonaniu czynności przez właściwego konsula” jest całkowicie błędne i świadczy jedynie o tym, że komponujący pismo urzędnik MSZ nie miał prawdopodobnie pojęcia, z czego wynika obowiązek legalizacji konsularnej, zastąpiony w przypadku państw-stron Konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz.U. z 2005 r., nr 938, poz. 112) wymogiem poświadczania dokumentu klauzulami *apostille* i jaki jest zakres oraz podstawa prawna tego obowiązku. Zalecać należałoby w takim przypadku lekturę art. 1138 k.p.c.

<sup>23</sup> Przyjęcie tych przepisów we wspomnianej formie skutkuje w praktyce notarialnej przesyłaniem kopii umów zbycia akcji, udziałów lub ogółów praw i obowiązków w spółce, gdy nabywca jest cudzoziemcem niezależnie od tego, czy spółka jest, czy nie jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości (*notabene* jest to w gruncie rzeczy nie do ustalenia w obrocie notarialnym, zaś strona nabywająca akcje i udziały może nie mieć jakiegokolwiek wiedzy w tym zakresie).

<sup>24</sup> Wskazało to, co zagadkowe, również MSWiA w piśmie z dnia 17 maja 2016 r. (sygn. DP-1-0231-29/2016/PK) we fragmencie przytoczonym w przypisie 19. Zresztą MSZ zauważyło sprzeczność pomiędzy cytowanym uprzednio stwierdzeniem MSWiA a uzasadnieniem do projektu ustawy, w którym wskazano, że konsul zobowiązany jest do każdorazowego przesyłania do MSWiA umów, mocą których cudzoziemiec (*ergo* należy fakt ten ustalić) nabył akcje lub udziały w spółce handlowej.

tuująca 127 konsulów Rzeczypospolitej Polskiej<sup>25</sup> jako podmioty, na które oddziałuje projekt. MSZ uznało tym samym, że ustawa nie oddziałuje na zakres funkcji konsulów<sup>26</sup>. Jednocześnie MSWiA nie zauważyło (a raczej nie chciało zauważyć), że stawiane przez MSZ zarzuty merytoryczne dotyczące treści noweli są po pierwsze, absolutnie zasadne, a po drugie, ściśle odnoszą się także do aktywności notariusza. W rezultacie pozostawiono w pełnym zakresie obowiązywania kontrowersyjne rozwiązania dotyczące notariusza, przy jednoczesnym usunięciu z projektu bezpośrednich nawiązań do konsula.

Wątpliwe jednak, czy przez samo usunięcie projektowanego odniesienia wprost do czynności konsula i usunięcie komentarza z treści uzasadnienia co do obowiązków konsula MSZ osiągnęło planowany cel. Należy bowiem zauważyć, że odniesienie postanowień prawa o notariacie do czynności konsula stanowi efekt ogólnego odesłania wewnątrzsystemowego zawartego w art. 29 zd. 1 prawa konsularnego<sup>27</sup>.

Tym samym założyć raczej należy, że wyjęcie konsula spod zakresu zastosowania ustawy wynika z faktycznych międzyresortowych ustaleń, których symbolem jest usunięcie *de facto* zbytecznych dla objęcia konsula zakresem zastosowania przepisów nowelizowanej ustawy, odnoszących się do niego wprost zdań. Nie wynika ono z litery prawa, a ma wręcz charakter kontrliteralny w stosunku do koniunkcji normatywnej przepisów ustawy – Prawo konsularne i znowelizowanych ustaw – Prawo o notariacie i o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Oczywiście brak wymagania wspomnianego obowiązku jest dla konsula ze względów praktycznych wygodny, nie ma jednak uzasadnienia ustawowego. Powinno się więc albo zapewnić przestrzeganie obowiązków ustawowych przez konsula, albo też zapewnić wyłączenie go spod zakresu zastosowania ustawy. Wydaje się, że wyłączenie to powinno dotyczyć zarówno art. 99 prawa o notariacie, jak i art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Według przytaczanego przez MSWiA stanu na rok 2013 (*sic!*).

<sup>26</sup> Na zapytanie autora dotyczące kwestii nowelizacji ustawy Departament Konsularny MSZ w dniu 30 listopada 2016 r. odpowiedział, iż w trakcie uzgodnień międzyresortowych MSZ „zgłaszał uwagi dotyczące wyłączenia z tej ustawy przepisów określających kompetencje konsulów. [...] Uwagi zostały uwzględnione i przepisy odnoszące się do konsulów zostały usunięte, stosownie zostało przeformułowane również uzasadnienie”.

<sup>27</sup> Przepis ten stanowi: „Do czynności konsula, o których mowa w art. 28 [*ergo*: czynności notarialnych konsula – przyp. Aut.], stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie”. Zbliżone brzmienie miał art. 19 ust. 5 zd. 1 uprzednio obowiązującej ustawy o funkcjach konsulów. *Notabene* ustawa ta wprost posługiwała się określeniem „czynności notarialne”, zaś obecnie obowiązująca ustawa czynności nie nazywa (co nie ma na nic wpływu, w szczególności na ich kwalifikację, stanowi tylko przyjętą formułę). Obecne ujęcie problematyki czynności notarialnych konsula w trzech osobnych artykułach (28, 29, 30) stanowi konstrukcję o wiele bardziej logiczną niż art. 19 obowiązującej do 31 października 2015 r. ustawy o funkcjach konsulów.

<sup>28</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1061 z późn. zm.

W gruncie rzeczy wydaje się, że nie ma szczególnych przyczyn, które przemawiałyby za wyłączeniem normatywnym konsula z obowiązków informacyjnych. Nie kreuja one bowiem żadnych praktycznych utrudnień, nie istnieją też żadne czynniki, które umożliwiałyby realizację obowiązku informacyjnego przez notariusza, a uniemożliwiały takową realizację przez konsula. Jeżeli chodzi o przepisy prawa o notariacie, to konsul, dokonując poświadczeń podpisów stron na dokumentach będących umowami przeniesienia własności akcji, udziałów lub ogółu praw i obowiązków w spółce, powinien w pełni zastosować przepis art. 99 ust. 3 i 4. Powinien tym samym w klauzuli poświadczeniowej odebrać stosowne oświadczenie co do statusu cudzoziemca w przypadku, gdy nabywcą jest spółka zarejestrowana w Polsce<sup>29</sup> i sporządzać na potrzeby MSWiA<sup>30</sup> kopię umowy. Kwestia przesyłania do MSWiA kopii umów, o których mowa w art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, jak też innych dokumentów, o których mowa w tychże przepisach<sup>31</sup>, także powinna odzwierciedlać wspomnianą analogię obowiązków pomiędzy notariuszem a konsulem, jednakże w tym przypadku realizacja wspomnianego obowiązku winna odzwierciedlać specyfikę pracy konsularnej. O ile sposób dokonywania czynności notarialnej przez notariusza nie powinien różnić się w jakimkolwiek materialnym zakresie od sposobu dokonywania takiej czynności przez konsula, o tyle sposób realizacji tego obowiązku w zakresie czysto technicznym może się istotnie różnić. Nieprzypadkowo prawo konsularne w art. 29 mówi o „odpowiednim” stosowaniu, a nie o stosowaniu wprost przepisów ustawy – Prawo o notariacie<sup>32</sup>. Przede

<sup>29</sup> W przypadku, gdy nabywcą jest spółka zarejestrowana za granicą, takie oświadczenia są zbyteczne, spółka ta bowiem jest bez wątpienia cudzoziemcem w rozumieniu prawa polskiego. Wówczas konsul sporządza kopię takiej umowy na potrzeby MSWiA, zgodnie z art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (zastosowanie w takim przypadku art. 99 § 4 prawa o notariacie nie wchodzi w rachubę, przepis ten odnosi się bowiem jedynie do nabycia akcji lub udziałów przez spółkę zarejestrowaną w Polsce).

<sup>30</sup> Choć art. 99 § 4 prawa o notariacie nie wspomina o konieczności sporządzania i wysyłania kopii do MSWiA, a mówi jedynie o sporządzaniu kopii, jest oczywiste, że wymóg ten nie może być interpretowany jako sporządzanie kopii bez celu (tym bardziej że przechowywanie takich kopii bez legitymacji ustawowej naruszałoby reguły dotyczące przechowywania danych osobowych). Tym samym powinien być interpretowany w związku z przepisem art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców.

<sup>31</sup> W zasadzie można wyobrazić sobie przesyłanie przez konsula wypisów aktów notarialnych, natomiast niemożliwe jest występowanie sytuacji, w których konsula dotykałby obowiązek przesyłania do MSWiA wypisów aktów poświadczenia dziedziczenia czy odpisów europejskich poświadczeń spadkowych. Konsul, zgodnie z art. 30 prawa konsularnego, nie sporządza bowiem ani aktu poświadczenia dziedziczenia, ani europejskiego poświadczenia spadkowego. Jeżeli chodzi o wypisy aktów notarialnych, to realizacją tego obowiązku *de facto* w zastępstwie konsula może być obarczone Ministerstwo Sprawiedliwości, do którego przesyłany jest oryginał aktu podpisany przez strony i konsula.

<sup>32</sup> Zob. M. Kaleta, *Pełnomocnictwo do przeniesienia własności nieruchomości sporządzone w formie pisemnej z poświadczeniem podpisu dokonany przez konsula RP w praktyce polskiego notariatu*, „Rejent” 2015, nr 7, s. 38 i nast.

wszystkim istotne wydaje się wskazanie odrębności ścieżki komunikacyjnej przyjętej w obrocie dyplomatycznym i konsularnym. Warto zauważyć, że nie ze wszystkich krajów świata możliwe będzie bezpośrednie przesyłanie korespondencji z konsulatu bezpośrednio do MSWiA jako odbiorcy krajowego. W przypadku szeregu państw świata jedyną drogą bezpiecznego transportu korespondencji będzie wykorzystanie mechanizmów poczty kapitańskiej lub dyplomatycznej. W praktyce oznacza to zbiorcze, okresowe przesyłanie korespondencji. Tym samym konsulów nie może obowiązywać siedmiodniowy termin na przesłanie dokumentacji do MSWiA, wynikający z art. 8a ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Natomiast bez wątpienia MSZ powinno zapewnić niezwłoczne dostarczenie przesłanych mu pocztą dyplomatyczną, a sporządzonych przez konsula kopii i dokumentów do MSWiA.

Jest przy tym kwestią oczywistą, że konsulowie nie podlegają przepisom o odpowiedzialności dyscyplinarnej przewidzianym dla notariuszy. Przeniesienie normatywne materii prawa o notariacie na konsula dotyczy wyłącznie czynności notarialnych, a nie kwestii instytucjonalnych, odszkodowawczych czy dyscyplinarnych. Analogia taka nie byłaby możliwa, biorąc pod uwagę całkowicie odmienny status publicznoprawny notariusza jako swoistej hybrydy instytucjonalnej przedsiębiorcy i osoby zaufania publicznego oraz konsula będącego zawodowym urzędnikiem państwowym (przy, co ciekawe, w zasadzie identycznym w tym przypadku zakresie przedmiotowym czynności notarialnych wykonywanych w imieniu państwa polskiego).

Podsumowując należy stwierdzić, iż nie istnieją podstawy normatywne pozwalające uznawać, iż konsulowie wyłączeni są spod obowiązków notyfikacyjnych wobec MSWiA kreowanych stosowaną od 1 stycznia 2017 r. nowelizacją ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Choć w praktyce, ze względu na ustalenia międzyresortowe, konsulowie obowiązków informacyjnych nie wykonują, należy podkreślić zarówno możliwości prawne, jak i przydatność faktyczną wykonywania tego obowiązku ustawowego. Odniesienia prawa o notariacie do czynności notarialnych konsula należy traktować jako konieczność bezpośredniego stosowania przepisów ustawy notarialnej do aktywności konsularnej w warstwie odnoszącej się do kształtu czynności. Natomiast obowiązki formalne związane z realizacją notyfikacji wobec MSWiA powinny zdecydowanie odzwierciedlać specyfikę urzędu konsularnego. Ich faktyczna realizacja może tym samym różnić się w zależności od tego, z terytorium jakiego państwa przyjmującego miałyby być wykonywane.

## Literatura

- Czubik P., *Analiza wybranych zmian ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców na kanwie projektu rządowego z dnia 24 sierpnia 2016 r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 4.
- Czubik P., *Konsekwencje nowelizacji ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców dla praktyki notyfikacyjnej polskiego notariusza*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 1.
- Kaleta M., *Pełnomocnictwo do przeniesienia własności nieruchomości sporządzone w formie pisemnej z poświadczeniem podpisu dokonany przez konsula RP w praktyce polskiego notariatu*, „Rejent” 2015, nr 7.
- Lloyd Jones Ch., *The Consular Service of the United States. Its History and Activities*, Philadelphia 1906.
- Xilotl Ramirez R., *Ensayos Jurídico-Consulares (La cláusula danesa y su aplicación en México)*, México 1987.

## Summary

### ***Information duties resulting of the new law on the acquisition of real estate by foreigners and notarial activities of Polish consuls***

**Key words:** foreigners, acquisition of real estate, acts of consuls.

On January 1, 2017, a law amending the law on the acquisition of real estate by foreigners and other statutes entered into force. The scope of the envisaged changes concerns the extension of information obligations towards the Ministry of Interior and Administration, which was the new solutions provider. The law has extended the circle of entities obliged to make appropriate notifications as well as the scope of legal acts subject to the notification obligation. The subject of the article is the scope of obligations introduced by the amendment, as regards the notarial turnover.

**Mateusz Stramski**

doktorant

Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego

## Międzynarodowe organizacje sportowe a prawo sportowe

Międzynarodowe organizacje sportowe kreują współczesną sportową rzeczywistość na poziomie organizacyjno-prawnym<sup>1</sup>. Aktualnie zawody sportowe rangi światowej nie odbywają się bowiem bez zgody międzynarodowych federacji sportowych<sup>2</sup>. Idea, która przyswiecała powstaniu tego typu organizacji, było propagowanie sportu i zachowanie porządku zarówno w prawodawstwie krajowym, jak i międzynarodowym<sup>3</sup>. Wspomniany porządek prawny budzi jednakże kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny i praktyków prawa sportowego. Ta sytuacja spowodowana jest tym, że sport stał się potężną machiną marketingową, opierającą się przede wszystkim na widowiskowości i ogromnych pieniądzech. Nie brakuje w nim sytuacji patologicznych, takich jak np. korupcja<sup>4</sup> czy doping<sup>5</sup>, co nie oznacza, że nie występują postawy zgodne z zasadą *fair play*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> H. Radke, *Prawo międzynarodowe organizacji sportowych a prawo krajowe*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeńcki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycje transformacje wyzwania*, Toruń 2009, s. 339–340.

<sup>2</sup> Ibidem, s. 339–340.

<sup>3</sup> A. Wach, *Odpowiedzialność osób naruszających reguły sportowe lub prawne w związku z UEFA EURO 2012*, Warszawa 2012, s. 60–63.

<sup>4</sup> Przepisy dotyczące korupcji w sporcie zostały umiejscowione m.in. w rozdziale dziesiątym pt. „Przepisy karne” ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. nr 127, poz. 857). Wcześniej były umiejscowione w art. 296b kodeksu karnego. Zob. A.J. Szwarc, *Odpowiedzialność karna za praktyki korupcyjne w sporcie*, [w:] idem (red.), *Korupcja w sporcie*, Poznań 2008, s. 179–193.

<sup>5</sup> Problematyka dopingowania jest uregulowana w aktach prawnych rangi międzynarodowej i krajowej. Najważniejsze z nich to Światowy Kodeks Antydopingowy czy Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu dopingowania w sporcie z dnia 19 października 2014 r. Natomiast w polskim porządku prawnym obowiązuje ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingowania w sporcie (Dz.U. poz. 1051). Wraz z jej wejściem w życie działalność rozpoczęła Polska Agencja Antydopingowa. Tekst Światowego Kodeksu Antydopingowego zob. [online] <[www.antydoping.pl/](http://www.antydoping.pl/)> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>6</sup> P. Godlewski, *Globalny i lokalny wymiar współczesnego sportu. Sport i reakcja a wyzwania współczesnej cywilizacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2011, nr 689, s. 11.

Pomimo że w literaturze naukowej można odnaleźć opracowania poświęcone międzynarodowym organizacjom sportowym, problematyka ta wymaga dalszej analizy, zwłaszcza w kwestii charakteru norm przez nie stanowionych i ich relacji z podmiotami prawa międzynarodowego publicznego.

Pierwsze międzynarodowe organizacje sportowe ukonstytuowały się w XIX wieku. Były to kolejno: Międzynarodowa Unia Regat Jachtowych (1875), Międzynarodowy Klub Konkursów Hippyckich (1878) i Międzynarodowa Federacja Gimnastyki (1881)<sup>7</sup>. Tego typu podmioty mają charakter zbliżony do międzynarodowych organizacji pozarządowych (ang. *International Non-Governmental Organizations* – NGOs), ale w odróżnieniu od nich funkcjonują na podstawie statutów lub konstytucji, a nie umowy<sup>8</sup>. Ich działacze mogą wywodzić się z różnych państw czy nawet kontynentów, muszą jednak podzielać wspólne cele i wartości.

Międzynarodowe federacje sportowe zrzeszają osoby prawne, fizyczne i instytucje (głównie krajowe federacje sportowe), natomiast ich członkami nie są państwa<sup>9</sup>. Ponadto funkcjonują zazwyczaj w formie prawnej stowarzyszenia, podlegając jurysdykcji kraju, w którym dokonano ich rejestracji. Najczęściej siedzibą międzynarodowych federacji sportowych, ze względu na sprzyjający system prawa podatkowego, jest Szwajcaria<sup>10</sup>.

Wszystkie międzynarodowe federacje sportowe zachowują podobną formę organizacyjną. Na przykład statut Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej (fr. *Fédération Internationale de Football Association* – FIFA) wśród swoich organów wymienia Prezydenta, Kongres oraz Sekretarza Generalnego<sup>11</sup>, z kolei Karta Olimpijska, będąca najważniejszym dokumentem Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego (ang. *International Olympic Committee* – OC) – Komitet Wykonawczy, Sesje i Prezydenta<sup>12</sup>. W niniejszym artykule analizie zostanie poddany statut Międzynarodowej Federacji Koszykówki (fr. *Fédération Internationale de Basketball* – FIBA)<sup>13</sup>.

Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 1.1 i nast. Statutów Generalnych FIBA<sup>14</sup>, obowiązujących w okresie od 2014 do 2019 r., FIBA jest jedynym organem właściwym do zarządzania koszykówką na świecie. To jedyna organizacja

<sup>7</sup> E.J. Osmańczyk, *Encyklopedia ONZ i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1982, s. 490.

<sup>8</sup> B. Kuźniak, M. Marcinko, *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2008, s. 5.

<sup>9</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2011, s. 284.

<sup>10</sup> A. Wach, op. cit., s. 63.

<sup>11</sup> Zob. [online] <<http://fr.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-statutes.html>> (dostęp: 22.02.2017).

<sup>12</sup> Zob. [online] <[www.olimpijski.pl/files/Download/1\\_ok\\_pl\\_olympic\\_charter\\_en-september-2013.pdf](http://www.olimpijski.pl/files/Download/1_ok_pl_olympic_charter_en-september-2013.pdf)> (dostęp: 22.02.2017).

<sup>13</sup> Zob. [online] <[www.fiba.com/](http://www.fiba.com/)> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>14</sup> Zob. [online] <[www.fiba.com/documents/2015/FIBAGeneralStatutes\\_ApprovedbyExtraordinaryCongress16March2014\\_English.pdf](http://www.fiba.com/documents/2015/FIBAGeneralStatutes_ApprovedbyExtraordinaryCongress16March2014_English.pdf)> (dostęp: 10.03.2017).



właściwa dla koszykówki profesjonalnej uznana przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski. Wynika to z przyjętej zasady ogólnej, że jedna federacja międzynarodowa kieruje jedną dyscypliną sportu. Wszystkie organy, federacje członkowskie, a także urzędnicy FIBA są zobowiązani do przestrzegania postanowień Statutów. W kontekście międzynarodowych federacji sportowych kontrowersyjny jest przepis art. 3 ust. 3.1, który stanowi, iż FIBA należy kwalifikować jako organizację *non-profit*, czyli niedążącą do uzyskiwania zysków. Tymczasem wszystkie organizacje sportowe, niezależnie w jakiej dyscyplinie działają, uzyskują ogromne przychody ze swojej działalności. Środki te przeznaczone są także na poszczególne federacje członkowskie wchodzące w skład FIBA. W myśl art. 4 ust. 4.1 i nast. organizacja ta m.in. zarządza koszykówką na całym świecie, wspiera federacje członkowskie, poszukuje sponsorów, uchwała regulaminy, statuty i inne regulacje prawne. Szczególnie ta ostatnia funkcja wskazuje na wiodącą rolę międzynarodowych organizacji sportowych w tworzeniu prawa sportowego. FIBA zrzesza wyłącznie krajowe związki sportowe (art. 6 Statutów), zaś federacje krajowe muszą bezwzględnie przestrzegać wszystkich przepisów tworzonych przez FIBA i dostosowywać do nich postanowienia wewnętrzne.

Członkowie Międzynarodowej Federacji Koszykówki uczestniczą w rozgrywkach organizowanych przez FIBA, biorą udział i mają prawo głosu w Kongresie FIBA, zgłaszają kandydatów na prezesa i skarbnika organizacji oraz kandydatów do poszczególnych komisji (art. 8 ust. 8.1). Jednakże tego typu wybory w organizacjach sportowych mają zazwyczaj charakter ustaleń politycznych wewnątrz federacji. Na członków FIBA nałożono szereg obowiązków określonych w art. 9 ust. 9.1 i nast., m.in. kontrole federacji członkowskich nad związkami krajowymi, przestrzeganie prawa stanowionego przez FIBA, podleganie sądownictwu arbitrażowemu w przypadku zaistniałych sporów czy prowadzenie transparentnej działalności finansowej. Nieprzestrzeganie nałożonych obowiązków może skutkować zawieszeniem bądź wydaleniem. Międzynarodowe organizacje sportowe często wykraczają w swoich kompetencjach poza wyżej wskazane obowiązki, co zostanie opisane w dalszej części artykułu.

Władzę w FIBA sprawują zgodnie z art. 13 Statutów: Kongres, Zarząd, Prezydent, Sekretarz i odpowiednie komisje. Istotna zasada odnosząca się do wyborów Prezydenta FIBA została przyjęta w art. 14.2.1. Zgodnie z nią, każdy wybierany co cztery lata Prezydent FIBA pochodzi z innej strefy kontynentalnej. To rozwiązanie uniemożliwia wieloletnie zarządzanie organizacją przez jedną osobę.

Zgodnie z art. 34.1, FIBA jest jedynym dysponentem praw telewizyjnych, marketingowych, licencji i innych praw związanych z koszykówką. Każda organizacja może w zasadzie dowolnie rozporządzać takimi prawami. Jednakże uprawnienia wynikające z powyższego przepisu mogą prowadzić

do ingerencji w prawo powszechnie obowiązujące państw, które są np. zainteresowane prawami do transmisji telewizyjnych z wydarzeń sportowych, w których uczestniczą zawodnicy, reprezentacje czy kluby pochodzące z danego kraju.

Kompetencje każdej międzynarodowej federacji sportowej w kreowaniu sportu profesjonalnego są szerokie i mogłyby być przedmiotem odrębnych opracowań. Analiza Statutów FIBA pozwala stwierdzić, iż organizacje tego typu wyposażone są w osobowość prawną, która pozwala im m.in. zarządzać kompleksowo sportem profesjonalnym w danej dyscyplinie sportu. Ustalają też reguły współzawodnictwa sportowego, zajmują się organizacją imprez sportowych o randze międzynarodowej. Mogą inicjować różnego rodzaju postępowania dyscyplinarne i zarazem wykluczać poszczególnych członków ze swoich struktur. Ustalają różnego rodzaju regulaminy *fair play*, kodeksy etyki, które składają się na zasady właściwego postępowania.

Międzynarodowe federacje sportowe znajdują się na pierwszym miejscu w hierarchii podmiotów kreujących sport zawodowy. To właśnie one bezpośrednio zajmują się imprezami typu Mistrzostwa Świata czy Europy, a także rozgrywkami klubowymi na szczeblu międzynarodowym, organizują np. Ligę Mistrzów UEFA<sup>15</sup>. Kolejne miejsca zajmują: krajowe związki sportowe, profesjonalne ligi sportowe, a także zawodnicy i organizatorzy<sup>16</sup>. Sportowe federacje narodowe pod nadzorem organizacji międzynarodowych ustalają zasady przeprowadzania rozgrywek ligowych w oparciu o odpowiednie akty prawne na szczeblu krajowym. Zgodnie z art. 15 ust 1 i nast. ustawy o sporcie, polski związek sportowy może utworzyć ligę zawodową. Przesłanką do jej utworzenia jest sytuacja, gdy ponad połowa klubów prowadzi działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej. Organem zarządzającym ligą zawodową<sup>17</sup> jest osoba prawna działająca w formie spółki z o.o. bądź spółki akcyjnej<sup>18</sup>. Funkcjonowanie klubów sportowych w formie spółki akcyjnej wiąże się m.in. z potrzebą zgromadzenia znacznego kapitału na prowadzenie działalności gospodarczej<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Zob. [online] <[www.uefa.com/uefachampionsleague/#/pg/](http://www.uefa.com/uefachampionsleague/#/pg/)> (dostęp:13.08.2017).

<sup>16</sup> A. Sznajder, *Charakterystyka rynku sportu profesjonalnego*, „Gospodarka Narodowa” 2007, nr 10, s. 49–50.

<sup>17</sup> Jednym z przykładów ligi zawodowej funkcjonującej w Polsce jest Ekstraliga Żużlowa Sp. z o.o., więcej zob. [online] <<https://speedwayekstraliga.pl/>> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>18</sup> Na mocy poprzedniego ustawodawstwa polskiego (tj. ustawy o kulturze fizycznej i ustawy o sporcie kwalifikowanym) istniała tzw. Sportowa Spółka Akcyjna. Była to spółka o charakterze wyspecjalizowanym, której głównym celem gospodarczym była działalność w zakresie sportu zawodowego. Zob. W. Cajselski, *Sportowa spółka akcyjna – szczególny rodzaj spółki kapitałowej*, „Sport Wyczynowy” 2001, nr 7-8. Obecnie działalność takich spółek oparta jest na powszechnych przepisach prawnych umieszczonych w ustawie z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 94, poz. 1037).

<sup>19</sup> B. Błażejczak, *Formy prowadzenia działalności gospodarczej a sport zawodowy*, [w:] A. Ki-

Mimo że w polskim systemie prawa nie funkcjonują obecnie wyspecjalizowane typy spółek dla podmiotów działających w sporcie, tego typu uregulowania obowiązują w innych państwach. Na przykład w Hiszpanii istnieją tzw. *sociudades anonimas deportivas* – spółki utworzone wyłącznie do prowadzenia działalności gospodarczej przez kluby sportowe<sup>20</sup>. Należy jednak podkreślić, iż instytucja ligi zawodowej nie jest jedyną przewidzianą w polskiej ustawie formą prowadzenia zawodowego współzawodnictwa w sporcie. W przypadku, gdy mniej niż połowa klubów jest prowadzona w formie spółki akcyjnej (drużyny mogą działać w formie stowarzyszeń kultury fizycznej czy Akademickich Związków Sportowych<sup>21</sup>), rozgrywki nie są klasyczną ligą zawodową w myśl ustawy. Jednak nie można im zarzucić braku pełnego profesjonalizmu. Występują w nich zawodowi sportowcy, a w wielu przypadkach też zawodnicy zagraniczni<sup>22</sup>.

Międzynarodowe federacje sportowe zajmują pierwsze miejsce w strukturze podmiotów zarządzających sportem. W ich skład wchodzi krajowe związki sportowe<sup>23</sup>, te natomiast zrzeszają związki okręgowe<sup>24</sup>. To właśnie te organizacje zajmują się działalnością sportu profesjonalnego na poziomie krajowym, natomiast sposób ich funkcjonowania określają w wielu przypadkach regulacje wyspecjalizowane, należące do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Jednak zakres i sposób współzawodnictwa przebiega według ścisłych reguł stanowionych przez międzynarodowe organizacje sportowe, bez względu na stopień ingerencji prawa krajowego<sup>25</sup>.

Jak już wspomniano, działalność międzynarodowych organizacji sportowych jest przedmiotem zainteresowania dyscypliny naukowej zwanej prawem sportowym. Jednakże, aby bliżej scharakteryzować mechanizm norm stanowionych przez międzynarodowe federacje sportowe, należy najpierw przeanalizować prawo sportowe pod kątem całej problematyki, której dotyczy. W literaturze naukowej istnieje kilka definicji prawa sportowego. Najprostsza z nich zakłada, iż prawo sportowe to po prostu normy prawne, które dotyczą sportu<sup>26</sup>. Szerszej charakterystyki tego pojęcia dostarcza podział na

jowski (red.), *Problemy prawne sportu zawodowego*, Poznań 1995, s. 23.

<sup>20</sup> M. Supera-Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, Warszawa 2013, s. 85.

<sup>21</sup> Zob. [online] <<http://azs.pl/>> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>22</sup> Jednym z przykładów ligi, która nie ma statusu zawodowej, jest Basket Liga Kobiet, chociaż w tych koszykarskich rozgrywkach uczestniczą zawodniczki o uznanej renomie, występujące w najlepszych ligach na świecie. Zob. [online] <<http://basketligakobiet.pl/>> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>23</sup> Np. Polski Związek Piłki Siatkowej, [online] <[www.pzps.pl/pl/](http://www.pzps.pl/pl/)> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>24</sup> Np. Pomorski Okręgowy Związek Koszykówki, zob. [online] <[www.pozkosz.com/](http://www.pozkosz.com/)> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>25</sup> B. Kołaczkowski, B.S. Diallo, *Kształtowanie się regulacji prawnej zrzeszeń sportowych. Wybrane aspekty krajowe i prawnomiędzynarodowe*, Poznań 2016, s. 204–211.

<sup>26</sup> A.J. Szwarc, *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977, s. 96.

prawo sportowe *sensu largo* i *sensu stricto*<sup>27</sup>. Według pierwszego kryterium są to normy wywodzące się z różnych gałęzi prawa. Prawo sportowe *sensu largo* dotyczy m.in. prawa administracyjnego (np. ustawowa ingerencja państwa w sport<sup>28</sup>), prawa i postępowania karnego (np. korupcja czy doping w sporcie), prawa cywilnego (np. profesjonalne kontrakty sportowe<sup>29</sup>) czy prawa międzynarodowego (np. międzynarodowe konwencje sportowe). Natomiast prawo sportowe *sensu stricto* stanowią głównie przepisy tworzone przez międzynarodowe organizacje sportowe<sup>30</sup>.

Przytoczony wyżej podział można niewątpliwie zestawić z problematyką charakteru prawnego uchwał organizacji międzynarodowych. Uchwały te dzielą się na tzw. *pro foro externo* – kształtujące postępowanie państwa poza organizacją międzynarodową oraz *pro foro interno* – odnoszące się bezpośrednio do działalności wewnętrznej organizacji<sup>31</sup>. Podobny charakter mają normy międzynarodowych organizacji sportowych.

Mimo że źródła prawa sportowego mają charakter multicentryczny<sup>32</sup>, to najważniejszą jego część stanowią regulacje tworzone przez federacje międzynarodowe. Najistotniejsza jest władza wewnątrz organizacji, natomiast akty prawa krajowego na poziomie ustawowym są wyłącznie uzupełnieniem sportowego porządku prawnego. Stosunki pomiędzy podmiotami biorącymi udział w rozgrywkach ligowych bądź zawodach czy turniejach regulowane są najczęściej w formie umów cywilnoprawnych.

Znacząca z punktu widzenia naukowego wydaje się synteza prawa sportowego zaprezentowana przez przedstawiciela niemieckiej doktryny prawa sportowego Klausa Vievega: „Pierwszą – i podstawową – cechą prawa sportowego jest system samoregulacji. Międzynarodowe i krajowe związki sportowe roszczą sobie prawo do tego, by regulować swój sport, stosować tak ustanowione reguły i ewentualnie je egzekwować”<sup>33</sup>. Obecnie jednak trudno określić dokładne ramy dyscypliny naukowej o nazwie prawo sportowe.

---

<sup>27</sup> L. Jaczynowski, M. Stopczyński, J. Żyśko, *Wypis z podstawowych aktów prawnych dotyczących kultury fizycznej*, Warszawa 2007, s. 9.

<sup>28</sup> Przykładem takich aktów prawnych są typowe regulacje administracyjno-prawne np. Rozporządzenie Ministra Sportu i Turystyki z dnia 17 sierpnia 2016 r. w sprawie wyróżnień i nagród pieniężnych za wybitne osiągnięcia sportowe (Dz. U. poz. 1308).

<sup>29</sup> Kontrakty sportowe mają charakter stosunku cywilnoprawnego pomiędzy zawodnikiem a klubem. Określają najważniejsze uprawnienia, obowiązki sportowca, a także nakaz i zakaz określonego zachowania się zarówno klubu, jak i zawodnika. Wzór umowy dotyczącej przynależności klubowej żużlowca zob. [online] <[https://speedwayekstraliga.pl/wp-content/uploads/2014/03/umowa\\_mz\\_nprof.pdf](https://speedwayekstraliga.pl/wp-content/uploads/2014/03/umowa_mz_nprof.pdf)> (dostęp: 13.08.2017).

<sup>30</sup> L. Jaczynowski, M. Stopczyński, J. Żyśko, op. cit., s. 9.

<sup>31</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 311.

<sup>32</sup> Zob. B. Armknecht, *Reforma prawa sportowego w Polsce – komentarz krytyczny*, „Studia Europejskie” 2010, nr 1–4, s. 380–381.

<sup>33</sup> Zob. [online] <[www.irut.de/Forschung/Veroeffentlichungen/OnlineVersionFaszinationSportrecht/FaszinationSportrechtPolnisch.pdf](http://www.irut.de/Forschung/Veroeffentlichungen/OnlineVersionFaszinationSportrecht/FaszinationSportrechtPolnisch.pdf)> (dostęp: 24.02.2017).

Powszechna komercjalizacja i globalizacja doprowadziły do tego, że sport podlega nieustannym zmianom i pojawiają się nowe problemy prawne z nim związane<sup>34</sup>.

Najważniejszą cechą prawa sportowego, którą przywołuje się w literaturze naukowej, jest jego autonomia. Zdaniem przedstawicieli doktryny oznacza to, że wszystkie zagadnienia prawne powinny być przede wszystkim rozpatrywane poprzez pryzmat przepisów bezpośrednio związanych ze sportem<sup>35</sup>. Zdaniem wielu badaczy wpływ na tak rozumianą autonomię prawa sportowego ma ukonstytuowanie się w ostatnich latach globalnego systemu zwanego *lex sportiva*<sup>36</sup>. System ten charakteryzuje się przede wszystkim normami zawartymi w odrębnych aktach normatywnych, jest niezależny od prawa krajowego oraz posiada odrębne sądownictwo arbitrażowe<sup>37</sup>. Można go przyrównać do tzw. systemu-typ, który Zygmunt Ziemiński i Sławomira Wronkowska określają jako „zbiór norm uporządkowanych według przemysłanych jedynie relacji zachodzących między elementami zbioru (system-typ). Przykładem takiego systemu-typu może być system prawa powstający wyłącznie poprzez precedensy prawotwórcze”<sup>38</sup>. Oczywiście nie można utożsamiać systemu prawa sportowego z prawem precedensowym, ale relacje występujące pomiędzy różnymi gałęziami prawa wydają się być przemysłane, mimo że często dochodzi pomiędzy nimi do konfliktu prawnego.

Na gruncie powyższych rozważań można zauważyć, że dyscyplina nazywana prawem sportowym ma charakter multidyscyplinarny, w którym można zaobserwować wzajemne przenikanie się regulacji o charakterze publiczno- i prywatnoprawnym. Niemniej jednak stopień ingerencji państwa w przepisy dotyczące sportu jest różny w zależności od kraju. Eligiusz Jerzy Krześniak wskazuje, że: „sport potrzebuje albo specyficznych, dedykowanych tylko dla tej dziedziny regulacji prawnych, albo pogłębionej analizy w doktrynie prawniczej, pomagającej rozstrzygać sporne lub wątpliwe kwestie na podstawie ogólnych przepisów prawa, z uwzględnieniem jednak specyfiki sportu”<sup>39</sup>. Istnieją kraje, gdzie „specyfika sportu” nie jest wspierana regulacjami specjalistycznymi, jak to ma miejsce w przypadku Niemiec. W takiej sytuacji przepisy tworzone przez federacje sportowe są wspierane przepisami powszechnie obowiązującymi, niezwiązanymi z przedmiotem działalności tych organizacji. W innych krajach, np. w Polsce, funkcjonują regulacje spe-

<sup>34</sup> S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013, s. 23.

<sup>35</sup> A.J. Szwarc, op. cit., s. 131.

<sup>36</sup> P. Lebek, *Autonomia organizacji sportowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2011, nr 9, s. 156–157.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 156–157.

<sup>38</sup> S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 180.

<sup>39</sup> E.J. Krześniak, *Prawne mechanizmy zabezpieczenia zasady autonomii sportu, na przykładzie struktury i sposobu funkcjonowania Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 2, s. 13.

cialistyczne stworzone po to, aby uregulować pewien obszar związany ze sportem<sup>40</sup>.

Przywoływanie argumentu autonomii prawa sportowego czy autonomii międzynarodowych organizacji sportowych w sytuacji konfliktu z innymi gałęziami prawa wydaje się niewystarczające. W obszarze sportu wciąż bowiem odnotowujemy zmiany niemal w każdym aspekcie. Modyfikacjom ulegają nie tylko przepisy stanowione przez federacje sportowe, ale również rozwija się technologia (np. stosowanie powtórek wideo w meczach piłkarskich<sup>41</sup>). Zmienia się także cały model zarządzania sportem, co spowodowane jest przede wszystkim generowaniem gigantycznych środków finansowych przez podmioty działające w sporcie profesjonalnym. Jednocześnie nie brakuje sytuacji patologicznych, takich jak korupcja, doping, nieetyczne praktyki w biznesie zwane *ambush marketing*<sup>42</sup> czy przestępczość gospodarcza.

Niejednorodna systematyka prawa sportowego ma na celu skłanianie podmiotów działających w sporcie międzynarodowym do współpracy i poszanowania, natomiast w sytuacji konfliktu – do zawierania kompromisu. Niewątpliwie międzynarodowe federacje sportowe dalej pozostają głównym organizatorem całego życia sportowego, co umożliwia im ukonstytuowanie się systemu prywatnoprawnego, opartego na wspomnianym wcześniej *lex sportiva*, czyli prawa będącego poza jurysdykcją państw<sup>43</sup>. Jednak nie należy zapominać, iż wskutek dynamicznego rozwoju sportu coraz większą rolę odgrywają przepisy niezwiązane bezpośrednio z działalnością tych podmiotów. W tym miejscu wymienić można chociażby ustawy specjalistyczne (np. ustawa o sporcie) czy ustawy porządkujące organizację widowiska sportowego (np. ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych<sup>44</sup>). Dlatego też istotne jest wypracowanie pewnej płaszczyzny współdziałania systemu prawa sportowego z krajowymi systemami prawnymi. Korporacyjna część prawa sportowego nie powinna opierać się wyłącznie na autonomii jednego podmiotu.

W profesjonalnym współzawodnictwie sportowym obowiązują też akty prawne o randze konwencji międzynarodowych. Wśród najważniejszych możemy wyróżnić m.in. Europejską Konwencję w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Zob. [online] <[www.przegladsportowy.pl/pilka-nozna,kms-historyczny-karny-pierwszy-udany-test-powtorek-wideo,artykul,743475,1,279.html](http://www.przegladsportowy.pl/pilka-nozna,kms-historyczny-karny-pierwszy-udany-test-powtorek-wideo,artykul,743475,1,279.html)> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>42</sup> Zob. M. Tomanek, S. Raniszewski (red.), *Problemy kultury fizyczne – Aspekty ekonomiczne, prawne, pedagogiczne*, Bydgoszcz 2015, s. 60–70.

<sup>43</sup> H. Radke, *Lex Sportiva*, [w:] M. Leciak (red.), *Leksykon prawa sportowego 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2017, s. 74–77.

<sup>44</sup> Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2010 r., nr 127, poz. 857).

z 1985 r.<sup>45</sup> czy wspominaną wcześniej Międzynarodową Konwencję o zwalczaniu dopingu w sporcie z 2005 r. Ważnym aktem prawnym jest Konwencja Rady Europy w sprawie zwalczania manipulacji zawodami sportowymi<sup>46</sup>. Istotne piętno na sporcie profesjonalnym odcisnęło również prawodawstwo europejskie. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie przyczyniał się do zmiany sytuacji prawnej sportowców profesjonalnych na ich korzyść. Do najbardziej znanych rozstrzygnięć Trybunału z zakresu sportu należą wyroki w sprawach m.in. Bosmana, Simutenkova czy Meca-Medina<sup>47</sup>.

Konieczność integracji społeczności międzynarodowej dodatkowo motywuje fakt, iż międzynarodowe organizacje sportowe nie są podmiotami prawa międzynarodowego publicznego<sup>48</sup>. Jak już wcześniej wspomniano, są one organizacjami pozarządowymi i podlegają prawu siedziby danej organizacji. Zrzeszają również jedną organizację członkowską w każdej dyscyplinie sportu<sup>49</sup> (np. Polski Związek Koszykówki<sup>50</sup> zrzeszony jest w opisanej wcześniej organizacji FIBA), podlegają również sądownictwu arbitrażowemu. Funkcje sądu właściwego do spraw związanych ze sportem profesjonalnym pełni Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu w Lozannie<sup>51</sup>. Zdaniem przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego publicznego, międzynarodowe organizacje pozarządowe aspirują do miana podmiotów równouprawnionych w stosunkach międzynarodowych<sup>52</sup>. Ten pogląd wydaje się jednak dość kontrowersyjny, ponieważ nie działają one w oparciu o umowy międzynarodowe, lecz głównie o statuty wewnątrz obowiązujące<sup>53</sup>. Jednak wydaje się, że to właśnie międzynarodowe federacje sportowe w szczególności dążą do zmiany obecnego statusu organizacji pozarządowych. Podmioty te bowiem prężnie wkraczają na scenę zarezerwowaną dla społeczności funkcjonującej w klasycznym układzie prawnomiędzynarodowym.

<sup>45</sup> Konwencja z dnia 19 sierpnia 1985 r. w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej z 1985 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 129, poz. 625).

<sup>46</sup> Zob. [online] <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/PL/1-2015-84-PL-F1-1-ANNEX-1.PDF>> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>47</sup> Zob. B. Rischka-Słowik, *Konstytucja sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 258–425. Sprawa Bosmana otworzyła piłkarzom możliwość swobodnej zmiany przynależności klubowej po wygaśnięciu kontraktu z poprzednim klubem sportowym. Sprawa Simutenkova dotyczyła ograniczenia praw sportowców będących obywatelami państw nienależących do Unii Europejskiej. Natomiast Meca-Medina wykazała niezgodność regulacji federacji sportowych z unijnym prawem konkurencji.

<sup>48</sup> E.J. Krześniak, *Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim*, Warszawa 2016, s. 85–86.

<sup>49</sup> Ibidem, s. 85–90.

<sup>50</sup> Zob. [online] <<http://pzkosz.pl/>> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>51</sup> Zob. P. Cioch, *Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu w Lozannie*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 4, s. 71–90.

<sup>52</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2004, s. 60.

<sup>53</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, op. cit., s. 305.

Mimo że międzynarodowe federacje sportowe nie posiadają podmiotowości charakterystycznej dla prawa międzynarodowego publicznego, w literaturze wskazuje się, że działają również w oparciu o tradycyjne zasady prawa międzynarodowego publicznego, tzw. *ius commune*<sup>54</sup>. „Ogólne zasady prawa międzynarodowe to zasady przenikające cały system prawa międzynarodowego; mogą one być z niego niejako wydedukowane. Mają swe źródło zawsze w umowach międzynarodowych i zwyczajach międzynarodowych, a niezależnie od tego praźródłem niektórych z nich są ogólne zasady prawa”<sup>55</sup>. W takiej sytuacji można potwierdzić transnarodowy charakter norm stanowionych przez międzynarodowe organizacje sportowe<sup>56</sup>. Mianem transnarodowości określa się wszelkie normy prawne wywołujące skutek w przestrzeni międzynarodowej<sup>57</sup>. Przytoczona definicja odnosi się do charakteru złożoności stosunków prawnych zachodzących w sporcie profesjonalnym, ale ich nie precyzuje.

Akty prawne stanowione przez międzynarodowe organizacje sportowe nie są źródłami prawa polskiego powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 ust. 1 i 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>58</sup>. Polska, decydując się na uchwalenie ustawy o sporcie, stworzyła instrument prawny mogący naruszyć autonomię międzynarodowych organizacji sportowych. Konstytucja RP<sup>59</sup> szanuje autonomię zarówno samego sportu, jak i stowarzyszeń. Daje temu wyraz odpowiednio w art. 12 i art. 68 ust. 5. Nie oznacza to jednak, że normy stanowione przez federacje sportowe mogą naruszać system źródeł prawa na terenie naszego kraju. Według art. 16 ust. 1 ustawy o sporcie: „Nadzór nad działalnością polskich związków sportowych sprawuje minister właściwy do spraw kultury fizycznej”. Zgodnie z tym przepisem, interwencje międzynarodowych organizacji sportowych w wewnętrzne decyzje wydają się nieuprawnione. Naruszany jest wówczas konstytucyjny katalog źródeł prawa. Przykładem ingerowania w kompetencje ministra właściwego do spraw sportu były groźby zawieszenia Polskiego Związku Piłki Nożnej<sup>60</sup> po wprowadzeniu kuratora do tego związku. Wskutek nacisków Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej i Unii Europejskiej Związków Pił-

<sup>54</sup> T. Widlak, *Wybrane uwagi na temat charakteru i statusu „lex sportiva” w przestrzeni prawnomiędzynarodowej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015, vol. 77, nr 4, s. 83.

<sup>55</sup> M. Kruk (red.), *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997, s. 20.

<sup>56</sup> R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Warszawa 2011, s. 70.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 70–71.

<sup>58</sup> J. Foks, *Prawo krajowe a międzynarodowe w sporcie-casus Polska*, „Sport Wyczynowy” 2006, nr 1–2, s. 76.

<sup>59</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483).

<sup>60</sup> Zob. [online] <[www.pzpn.pl/](http://www.pzpn.pl/)> (dostęp: 25.02.2017).



karskich<sup>61</sup> (ang. *Union of European Football Associations – UEFA*)<sup>62</sup>, ówczesny Minister Sportu złożył wniosek do Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Polskim Komitecie Olimpijskim<sup>63</sup> o wycofanie kuratora<sup>64</sup>. Nie był to jedyny przykład groźby zawieszenia bądź zawieszenia narodowej federacji sportowej<sup>65</sup>. Co oczywiste, tak daleko idąca interwencja ze strony Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, natomiast ugięcie się pod presją federacji sportowej mogło mieć motywacje polityczne i ekonomiczne lub być efektem nacisków ze strony lobbystów. Innym przykładem niesuwerennego traktowania państwa polskiego przez UEFA było jego całkowite pominięcie w negocjacjach na temat organizacji turnieju piłkarskiego Euro 2012, prowadzonych wyłącznie za pośrednictwem Polskiego Związku Piłki Nożnej<sup>66</sup>. W historii stosunków między Międzynarodową Federacją Piłki Nożnej a państwem polskim zaistniało jeszcze jedno istotne zdarzenie. W toku przygotowań do turnieju piłkarskiego Euro 2012, organizowanego w Polsce i na Ukrainie, ówczesny Minister Finansów wydał dnia 28 lutego 2011 r. rozporządzenie z w sprawie zaniechania poboru podatku dochodowego od niektórych rodzajów dochodów (przychodów) podatników podatku dochodowego od osób prawnych i podatku dochodowego od osób fizycznych<sup>67</sup>. Na skutek tego aktu prawnego, będącego jednym z powszechnie obowiązujących źródeł prawa na terenie Polski, UEFA i podmioty z nią powiązane były zwolnione z płacenia podatku dochodowego od przychodów uzyskanych podczas turnieju Euro 2012 na terytorium Polski.

Jak już wspomniano, międzynarodowe federacje sportowe działają także w oparciu o zasady ogólne międzynarodowego prawa publicznego, mimo że nie są jego podmiotami w rozumieniu klasycznym. Dlatego też powinny przestrzegać wspomnianych zasad. Niestety wymienione powyżej przykłady ingerencji międzynarodowych federacji sportowych w prawo wewnętrzne państwa świadczą jednoznacznie, że tak nie jest. Jedną z zasad ogólnych, która bywa łamana w relacjach międzynarodowej społeczności sportowej, jest zasada suwerenności jurysdykcji wewnętrznej państw<sup>68</sup>. Dodatkowo należy podkreślić, iż międzynarodowe federacje sportowe powinny respektować

<sup>61</sup> Zob. [online] <<http://news.money.pl/artykul/uefa;ii;fifa;nie;uznaja;kuratora;w;pzpn,249,0,373753.html>> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>62</sup> Zob. [online] <[www.uefa.com/](http://www.uefa.com/)> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>63</sup> Zob. [online] <[www.trybunalsport.pl/start](http://www.trybunalsport.pl/start)> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>64</sup> Zob. [online] <[www.rp.pl/artykul/202545-Wplynal-wniosek-o-wycofanie-kuratora-z-PZPN.html#ap-1](http://www.rp.pl/artykul/202545-Wplynal-wniosek-o-wycofanie-kuratora-z-PZPN.html#ap-1)> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>65</sup> M.K. Kolański, *Zawieszenie narodowej federacji piłkarskiej w świetle wspólnotowego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 7, s. 52–58.

<sup>66</sup> Zob. K. Wróbel (red.), *Współczesne wyzwania prawa sportowego pomiędzy kulturą, biznesem a potrzebą bezpieczeństwa*, Warszawa 2015, s. 138.

<sup>67</sup> Zob. [online] <[www.przepisy.gofin.pl/przepisy,4,14,14,1613,,rozporzadzenie-ministra-finansow-z-dnia-28022011-r-w-sprawie.html](http://www.przepisy.gofin.pl/przepisy,4,14,14,1613,,rozporzadzenie-ministra-finansow-z-dnia-28022011-r-w-sprawie.html)> (dostęp: 26.02.2017).

<sup>68</sup> M. Kruk (red.), op. cit., s. 20.

również inne elementy charakterystyczne dla prawa międzynarodowego. Wśród nich należałoby przede wszystkim wymienić zagadnienie moralności międzynarodowej czy kurtuazji prawnomiędzynarodowej<sup>69</sup>.

Pewnego rodzaju usprawiedliwieniem dla przypadków naruszenia zasady *fair play* międzynarodowych organizacji sportowych w stosunkach międzynarodowych jest specyficzny charakter norm prawnych stanowionych przez te organizacje. Genezy tych norm należy szukać w pojęciu *lex mercatoria*, które oznacza międzynarodowy arbitraż handlowy, oparty przede wszystkim na zwyczaju prawnomiędzynarodowym<sup>70</sup>. Ze względu na specyfikę sportu zarówno międzynarodowe organizacje sportowe jak i międzynarodowy arbitraż handlowy są do siebie podobne pod względem konstrukcji prawnej, pomimo innego przedmiotu działalności. W związku z tego typu porównaniami w literaturze pojawiają się poglądy, że tak szeroka działalność międzynarodowych federacji sportowych może mieć charakter niepisanego prawa zwyczajowego<sup>71</sup>. Prawo krajowe ustępuje pola regulacjom dotyczącym sportu ze względu na ich profesjonalny charakter i zapotrzebowanie społeczne<sup>72</sup>. Należy jednak pamiętać, że zwyczaj czy tendencje społeczne nie powinny być głównym argumentem, który pozwala na oddanie dużego pola jurysdykcji międzynarodowym organizacjom sportowym, ponieważ taka postawa godzi często w interesy wewnętrzne poszczególnych państw.

Reasumując, międzynarodowe organizacje sportowe to podmioty uczestniczące w stosunkach międzynarodowych, ale funkcjonujące na innych zasadach niż pozostali uczestnicy tych stosunków. Trudno również określić jednoznacznie charakter norm stanowionych przez międzynarodowe organizacje sportowe. Balansują one na granicy przyjętego zwyczaju i realizacji własnych interesów korporacyjnych. Jednak na ogół tego typu organizacje właściwie współdziałają ze sportowymi federacjami członkowskimi. Autonomia międzynarodowych organizacji sportowych i ich rola w kształtowaniu rzeczywistości prawnej pozwala na sprawne zarządzanie sportem profesjonalnym. Dlatego należy podtrzymać dotychczasową tendencję do jak najmniejszej ingerencji prawa w sport. Niestety, coraz częściej zdarzają się konflikty pomiędzy federacją sportową a państwem, z którego wywodzi się dana organizacja członkowska. Najczęściej nie są wtedy respektowane ani akty normatywne powszechnie obowiązujące, ani zasady ogólne prawa międzynarodowego. Sposobem na rozwiązanie tego typu sporów powinno być odwołanie się do

---

<sup>69</sup> T. Wasilewski, *Stosunek wzajemny: porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2004, s. 48–60.

<sup>70</sup> T. Widlak, op. cit., s. 86.

<sup>71</sup> J.J. Bonca, *Istota spójności regulacji prawnych oraz niesprzeczności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014, s. 60–61.

<sup>72</sup> Ibidem.

ogólnych zasad prawa sportowego, nazywanych zasadami *fair play*. W literaturze wskazuje się, że są to reguły techniczne *lex ludica*<sup>73</sup>. Są one zawarte przede wszystkim w regulaminach i statutach międzynarodowych organizacji sportowych. Jedną z tego typu regulacji jest np. Kodeks Etyczny FIFA<sup>74</sup>. Niniejszy dokument wymienia wśród swoich naczelnych zasad m.in. obowiązek współpracy, lojalność czy poufność. Podobną systematykę zawierają inne kodeksy etyczne tworzone przez federacje sportowe.

Zasady *fair play* określają właściwe postępowanie i nie odnoszą się wyłącznie do sytuacji związanych z rozgrywkami sportowym. Mogłyby one doskonale uzupełniać ogólne zasady prawa międzynarodowego i ogólne zasady prawa w sytuacjach konfliktu w sporcie profesjonalnym. Potrzeba szerszego zastosowania ogólnych zasad prawa międzynarodowego została dostrzeżona również przez przedstawicieli doktryny. Roman Kwiecień ujmuje to zagadnienie w następujący sposób: „Sama idea powszechnego prawa międzynarodowego zakłada istnienie normatywnego rdzenia, który stanowiłby punkt odniesienia dla innych norm, np. dla regionalnego prawa międzynarodowego czy tzw. prawa sektorowego tworzonego w ramach reżimów specjalnych (*self-contained regimes*)”<sup>75</sup>.

Podobnego typu mechanizmy funkcjonowały już wcześniej na płaszczyźnie prawa międzynarodowego publicznego. Taka sytuacja dotyczy chociażby praw człowieka, a konkretnie prawa do rozwoju. Jak wskazuje Krzysztof Drzewicki: „W sumie aktualny stan prawny przemawia, naszym zdaniem, za uznaniem prawa do rozwoju w charakterze źródła prawa międzynarodowego pod postacią zasady ogólnej. W warstwie projektującej zaś należy zakładać możliwość jego kodyfikacji”<sup>76</sup>. Odnosząc powyższą myśl do problematyki prawa sportowego, obecnie nie jest możliwe przeprowadzenie kodyfikacji prawa sportowego, ponieważ dominują w nim akty o charakterze prywatnoprawnym, które uzupełniają w zasadzie wszystkie istniejące gałęzie prawa. Jednak posłużenie się przykładem prawa do rozwoju i dodatkowe wykorzystanie zasad *fair play* może pozwolić na unikanie w przyszłości sytuacji konfliktowych. Zasada *fair play* powinna być stałym elementem stosunków międzynarodowych w dziedzinie sportu, a także czymś na wzór instrumentów tematycznych prawa międzynarodowego<sup>77</sup>, stając się swoistym kodek-

<sup>73</sup> P. Lebek, op. cit., s. 160.

<sup>74</sup> Pełny tekst kodeksu zob. [online] <[www.fifa.com/](http://www.fifa.com/)> (dostęp: 26.02.2017).

<sup>75</sup> R. Kwiecień (red.), *Państwo a prawo międzynarodowe jako system prawa*, Lublin 2015, s. 77.

<sup>76</sup> K. Drzewicki, *Prawo do rozwoju studium z zakresu praw człowieka*, „Uniwersytet Gdański Zeszyty Naukowe Rozprawy i Monografie” 1988, nr 122, s. 154.

<sup>77</sup> Zob. K. Drzewicki, *Zalecenia tematyczne Wysokiego Komisarza OBWE do spraw Mniejszości Narodowych*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Teoria i filozofia państwa i prawa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012, s. 620.

sem postępowania tzw. *codes of conduct*<sup>78</sup> w sytuacjach kolizyjnych na gruncie prawa i sportu.

Rola oddziaływania międzynarodowych organizacji sportowych na całą prawną rzeczywistość jest ogromna. Pomimo sprawnego zarządzania sportem profesjonalnym, muszą one również respektować autonomię prawa krajowego państwa, z którego wywodzą się ich członkowie. Natomiast krajowe federacje sportowe powinny jak najlepiej współpracować ze swoimi zagranicznymi odpowiednikami oraz, gdy jest to zasadne, sprzeciwiać się nieuprawnionej ingerencji w systemy prawne, na gruncie których funkcjonują.

## Literatura

- Armknacht B., *Reforma prawa sportowego w Polsce – komentarz krytyczny*, „Studia Europejskie” 2010, nr 1–4.
- Błażejczak B., *Formy prowadzenia działalności gospodarczej a sport zawodowy*, [w:] A. Kijowski (red.), *Problemy prawne sportu zawodowego*, Poznań 1995.
- Bonca J.J., *Istota spójności regulacji prawnych oraz niesprzeczności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014.
- Cajsel W., *Sportowa spółka akcyjna – szczególny rodzaj spółki kapitałowej*, „Sport Wyczynowy” 2001, nr 7–8.
- Cioch P., *Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu w Lozannie*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 4.
- Drzewicki K., *Prawo do rozwoju studium z zakresu praw człowieka*, „Uniwersytet Gdański Zeszyty Naukowe Rozprawy i Monografie” 1988, nr 122.
- Drzewicki K., *Zalecenia tematyczne Wysokiego Komisarza OBWE do spraw Mniejszości Narodowych*, [w:] R.M. Czarny, K. Spryszak (red.), *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Teoria i filozofia państwa i prawa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, Toruń 2012.
- Foks J., *Prawo krajowe a międzynarodowe w sporcie-casus Polska*, „Sport Wyczynowy” 2006, nr 1–2.
- Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Warszawa 2013.
- Godlewski P., *Globalny i lokalny wymiar współczesnego sportu. Sport i reakcja a wyzwania współczesnej cywilizacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2011, nr 689.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2011.
- Jacznowski L., Stopeczyński M., Żyśko J., *Wypis z podstawowych aktów prawnych dotyczących kultury fizycznej*, Warszawa 2007.
- Kolasiński M.K., *Zawieszenie narodowej federacji piłkarskiej w świetle wspólnotowego prawa konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 7.
- Kołaczkowski B., Diallo B.S., *Kształtowanie się regulacji prawnej zrzeszeń sportowych. Wybrane aspekty krajowe i prawnomiędzynarodowe*, Poznań 2016.

<sup>78</sup> Ibidem.

- Kruk M. (red.), *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997.
- Krześniak E.J., *Prawne mechanizmy zabezpieczenia zasady autonomii sportu, na przykładzie struktury i sposobu funkcjonowania Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 2.
- Krześniak E.J., *Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim*, Warszawa 2016.
- Kuźniak B., Marcinko M., *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2008.
- Kwiecień R., *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Warszawa 2011.
- Kwiecień R. (red.), *Państwo a prawo międzynarodowe jako system prawa*, Lublin 2015.
- Łebek P., *Autonomia organizacji sportowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego Europejskiego i Porównawczego” 2011, nr 9.
- Menkes J., Wasilkowski A., *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2004.
- Osmańczyk E.J., *Encyklopedia ONZ i stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1982.
- Radke H., *Prawo międzynarodowe organizacji sportowych a prawo krajowe*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeniecki (red.), *Pluralizm prawny. Tradycje transformacje wyzwania*, Toruń 2009.
- Radke H., *Lex Sportiva*, [w:] M. Leciak (red.), *Leksykon prawa sportowego 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2017.
- Rischka-Słowik B., *Konstytucja sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
- Supera-Markowska M., *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, Warszawa 2013.
- Sznajder A., *Charakterystyka rynku sportu profesjonalnego*, „Gospodarka Narodowa” 2007, nr 10.
- Szwarc A.J., *Karnoprawne funkcje reguł sportowych*, Poznań 1977.
- Szwarc A.J., *Odpowiedzialność karna za praktyki korupcyjne w sporcie*, [w:] idem (red.), *Korupcja w sporcie*, Poznań 2008.
- Tomanek M., Raniszewski S. (red.), *Problemy kultury fizyczne – Aspekty ekonomiczne, prawne, pedagogiczne*, Bydgoszcz 2015.
- Wach A., *Odpowiedzialność osób naruszających reguły sportowe lub prawne w związku z UEFA EURO 2012*, Warszawa 2012.
- Wasilewski T., *Stosunek wzajemny: porządek międzynarodowy, prawo międzynarodowe, europejskie prawo wspólnotowe, prawo krajowe*, Toruń 2004.
- Widlak T., *Wybrane uwagi na temat charakteru i statusu „lex sportiva” w przestrzeni prawnomiędzynarodowej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2015, vol. 77, nr 4.
- Wronkowska S., Ziębiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Wróbel K. (red.), *Współczesne wyzwania prawa sportowego pomiędzy kulturą, biznesem a potrzebą bezpieczeństwa*, Warszawa 2015.

## Summary

### *International sports organisations and the sports law*

**Key words:** international sports organisations, sports law.

The aim of this work is the presentation of the legal status of international sports organisations as well as the description of the norms they establish.

International sports organisations are non-governmental organisations and therefore have no legal capacity in accordance with the international public law. In spite of this, international sports organisations effectively influence the actions taken by countries (equal participants of international relations) in which the membership organisations exist. This situation is caused by the unclear character of the norms on sports law. The doubts concerning the above mentioned legal norms are analysed in the article.

Not only does the complicated character of the sports law norms affect unethical actions of the international sports organisations, but it also influences economic and political matters of the above mentioned institutions. Unfortunately, these norms are often to blame for placing the international sports organisations in the privileged position in relation to the law of particular countries. The below mentioned article also offers some legal solutions which could influence the hegemony of sports federations.

**Marta Pietras-Eichberger**

Katedra Prawa Konstytucyjnego i Stosunków Międzynarodowych  
WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa

## **Ochrona osób żyjących w ubóstwie w świetle prawa międzynarodowego**

### **Uwagi wstępne**

Walka z ubóstwem jest największym wyzwaniem ludzkości w XXI w. Szacuje się, że ponad 800 milionów ludzi na świecie żyje w skrajnym ubóstwie, a ponad 160 milionów dzieci poniżej 5 roku życia cierpi z powodu niedożywienia i nie osiąga właściwych dla swojego wieku parametrów wzrostu, jedna na trzy osoby na świecie (2,4 miliarda osób) jest pozbawiona odpowiednich warunków sanitarnych, 57 milionów dzieci nie ma dostępu do edukacji na poziomie szkoły podstawowej, a 880 milionów ludzi mieszka w slumsach<sup>1</sup>. Większość z tych osób żyje w Afryce i Południowej Azji, w państwach rozwijających się, w wielu przypadkach ogarniętych konfliktem zbrojnym. Głównymi czynnikami wpływającymi na poziom ubóstwa są: głód będący konsekwencją katastrof naturalnych, brak dostępu do podstawowej opieki medycznej, ograniczony dostęp do wody, elektryczności oraz wysoka stopa bezrobocia<sup>2</sup>.

Spółeczność międzynarodowa podejmuje działania nakierowane na konkretne cele, gdyż zadaniowe podejście do problemu ubóstwa pozwala nadać aktom prawnym konkretną treść i sprecyzować narzędzia, za pomocą których będzie możliwe realizowanie kolejnych wyzwań. Nie wszystkie rozwiązania są skuteczne, tym bardziej że ochrona osób żyjących w ubóstwie określona jest najczęściej w dokumentach nieposiadających wiążącego charakteru w rozumieniu prawa międzynarodowego. Celem niniejszego opracowania

---

<sup>1</sup> The Millennium Developments Goals Report 2015, s. 8–9, [online] <[www.un.org/millenniumgoals/2015\\_MDG\\_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf)> (dostęp: 1 marca 2017).

<sup>2</sup> E. Durojaye, *When Poverty Is Not a Sin: An Assessment of the Human Rights Council's Guiding Principles on Poverty and Human Rights*, "African Journal of International and Comparative Law" 2014, nr 3(22), s. 468–469.

jest próba określenia zakresu ochrony osób żyjących w ubóstwie w oparciu o analizę dokumentów przyjmowanych przez państwa pod egidą różnych organizacji międzynarodowych o charakterze powszechnym, jak też regionalnym. Prawa osób dotkniętych ubóstwem są nie tylko rozproszone, ale niestety większość z nich ma charakter jedynie postulowanych standardów, a nie rzeczywistych zobowiązań państw względem osób przebywających na ich terytorium.

## Definicja ubóstwa

Ubóstwo jest problemem, który występuje w każdym społeczeństwie niezależnie od szerokości geograficznej, jednak jego skala jest bardzo zróżnicowana. Poziom ubóstwa w danej społeczności określają wskaźniki ekonomiczne i socjalne. Niewątpliwie wyróżnić należy ubóstwo chroniczne i czasowe. W niektórych państwach pojawił się też problem tzw. *poverty traps*, czyli sytuacji, w której osobom żyjącym z zasiłków otrzymywanych od państwa nie opłaca się podejmować pracy, gdyż ewentualne zarobki nie byłyby wcale lub byłyby jedynie nieznacznie wyższe niż środki z pomocy socjalnej<sup>3</sup>.

Kolejnym wskaźnikiem ubóstwa jest kryterium wysokości dochodu na osobę. Na podstawie tego wskaźnika wyróżnić możemy ubóstwo skrajne i względne. Przyjmuje się, że ubóstwo skrajne występuje wtedy, gdy nie są zaspokajane minimalne potrzeby niezbędne do przeżycia. Stopień ubóstwa względnego określany jest według bardziej subiektywnych czynników – bierze pod uwagę standardy socjalne wyznaczające poziom zamożności ludności w danym państwie, takie jak dostęp lub niedostateczny dostęp do publicznej służby zdrowia, złe warunki mieszkaniowe lub zbyt niskie świadczenia socjalne<sup>4</sup>.

Podkreślić jednak należy, iż mimo wzrostu świadomości społecznej i zaangażowania różnych środowisk w zwalczanie ubóstwa w dalszym ciągu brakuje jego powszechnie akceptowanej, kompleksowej i spójnej definicji. Ubóstwo rozpatrywane jest jako wieloaspektowe zjawisko dotyczące różnych potrzeb człowieka w zróżnicowanym środowisku. Dlatego też sądy rozpatrują sprawy, w których roszczenia dotyczą czynników mających wpływ na problem ubóstwa, a nie samego ubóstwa<sup>5</sup>.

Analizując problem można przyjąć pewną ogólną definicję, według której ubóstwo (łac. *pauper*) to sytuacja, w której osoba cierpi z powodu braku pew-

<sup>3</sup> A. Du Plessis, *South Africa's Constitutional Environmental Right (Generously) Interpreted: What Is in It for Poverty?*, "South African Journal on Human Rights" 2011, t. 27, cz. 2, s. 283.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 284.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 279–280.



nych rzeczy materialnych lub pieniędzy<sup>6</sup>. Warto również zwrócić uwagę, iż według Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ubóstwo jest definiowane jako pozbawienie możliwości dokonywania wyborów niezbędnych do życia na adekwatnym poziomie, co stanowi naruszenie godności osobowej. Ponadto podkreślono związek pomiędzy ubóstwem a prawami zawartymi zarówno w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, jak i w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych. Uznając fakt, że nie ma powszechnie akceptowanej definicji ubóstwa, Komitet poparł wielowymiarowe rozumienie ubóstwa, które odzwierciedla niepodzielną i współzależną naturę wszystkich praw człowieka<sup>7</sup>.

## Ubóstwo zbiorowe

Niewątpliwie na kwestię ubóstwa należy też spojrzeć z perspektywy warunków, w jakich żyje cała lokalna społeczność, a nie tylko poszczególni jej członkowie. Problem ten dotyka w niektórych regionach niemalże całe społeczeństwo, co najczęściej jest efektem niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, który ze względu na zasięg terytorialny nie jest przedmiotem większego zainteresowania społeczności międzynarodowej. Tymczasem wojny domowe są dużo bardziej brutalne i niehumanitarne niż międzynarodowe konflikty zbrojne. Większość z nich (nazywanych też w literaturze przedmiotu wojnami cywilnymi, wojnami wewnętrznymi, niemiędzynarodowymi konfliktami zbrojnymi, wewnętrznymi konfliktami zbrojnymi) toczy się w państwach Afryki, Azji i Ameryki Południowej. W zubożeniu społeczeństwa państwa ogarniętego wojną dużą rolę odgrywają czynniki ekonomiczne, związane np. ze wzrostem wydatków z budżetu państwa na pokrycie kosztów prowadzenia działań zbrojnych, zaangażowaniem się ludności w prowadzenie tych działań kosztem utraty zatrudnienia i w wielu przypadkach środków do życia<sup>8</sup>.

## Geneza prawa do ochrony przed ubóstwem na szczeblu uniwersalnym

Zauważyć należy, że systemowe zwalczanie ubóstwa i kształtujące się prawo do ochrony przed ubóstwem to nowość nie tylko w zakresie ochrony praw człowieka, ale też w relacjach międzyludzkich. Przez wieki spora część

---

<sup>6</sup> E. Durojaye, op. cit., s. 470.

<sup>7</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E./C.12/2001/10, s. 2–3.

<sup>8</sup> P. Justino, *War and Poverty*, [w:] M. R. Garfinkel, S. Skaperdas (red.), *The Economics of Peace and Conflict*, Oxford 2012, s. 689.

ludzkości żyła w skrajnym ubóstwie, cierpiąc z powodu głodu, chorób lub niewolniczej pracy. Akceptowany był pogląd, że ludzkość dzieli się na uprzywilejowane klasy panujące i poddanych. Do 1820 r. średnia długość życia w skali globalnej wynosiła 26 lat, zaś później stopniowo wydłużała się aż do 66 lat w latach 90. XX w.<sup>9</sup>

W praktyce punktem zwrotnym wydaje się utworzenie Organizacji Narodów Zjednoczonych, która zadeklarowała „doprowadzić do współdziałania międzynarodowego w rozwiązywaniu zagadnień o charakterze gospodarczym, społecznym, kulturalnym lub humanitarnym, jak również popierać i zachęcać do poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, bez względu na rasę, płeć, język lub wyznanie” (art. 1 pkt 3 Karty NZ)<sup>10</sup>. Urzeczywistniając ten cel, powołano organizacje wyspecjalizowane, m.in. FAO (Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Wyżywienia i Rolnictwa), WHO (Światowa Organizacja Zdrowia), ILO (Międzynarodowa Organizacja Pracy). Kolejnym ważnym krokiem było przyjęcie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która w art. 25 ust. 1 wprost wprowadziła prawo każdego człowieka do: „odpowiedniej stopy życiowej zapewniającej zdrowie i dobrobyt jego i jego rodziny, włączając w to wyżywienie, odzież, mieszkanie, opiekę lekarską i konieczne świadczenia socjalne, oraz prawo do ubezpieczenia na wypadek bezrobocia, choroby, niezdolności do pracy, wdowieństwa, starości lub utraty środków do życia w inny sposób od niego niezależny”<sup>11</sup>. Deklaracja formalnie jest dokumentem niemającym prawnie wiążącego charakteru, jednak pełni rolę quasi-konstytucji w systemie ONZ. Według znamienitej części doktryny prawa międzynarodowego to część prawa zwyczajowego określającego międzynarodowy katalog praw człowieka, rozwijany w kolejnych dokumentach zarówno na szczeblu bilateralnym, jak i wielostronnym, a także w konstytucjach wielu państw<sup>12</sup>.

Na szczeblu globalnym kolejnym etapem w zakresie zwalczania ubóstwa było uchwalenie w 1966 r. Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych<sup>13</sup>, którego art. 11 brzmi: „Państwa Strony niniejszego Paktu uznają prawo każdego do odpowiedniego poziomu życia dla

<sup>9</sup> D. Hulme, O. Turner, *Poverty Reduction*, [w:] T. G. Weiss, R. Wilkinson, *International Organization and Global Governance*, London – New York 2014, s. 633.

<sup>10</sup> Karta Narodów Zjednoczonych, podpisana w dniu 26 czerwca 1945 r. w San Francisco (Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90).

<sup>11</sup> Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (dalej jako Deklaracja) uchwalona w Paryżu w dniu 10 grudnia 1948 r., [w:] A. Przyborowska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006, s. 134–138.

<sup>12</sup> Zob. B. Gronowska (red.), *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, Toruń 1999; A. Szczęsny-Nartowski, *Prawa człowieka w systemie ONZ (tendencje rozwojowe)*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 2; A. M. Solarz, *Prawa człowieka i etyka w stosunkach międzynarodowych*, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2007, nr 1.

<sup>13</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (dalej jako Pakt), przyjęty w Nowym Jorku w dniu 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 169, załącznik).

niego samego i jego rodziny, włączając w to wyżywienie, odzież i mieszkanie, oraz do stałego polepszania warunków bytowych. Państwa Strony podejmą odpowiednie kroki w celu zapewnienia realizacji tego prawa, uznając w tym celu zasadnicze znaczenie współpracy międzynarodowej, opartej na zasadzie dobrowolności. Państwa Strony niniejszego Paktu, uznając podstawowe prawo każdego do wolności od głodu, podejmą, indywidualnie i w drodze współpracy międzynarodowej, niezbędne kroki, włączając w to konkretne programy”. Charakter zobowiązań ww. określa art. 4 ust. 2 Paktu, w którym stwierdza się, że państwa mają obowiązek podejmować odpowiednie kroki, wykorzystując maksymalnie dostępne środki, w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw społecznych w nim ustanowionych. Oznacza to, że jednostka może oczekiwać od państwa podejmowania decyzji politycznych tworzących ku temu warunki. Podkreślono progresywny charakter realizacji praw przewidzianych w Pakcie oraz zaniechano, co do zasady, określenia standardów – państwa mogą je realizować stopniowo i odpowiednio do środków, jakimi dysponują. Tylko nieliczne z tych praw są samowykonalne, co oznacza, że mogą być dochodzone przed sądem krajowym poprzez bezpośrednie odwołanie się w skardze do Paktu<sup>14</sup>. Przyjęte rozwiązanie znacząco obniżało skuteczność tego dokumentu, czyniąc go bardziej standardem w dziedzinie praw gospodarczych, społecznych i kulturowych niż realnym zobowiązaniem państwa do zapewnienia ludności przebywającej na jego terytorium określonego standardu życia.

Jednak 18 czerwca 2008 r. Rada Praw Człowieka ONZ uchwaliła Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, ustanawiający m.in. procedurę wnoszenia skarg indywidualnych do Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, czuwającego nad kontrolą implementacji Paktu przez państwa-strony. Protokół ten został 10 grudnia 2008 r. przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ<sup>15</sup>. Wszedł w życie 5 maja 2013 r. W świetle tego Protokołu prawo do wnoszenia skarg do Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych posiadają jednostki oraz grupy, które twierdzą, iż stały się ofiarami naruszenia przez państwo-stronę praw zawartych w Pakcie. Zakres kognicji Komitetu obejmuje badanie naruszeń wszystkich praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych objętych Paktem. Postępowanie kończy wydanie przez Komitet decyzji stwierdzającej, czy doszło w danej sprawie do naruszenia postanowień Paktu. Decyzja nie jest wyrokiem i nie ma charakteru prawnie wiążącego, jednak obowiązek jej realizacji wypływa z faktu związania się przez państwo postanowieniami Paktu, a tym samym przyjęcia na

<sup>14</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, [online] <[www.mpips.gov.pl/spoleczne-prawa-czlowieka/organizacja-narodow-zjednoczonych-miedzynarodowy-pakt-praw-gospodarczych-spoecznych-i-kulturalnych/](http://www.mpips.gov.pl/spoleczne-prawa-czlowieka/organizacja-narodow-zjednoczonych-miedzynarodowy-pakt-praw-gospodarczych-spoecznych-i-kulturalnych/)> (dostęp: 2 marca 2017).

<sup>15</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego NZ z dnia 10 grudnia 2008 r., A/RES/63/117.

siebie obowiązku realizacji praw w nim zawartych. Komitet został również upoważniony do przeprowadzania dochodzenia w przypadku otrzymania informacji o dokonywaniu przez dane państwo-stronę poważnych lub systematycznych naruszeń praw zawartych w Pakcie. Dochodzenie może, za zgodą państwa-strony, obejmować wizytę członków Komitetu na jego terytorium. Dochodzenie jest instrumentem znacząco uzupełniającym procedurę skargową i sprawozdawczą<sup>16</sup>.

Podkreślić należy fakt, iż od czasu uchwalenia Paktu przez kolejne dekady aż do lat 90. XX. zanotowano pewien zastój w zakresie polityki zwalczania ubóstwa. W okresie tzw. zimnej wojny światowe potęgi ekonomiczno-militarne skoncentrowane były na wyścigu zbrojeń, a nie na zwalczaniu nierówności w skali globalnej. Wydaje się przełom nastąpił dopiero podczas Światowej Konferencji Praw Człowieka, która odbyła się 14–25 czerwca 1993 r. w Wiedniu. Przyjęto wówczas Deklarację Wiedeńską i Program Działania. W dokumencie tym zwrócono uwagę na problem ubóstwa, które uniemożliwia efektywne urzeczywistnianie praw człowieka. Zdaniem niektórych występowanie ubóstwa jest naruszeniem wielu podstawowych praw przysługujących jednostkom i zbiorowościom. Według Laurens Lavrysen ubóstwo jest zarówno powodem, jak i konsekwencją naruszenia poszczególnych praw człowieka<sup>17</sup>. Wydaje się, że takie rozumienie problemu dało początek kolejnym inicjatywom, których celem jest zwalczanie ubóstwa w skali globalnej i regionalnej.

W dniach 6–8 września 2000 r. w Nowym Jorku odbył się Szczyt Milenijny Narodów Zjednoczonych, który zakończył się określeniem Milenijnych Celów Rozwoju (*Millenium Development Goals*). Wszystkie państwa członkowskie zadeklarowały, że osiągną wymienione w tym dokumencie cele do 2015 r. Dla omawianego problemu zwalczania ubóstwa na świecie szczególnie istotny był cel nr 1, który dotyczył zmniejszenia o połowę liczby ludności, której dochód nie przekracza 1 dolara dziennie oraz cierpi z powodu głodu. Ważny był też cel nr 7, według którego państwa zadeklarowały stosować zrównoważone metody gospodarowania zasobami naturalnymi. W ramach tego celu istotne wydawało się być dążenie do zmniejszenia o połowę liczby ludzi pozbawionych stałego dostępu do czystej wody pitnej i do 2020 r. zapewnienie znaczącej poprawy warunków życia przynajmniej 100 milionów mieszkańców slumsów<sup>18</sup>. W dniu 8 września 2000 r. Zgromadzenie Ogólne

<sup>16</sup> K. Sękowska-Kozłowska, *Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych – nowy mechanizm dochodzenia praw jednostek*, [online] <[www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=58f0744907ea8bd8e0f51e568f1536289ceb40a5-d3](http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=58f0744907ea8bd8e0f51e568f1536289ceb40a5-d3)> (dostęp: 12 marca 2017).

<sup>17</sup> L. Lavrysen, *Poverty and Human Rights. A European Perspective*, [w:] E. Brems, Ch. Van der Beken, S. Abay Yimer (red.), *Human Rights and Development. Legal Perspectives from and for Ethiopia*, Leiden – Boston 2015, s. 303–304.

<sup>18</sup> Zob. [online] <[www.unic.un.org/cele.php](http://www.unic.un.org/cele.php)> (dostęp: 1 marca 2017).

ONZ na 55 sesji przyjęło Deklarację Milenijną, która co prawda nie jest wiążącym dokumentem, ale posiada wysoki walor polityczny<sup>19</sup>.

W 2015 r. Sekretarz Generalny ONZ Ban Ki-moon wydał raport końcowy o Milenijnych Celach Rozwoju, w którym podsumował 15 lat działalności na rzecz zwalczania ubóstwa. W tym okresie liczba osób żyjących w skrajnym ubóstwie spadła z 1,9 miliarda osób w 1990 r. do 836 milionów w 2015 r. Liczba osób niedożywionych została zmniejszona o 12,9% w stosunku do liczby osób niedożywionych w latach 90. XX w. W 2015 r. 91% ludności ma dostęp do wody pitnej (w latach 90. XX w. – 76%). 147 państw osiągnęło cel związany z zapewnieniem swoim mieszkańcom dostępu do wody pitnej, 95 państw osiągnęło cel polegający na zapewnieniu dostępu ludności do odpowiednich warunków sanitarnych, a 77 państw osiągnęło oba cele. Proporcja ludności zamieszkującej slumsy w państwach rozwijających się spadła z 39,4% w 2000 r. do 29,7% w 2014 r.<sup>20</sup> ONZ w raporcie końcowym uznał, że Milenijne Cele Rozwoju to najbardziej skuteczny w historii ruch na rzecz przeciwdziałania ubóstwu. Niewątpliwie poprzez różnorodne działania państw udało się zmniejszyć liczbę osób żyjących w skrajnym ubóstwie praktycznie o połowę. Dlatego też ONZ opracowało nową agendę rozwoju, przyjmując 25 września 2015 r. rezolucję określającą cele na kolejne 15 lat<sup>21</sup>. Tak więc na poziomie ONZ podejmowane są działania o charakterze bardziej politycznym niż prawnym, które jednak przynoszą konkretne efekty. Szczególnie cenna jest diagnoza potrzeb i wyszukiwanie konkretnych narzędzi, które mogą być wykorzystane w zwalczaniu problemu ubóstwa.

## **Geneza prawa do ochrony przed ubóstwem w europejskim systemie ochrony praw człowieka**

Zwalczanie ubóstwa jest przedmiotem zainteresowania regionalnych organizacji międzynarodowych. Ramy europejskiego systemu ochrony praw człowieka tworzy Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. oraz uzupełniająca ją w zakresie praw społecznych Europejska Karta Społeczna sporządzona w Turynie 18 października 1961 r., a następnie zrewidowana w Strasburgu 3 maja 1996 r. Artykuł 30 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej określa prawo do ochrony przed ubóstwem i marginalizacją społeczną: „W celu zapew-

<sup>19</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego NZ z dnia 8 września 2000 r.: *United Nation Millenium Declaration*, A/Res/55/2.

<sup>20</sup> The Millennium Development Goals Report 2015 r., s. 4 i 7.

<sup>21</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego NZ z dnia 25 września 2015 r.: *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/Res/70/1.

nienia skutecznego wykonywania prawa do ochrony przed ubóstwem i marginalizacją społeczną strony zobowiązują się:

a) podejmować działania, w ramach ogólnego i skoordynowanego podejścia, w celu popierania rzeczywistego dostępu osób oraz ich rodzin znajdujących się lub zagrożonych znalezieniem się w sytuacji marginalizacji społecznej lub ubóstwa, zwłaszcza do zatrudnienia, mieszkań, szkolenia, kształcenia, kultury, pomocy społecznej i medycznej;

b) dokonywać, jeśli to konieczne, przeglądu tych działań w celu ich dostosowania do sytuacji”<sup>22</sup>.

System kontroli praw zawartych Europejskiej Karcie Społecznej jest jednak bardzo słaby. Zauważyć bowiem należy, iż Europejski Komitet Praw Społecznych (do 1998 r. Komitet Niezależnych Ekspertów) jest quasi-sądowym organem, który wydaje tylko niewiążące decyzje, co wpływa na słabość całego systemu ochrony praw zawartych w Europejskiej Karcie Społecznej. Poza tym wykluczona została możliwość wnoszenia skarg indywidualnych przez osoby fizyczne, których prawa zostały naruszone. Zgodnie z art. 1 Procedury wnoszenia skarg zbiorowych, określonej w Protokole Dodatkowym z 1995 r. do Karty, skargi mogą być wnoszone tylko przez: międzynarodowe organizacje pracodawców i pracowników, organizacje pozarządowe, które posiadają status doradczy przy Radzie Europy i reprezentatywne krajowe organizacje pracodawców i pracowników. Skargi rozpatruje Europejski Komitet Praw Społecznych. W przypadku stwierdzenia przez ten Komitet niezadowolającego stosowania Karty przez państwo, Komitet Ministrów większością 2/3 głosów przyjmuje zalecenie w stosunku do tego państwa. Zalecenie jest to akt o niewiążącym charakterze.

Dlatego też sądowej ochrony praw osób żyjących w ubóstwie doszukiwać się można w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którego orzeczenia są wiążące, a skargi mogą być wnoszone przez osoby fizyczne.

## **Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie praw osób żyjących w ubóstwie**

Skargi wnoszone do ETPCz mogą dotyczyć naruszenia praw określonych w Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności oraz

---

<sup>22</sup> Article 30: “The right to protection against poverty and social exclusion With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection against poverty and social exclusion, the Parties undertake: a to take measures within the framework of an overall and co-ordinated approach to promote the effective access of persons who live or risk living in a situation of social exclusion or poverty, as well as their families, to, in particular, employment, housing, training, education, culture and social and medical assistance; b to review these measures with a view to their adaptation if necessary” – European Social Charter (Revised) 3.05.1996, European Treaty Series, nr 163.

Protokołów Dodatkowych do tej Konwencji. W przywołanych dokumentach nie zawarto jednak *expressis verbis* prawa do ochrony przed ubóstwem. Zdaniem Lavryson z orzecznictwa ETPCz dotyczącego praw obywatelskich i politycznych można wywodzić pewne prawa odnoszące się *stricte* do osób żyjących w ubóstwie. Jest to efekt wpływu orzecznictwa w zakresie praw politycznych i obywatelskich na wzmocnienie ochrony praw socjalnych i ekonomicznych, które bezpośrednio przekładają się na standard życia jednostki. Praw tych należy szukać w orzeczeniach ETPCz wydanych na podstawie artykułów 2, 3 i 8 Konwencji<sup>23</sup>.

I tak art. 2 Konwencji, dotyczący prawa do życia, podnoszony był przez skarżących w kontekście naruszenia prawa do ochrony zdrowia. W sprawie *Oyal v. Turkey* Trybunał stwierdził jego naruszenie i przyznał prawo do bezpłatnej dożywotniej pomocy medycznej osobie, która została zarażona wirusem HIV podczas transfuzji krwi w czasie porodu. Z drugiej strony należy przytoczyć sprawę, w której Trybunał bezpośrednio odniósł się do sytuacji osoby będącej w trudnej sytuacji finansowej, której na skutek braku wniesienia opłaty odmówiono świadczenia medycznego, co skutkowało śmiercią tej osoby. W sprawie *Mehmet Şenturk and Bekir Şenturk v. Turkey* Trybunał stwierdził naruszenie art. 2 Konwencji. Sprawa dotyczyła ciężarnej kobiety, która zmarła na skutek odmowy wykonania zabiegu chirurgicznego w szpitalu publicznym z powodu niemożliwości zapłacenia depozytu za jej hospitalizację. Sprawa ta pokazuje, że bariery finansowe, które uniemożliwiają ludziom żyjącym w niedostatku korzystanie z opieki zdrowotnej, są sprzeczne z Europejską Konwencją Praw Człowieka<sup>24</sup>.

Z kolei w zakresie art. 3 Konwencji, który dotyczy zakazu tortur oraz nieludzkiego, poniżającego traktowania albo karania, Trybunał uznał, że niektóre standardy życia narzucone obywatelom przez państwo mogą stanowić naruszenie tego artykułu. Trybunał stwierdził takie naruszenie w sprawie *Moldovan and Others v. Romania*. Stan faktyczny dotyczył grupy Romów przebywających w rumuńskiej wiosce. Przez lata byli oni zmuszani do mieszkania w kurnikach, zagrodach dla zwierząt domowych, pozbawionych okien piwnicach, w których panował ekstremalny chłód i które były ogromnie zatłoczone. Trybunał stwierdził, że życie w takich warunkach, bez dostępu do urządzeń sanitarnych przez długi okres czasu wpłynęło na stan zdrowia skarżących, spowodowało psychiczne cierpienia i było poniżającym traktowaniem, które naruszało godność osobową<sup>25</sup>.

Artykuł 8 Konwencji odnoszący się do prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego był wielokrotnie podnoszony przez skarżących. Trybu-

<sup>23</sup> L. Lavrysen, op. cit., s. 305–306.

<sup>24</sup> *Mehmet Şenturk and Bekir Şenturk v. Turkey*, paras.89 and 97, ECtHR April 9 2013.

<sup>25</sup> *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2), para 110, ECtHR July 12, 2005.

nał z dosyć dużą rezerwą odnosił się do tego typu spraw. W sprawie *Chapman v. the United Kingdom* podkreślił, że art. 8 nie może być rozpatrywany jako prawo do posiadania domu. Oczywiście jest wielce pożądane, aby każdy posiadał swoje miejsce, w którym mógłby godnie żyć i nazywać je domem, ale niestety w wielu państwach istnieje problem bezdomności. Zapewnienie środków umożliwiających każdemu posiadanie domu jest kwestią polityki państwa, a nie orzeczenia sądu<sup>26</sup>. Z drugiej strony w sprawie *Connors v. the United Kingdom* Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji w związku z brakiem proceduralnej ochrony przeciwko eksmisji<sup>27</sup>.

Orzecznictwo ETPCz może w przyszłości otworzyć drogę do utworzenia katalogu praw osób żyjących w ubóstwie, a być może do skodyfikowania tych praw w jednym wiążącym dokumencie. W ten sposób mogłaby zostać sporządzona wyspecjalizowana, wielostronna konwencja odnosząca się do minimalnych standardów życia w każdym państwie na świecie.

## Uwagi końcowe

Niewątpliwie w zakresie procesu łagodzenia ubóstwa potrzebna jest debata publiczna na szczeblu międzynarodowym. Całkowita eliminacja tego problemu nie wydaje się możliwa z powodu wielu czynników pozaprawnych, ale nie oznacza to, że społeczność międzynarodowa powinna się pogodzić ze swoją niemocą. Coraz częstsza krytyka narzędzi, jakimi posługują się państwa w swoich stosunkach z innymi podmiotami prawa międzynarodowego, oraz brak efektywności i skuteczności niektórych instrumentów prawnomiędzynarodowych prowadzi do niesłusznych sugestii, że prawo nie działa. Państwa przejmują inicjatywę i na własną rękę próbują rozwiązywać poszczególne kryzysy w swoim regionie lub regionie strategicznym dla jego interesów. Solidarność międzynarodowa staje się wówczas pustym hasłem. Prowadzi to do wzrostu sił nacjonalistycznych w tych państwach, a w efekcie do akceptacji nierówności na świecie, czego skutkiem jest m.in. korzystanie z dóbr wytwarzanych przez wielkie koncerny wykorzystujące lokalną ludność, w tym dzieci do niewolniczej lub oburzająco niskopłatnej pracy.

Problemu ubóstwa i zabezpieczenia minimalnych praw osób żyjących w skrajnym ubóstwie nie rozwiąże nawet najlepsze prawo tworzone na szczeblu międzynarodowym, jeśli zmianie nie ulegnie nastawienie rządów i popierających je społeczeństw. Jest to łańcuch, w którym każde ogniwo jest niezbędne. Niewątpliwie pierwszy krok powinien być związany z upowszechnianiem wiedzy o problemie ubóstwa i jego przyczynach. Pamiętać należy, iż

<sup>26</sup> *Chapman v. the United Kingdom*, para 99, ECtHR, January 2001.

<sup>27</sup> *Connors v. the United Kingdom*, para 94, ECtHR May 27, 2004.



gdyby w społeczności międzynarodowej nie następowały trudne, długie i niekiedy bolesne dla najzamożniejszych procesy dalej niewolnictwo byłoby legalne, a kobiety nie miały praw wyborczych.

## Literatura

- Du Plessis A., *South Africa's Constitutional Environmental Right (Generously) Interpreted: What Is in It for Poverty?*, "South African Journal on Human Rights" 2011, t. 27, cz. 2.
- Durojaye E., *When Poverty Is Not a Sin: An Assessment of the Human Rights Council's Guiding Principles on Poverty and Human Rights*, "African Journal of International and Comparative Law" 2014, nr 3(22).
- Gronowska B. (red.), *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, Toruń 1999.
- Hulme D., Turner O., *Poverty Reduction*, [w:] T. G. Weiss, R. Wilkinson, *International Organization and Global Governance*, London – New York 2014.
- Justino P., *War and Poverty*, [w:] M. R. Garfinkel, S. Skaperdas (red.), *The Economics of Peace and Conflict*, Oxford 2012.
- Lavrysen L., *Poverty and Human Rights. A European Perspective*, [w:] E. Brems, Ch. Van der Beken, S. Abay Yimer (red.), *Human Rights and Development. Legal Perspectives from and for Ethiopia*, Leiden – Boston 2015.
- Przyborowska-Klimczak A. (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006.
- Sękowska-Kozłowska K., *Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych – nowy mechanizm dochodzenia praw jednostek*, [online] <[www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=58f0744907ea8bd8e0f51e568f1536289ceb40a5-d3](http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=58f0744907ea8bd8e0f51e568f1536289ceb40a5-d3)>.
- Solarz A. M., *Prawa człowieka i etyka w stosunkach międzynarodowych*, „Polski Przegląd Dyplomatyczny” 2007, nr 1.
- Szczęśny-Nartowski A., *Prawa człowieka w systemie ONZ (tendencje rozwojowe)*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 2.

## Summary

### *The protection of people living in poverty in the light of international public law*

**Key words:** poverty, protection of people living in poverty, diminishing poverty, human rights, adequate standard of living, extreme poverty.

Fight with poverty is the biggest challenge facing humanity in XXI c. The international community undertakes actions which are aimed at specific objectives e.g. decreasing by half the number of people living in abject poverty within a specific period of time. Such a task-based approach to the problem of poverty allows giving legal acts a particular wording and specifying

tools thanks to which it will be possible to execute subsequent tasks. However, not all solutions are efficient, all the more, that protection of people living in poverty is defined in documents which, most often, do not have a binding character in the understanding of international law. The aim of the present paper is an attempt to define rights of people who live in poverty, based on the analysis of documents adopted by particular states. These rights are not only dispersed, but also, unfortunately, majority of them have only the character of postulated standards and not real commitments of countries towards their citizens.

Undoubtedly, within the scope of the process of diminishing poverty there is a need for a public debate at the international level. A complete elimination of this problem does not seem possible due to various factors which are outside the legal scope, but it does not mean that the international community should accept their impotence.

**Marcin Pączek**

Zakład Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego  
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego

## **Kilka uwag o dopuszczalności wykorzystania wyłącznej strefy ekonomicznej obcego państwa dla celów wojskowych**

### **Zagadnienia wprowadzające**

W Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza z 1982 r.<sup>1</sup> (dalej jako Konwencja) dokonano nowej klasyfikacji obszarów morskich, odchodząc od tradycyjnego podziału na morze terytorialne i morze pełne. Państwa używały m.in. możliwość ustanowienia wyłącznej strefy ekonomicznej (*Exclusive Economic Zone* – EEZ), zdefiniowanej jako „obszar znajdujący się poza granicami morza terytorialnego i przylegający do tego morza, który podlega specjalnemu reżimowi prawnemu” oraz sięga nie dalej niż 200 mil morskich od linii podstawowej, od której mierzona jest szerokość morza terytorialnego (art. 55 i 57 Konwencji). Szacuje się, że w wyniku przeprowadzonych procesów delimitacyjnych przedmiotowa strefa mogła objąć nawet 40% akwenów morskich zaliczanych uprzednio do morza pełnego<sup>2</sup>.

Ważnym problemem, który niestety nie doczekał się jednoznacznego unormowania w postanowieniach Konwencji, jest sprawa dopuszczalności prowadzenia działalności wojskowej w wyłącznej strefie ekonomicznej innego państwa. Przyczyn takiego stanu rzeczy było kilka, aczkolwiek decydujące znaczenie miał fakt, że w tamtym czasie EEZ stanowiła stosunkowo nowy reżim prawny, dla którego nie wykształciły się jeszcze w pełni normy zwyczajowego prawa międzynarodowego. W konsekwencji uczestnicy III Konferencji Prawa Morza ONZ zdecydowali się poświęcić więcej miejsca i czasu na

<sup>1</sup> Konwencja została sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., a weszła w życie 16 listopada 1994 r. Polska jest jej stroną od 13 grudnia 1998 r. (Dz. U. z 2002 r., nr 59, poz. 543). Tekst Konwencji w języku polskim zob. *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, A. Przyborowska-Klimczak (wybór i oprac.), Lublin 2008, s. 307–419.

<sup>2</sup> P.R. Pinet, *Essential Invitation to Oceanography*, Burlington 2014, s. 366.

debatę nad problemami, które rodziły kluczowe niedogodności dla żeglugi międzynarodowej i wymagały pilnego uregulowania<sup>3</sup>.

Późniejsza praktyka pokazała, że dyskutowane zagadnienie ciągle zyskuje na aktualności, stanowiąc niejednokrotnie przedmiot poważnych sporów między państwami. Wystarczy w tym kontekście przypomnieć incydent z 2009 r. Należący do Marynarki Wojennej Stanów Zjednoczonych okręt pomocniczy *USNS Impeccable*, prowadzący misję pozyskiwania danych oceanicznych, został nagle otoczony przez pięć jednostek chińskich. Zdarzenie miało miejsce na wodach EEZ Chin, około 75 mil na południe od wyspy Hainan. Obce jednostki zbliżyły się do amerykańskiego okrętu na odległość niepełna ośmiu metrów, zmuszając go do podjęcia ryzykownych manewrów antykolizyjnych. Rząd Stanów Zjednoczonych złożył oficjalny protest, uznając poczynania Chin za godzące w wolność żeglugi na wodach międzynarodowych. W odpowiedzi władze w Pekinie poinformowały, iż misja realizowana przez okręt *Impeccable* na wodach chińskiej EEZ zagrażała bezpieczeństwu narodowemu i naruszała prawnomiędzynarodowy status tej strefy<sup>4</sup>. Podobnych incydentów było więcej, a rejon Morza Południowochińskiego oraz Wschodniocińskiego stał się szczególnie podatny na występowanie tego rodzaju nieporozumień<sup>5</sup>.

Spółeczność międzynarodowa nie wypracowała jak dotąd jednolitego stanowiska w kwestii dopuszczalności prowadzenia działalności wojskowej w EEZ innego państwa. Andrzej Makowski podkreśla, że na problem ten należałoby spojrzeć z perspektywy konieczności uwzględnienia uzasadnionych interesów ekonomicznych państwa nadbrzeżnego we własnej strefie

---

<sup>3</sup> G.V. Galdorsi, A.G. Kaufman, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 32, nr 2, s. 254–255.

<sup>4</sup> R. Pedrozo, *Close Encounters at Sea: The USNS Impeccable Incident*, „Naval War College Review” 2009, vol. 62, nr 3, s. 101–102.

<sup>5</sup> Władze chińskie od dłuższego już czasu prowadzą politykę ukierunkowaną na potwierdzenie swoich roszczeń terytorialnych do kilku spornych obszarów o kluczowym znaczeniu położonych na Morzu Południowochińskim (m.in. Wyspy Paracelskie, Wyspy Spratly, rafa Scarborough Shoal) oraz Wschodniocińskim (Senkaku). Jednym z elementów tej polityki jest stosowanie strategii określanej jako „krojenie kielbasy po plasterku” (*salami-slicing strategy*). Strategia ta polega na inicjowaniu drobnych działań, z których żadne nie jest wprawdzie w stanie wywołać poważnego kryzysu, ale oceniane kumulatywnie potencjał taki już posiadają. Obrazują bowiem stopniowe i konsekwentne dążenie Chin do rozciągnięcia zwierzchnictwa nad rozległymi akwenami morskimi. Procesowi temu towarzyszą próby regulowania warunków przepływu obcych okrętów wojennych i ograniczania ich dostępu do wód chińskiej wyłącznej strefy ekonomicznej. Przyjęta przez rząd w Pekinie strategia zmierza w rzeczywistości do ustanowienia na wodach EEZ reżimu prawnego przypominającego ten obowiązujący na morzu terytorialnym. Szerzej na ten temat zob. A. Waldron, *China’s “Peaceful Rise” Enters Turbulence*, „Orbis” 2014, vol. 58, nr 2, s. 164–181; R. O’Rourke, *Maritime Territorial and Exclusive Economic Zone (EEZ) Disputes Involving China: Issues for Congress*, CRS Report, May 31, 2016. Pełny tekst Raportu dostępny [online] <<https://fas.org/sgp/crs/row/R42784.pdf>>.

oraz praw i interesów innych państw do korzystania z wolności żeglugi na wspomnianym obszarze. Zdaniem autora, przeniesienie punktu ciężkości na jeden z tych elementów powoduje, że na popularności zyskują dwa skrajnie odmienne poglądy: albo akceptujący działalność wojskową w EEZ, albo zakazujący takiej działalności bez wyraźnej zgody państwa nadbrzeżnego<sup>6</sup>. Tego rodzaju dylematy towarzyszyły również niektórym państwom przystępującym do Konwencji o prawie morza. Przykładowo, Brazylia w momencie podpisywania Konwencji złożyła jednostronną deklarację stwierdzającą, iż jej rząd „wychodzi z założenia, że postanowienia Konwencji nie upoważniają innych państw do prowadzenia w wyłącznej strefie ekonomicznej ćwiczeń wojskowych ani manewrów, w szczególności takich, którym towarzyszy użycie broni oraz materiałów wybuchowych, bez zgody państwa nadbrzeżnego”. Z kolei w świetle odmiennego stanowiska rządu holenderskiego: „Konwencja nie upoważnia państwa nadbrzeżnego do zakazywania prowadzenia ćwiczeń wojskowych w jego wyłącznej strefie ekonomicznej. Prawa państwa nadbrzeżnego we własnej EEZ zostały wymienione w art. 56 Konwencji, który nie przyznaje odnośnemu państwu uprawnień do wprowadzania tego rodzaju restrykcji. W wyłącznej strefie ekonomicznej wszystkie państwa korzystają z wolności żeglugi oraz przelotu na warunkach ustanowionych w niniejszej Konwencji”<sup>7</sup>.

Rozważania prowadzone w dalszej części opracowania koncentrują się na próbie wyjaśnienia zasygnalizowanych wyżej wątpliwości i dylematów związanych z dopuszczalnością wykorzystania obcej EEZ do celów wojskowych. Podstawą stosownej analizy będą postanowienia Konwencji o prawie morza, która – interpretowana we właściwy sposób i w dobrej wierze – staje się miarodajnym instrumentem prawnym do oceny tego zagadnienia. Pamiętać jednak trzeba, że ze względu na delikatną naturę diskutowanego problemu, jakkolwiek generalizacja stanowisk jest w tym wypadku wysoce niewskazana. W każdej tego typu sytuacji uwzględnić należy prawnie chronione interesy państwa nadbrzeżnego, uprawnienia państw trzecich oraz charakter i naturę działalności wojskowej prowadzonej na wodach EEZ.

## **Prawa państwa nadbrzeżnego a prawa innych państw w wyłącznej strefie ekonomicznej**

Na wodach EEZ państwo nadbrzeżne dysponuje „suwerennymi prawami w celu badania, eksploatacji i ochrony” zasobów naturalnych wód morskich,

<sup>6</sup> A. Makowski, *Czy regulacje Konwencji o prawie morza z 1982 roku są właściwe w zakresie szeroko rozumianego bezpieczeństwa na morzu?*, „Prawo Morskie” 2013, vol. XXIX, s. 183.

<sup>7</sup> Wykaz wszystkich deklaracji i oświadczeń złożonych na podstawie art. 310 Konwencji o prawie morza zob. [online] <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXI/XXI-6.en.pdf>>.

dna morskiego i jego podziemia. Posiada również uprawnienia do gospodarowania tymi zasobami i realizowania przedsięwzięć polegających np. na wytwarzaniu energii z wody, prądów morskich i wiatrów. Zachowuje ponadto jurysdykcję w odniesieniu do budowania sztucznych wysp, instalacji oraz innych podobnych konstrukcji, badań naukowych morza oraz ochrony i utrzymania środowiska morskiego. Wykonując swoje uprawnienia, państwo nadbrzeżne jest zobowiązane uwzględniać w należyty sposób prawa i obowiązki innych państw korzystających z tej strefy (art. 56 Konwencji).

Przyznanie państwu nadbrzeżnemu „suwerennych uprawnień” w EEZ nie jest tożsame z prawem do rozciągnięcia suwerenności nad tym obszarem<sup>8</sup>. W przeciwieństwie bowiem do morza terytorialnego, gdzie władza państwowa została ograniczona jedynie prawem nieszkodliwego przepływu, na wodach EEZ państwo nadbrzeżne dysponuje tylko częścią suwerennych uprawnień, posiadanych *in extenso* na morzu terytorialnym. Odnośne prawa mają w tym przypadku wyłącznie charakter ekonomiczny i środowiskowy<sup>9</sup>. Jeżeli spojrzeć na praktykę i stanowiska państw z okresu bezpośrednio poprzedzającego przyjęcie Konwencji, to można zauważyć, że konieczność wykonywania kontroli nad „zewnętrzny” akwenami morskimi prawie zawsze uzasadniana była chęcią zapewnienia sobie monopolu na eksplorację zasobów tych akwenów i ochrony środowiska morskiego<sup>10</sup>. Nie czyniono tego w imię ekspansji terytorialnej, zabezpieczenia przed możliwymi zagrożeniami militarnymi czy dla realizacji doraźnych celów politycznych. Dominowało jednocześnie przekonanie, że uprawnienia wykonywane przez państwo nadbrzeżne na obszarach znajdujących się poza jego władzą zwierzchnią winny pozostawać bez uszczerbku dla wolności żeglugi i przelotu przysługujących obcym statkom morskim i powietrznym<sup>11</sup>.

Prawa państw trzecich w EEZ zostały wprost wskazane w art. 58 Konwencji, gdzie zaznaczono, że wszystkie państwa „korzystają [...] z wymienionych w art. 87 wolności żeglugi i przelotu, układania kabli podmorskich i rurociągów oraz innych, zgodnych z prawem międzynarodowym, sposobów korzystania z morza, jakie wiążą się z tymi wolnościami w związku z używa-

<sup>8</sup> C.E. Pirtle, *Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium*, „Ocean Development and International Law” 2000, vol. 31, nr 1–2, s. 30.

<sup>9</sup> J.W. Bellflower, *Contested Airspace: The Legality of Military Use of Airspace above the Exclusive Economic Zone*, „Annals of Air & Space Law” 2014, vol. 39, s. 242.

<sup>10</sup> Przykładowo, w Deklaracji z Montevideo o prawie morza, przyjętej w 1970 r. przez grupę państw latynoamerykańskich, podkreślono „prawo państw nadbrzeżnych do czerpania korzyści z zasobów naturalnych wód morskich przylegających do ich wybrzeży a także z dna morskiego i jego podziemia, celem uzyskania wysokiego stopnia rozwoju gospodarczego i podniesienia poziomu życia ich obywateli” – tekst Deklaracji w: „American Journal of International Law” 1970, vol. 64, nr 5, s. 1021–1023. Podobne postanowienia zamieszczono w przyjętej kilka miesięcy później Deklaracji z Limy – tekst w: „International Legal Materials” 1971, vol. 10, nr 1, s. 207–214.

<sup>11</sup> D.J. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford 1987, s. 7–8.

niem statków morskich i powietrznych [...], o ile jest to zgodne z innymi postanowieniami niniejszej Konwencji”. Podkreślono przy tym, że pod warunkiem braku sprzeczności z częścią V Konwencji, artykuły od 88 do 115 znajdują zastosowanie także do wyłącznej strefy ekonomicznej<sup>12</sup>. Wykonując przyznane uprawnienia, państwa trzecie są zobowiązane przestrzegać regulacji ustanowionych przez państwo nadbrzeżne, o ile regulacje te nie kolidują z postanowieniami Konwencji normującymi prawnomiędzynarodowy status EEZ<sup>13</sup>.

Zamieszczenie w art. 58 Konwencji odwołania do „innych, zgodnych z prawem międzynarodowym, sposobów korzystania z morza, jakie wiążą się z tymi wolnościami”, uznawane było przez tzw. mocarstwa morskie za kluczowe. W ich przekonaniu potwierdzało bowiem dopuszczalność prowadzenia działalności wojskowej w EEZ państwa nadbrzeżnego, jako aktywności tradycyjnie powiązanej z używaniem okrętów wojennych. Przywołanie w tym kontekście art. 87 Konwencji miało dodatkowo wzmacniać taką optykę, gdyż sugerowało, że treść i zakres wolności żeglugi, przelotu, układania kabli podmorskich i rurociągów są zasadniczo takie same na wodach EEZ, jak na morzu pełnym<sup>14</sup>. Jak zauważyła amerykańska delegacja na III Konferencji Prawa Morza, w wyłącznej strefie ekonomicznej „wszystkie państwa cieszą się tradycyjną wolnością żeglugi, przelotu, układania kabli podmorskich i rurociągów oraz innymi zgodnymi z prawem sposobami korzystania z morza związanymi z wymienionymi wolnościami, które, pod względem ilościowym i jakościowym, pozostają takie same, jak te wykonywane na morzu pełnym. Manewry, ćwiczenia i operacje wojskowe zawsze uznawane były za zgodne z prawem międzynarodowym sposoby korzystania z morza. Wszystkie państwa w dalszym ciągu zachowują uprawnienie do prowadzenia tego typu działań na wodach wyłącznej strefy ekonomicznej”<sup>15</sup>.

Oceniając legalność wykorzystania obcej EEZ dla celów wojskowych, zwrócić należy uwagę na jeszcze jedną ważną kwestię. Otóż Konwencja o prawie morza wprowadza pewne ograniczenia w prowadzeniu aktywności militarnej na niektórych obszarach morskich, ale zakazy te dotyczą jedynie statków korzystających z prawa nieszkodliwego przepływu, prawa przejścia tranzytowego oraz prawa przejścia archipelagowym szlakiem morskim.

---

<sup>12</sup> Chodzi m.in. o uprawnienia państw trzecich do podejmowania środków służących: zapobieganiu i karaniu przewozu niewolników (art. 99); zwalczaniu piractwa (art. 99), handlu narkotykami i substancjami psychotropowymi (art. 108), nadawania nielegalnych audycji radiowych (art. 109); realizacji prawa wizyty i rewizji (art. 110) czy wykonywania prawa pościgu (art. 111).

<sup>13</sup> Por. art. 58 Konwencji.

<sup>14</sup> K. Hyun-Soo, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, [w:] R. B. Jaques (red.), *Issues in International Law and Military Operations*, Newport 2006, s. 258.

<sup>15</sup> *Third United Nations Conference on the Law of the Sea*. Note by the Secretariat, UN Doc. A/CONF.62/WS/37 and Add. 1–2, s. 244.

Zgodnie np. z art. 19 Konwencji, jednostka realizująca prawo nieszkodliwego przepływu nie może podejmować na morzu terytorialnym żadnych działań polegających na groźbie lub użyciu siły, wykonywać manewrów lub ćwiczeń wojskowych, zbierać informacji na szkodę obronności lub bezpieczeństwa państwa nadbrzeżnego czy prowadzić działalności badawczej lub obserwacji hydrograficznych. Art. 52 Konwencji rozciąga wspomniane ograniczenia na wody archipelagowe, a art. 39 nakazuje powstrzymać się od wszelkich działań innych niż te związane z normalnym trybem tranzytu przez cieśninę. Konwencja nie daje natomiast podstaw do stosowania podobnych restrykcji na wodach EEZ (odrębnej analizy wymaga sprawa zakazu groźby lub użycia siły zbrojnej). Co więcej, podejmowane przez nieliczne kraje w trakcie prac kodyfikacyjnych próby włączenia klauzuli „bezpieczeństwa narodowego”, jako prawnie chronionego interesu państwa nadbrzeżnego w wyłącznej strefie ekonomicznej, nie spotkały się z pozytywnym odbiorem<sup>16</sup>.

Zaprezentowane uwagi i spostrzeżenia prowadzą do wniosku, że wykorzystanie EEZ innego państwa do celów wojskowych nie jest zasadniczo przez prawo międzynarodowe zabronione<sup>17</sup>. Pamiętać jednak trzeba, że wykonując posiadane na tym obszarze uprawnienia, zarówno państwo nadbrzeżne, jak i państwa trzecie są zobowiązane należycie uwzględniać prawa pozostałych krajów. Oznacza to, że prowadzenie aktywności wojskowej na wodach EEZ nie może pozbawiać państwa nadbrzeżnego możliwości gospodarczej eksploatacji tej strefy czy też utrudniać ochrony środowiska morskiego. Z drugiej strony, państwo nadbrzeżne musi brać pod uwagę przysługującą wszystkim innym państwom wolność żeglugi i towarzyszące tej wolności dozwolone sposoby korzystania z morza<sup>18</sup>. Zapewnienie właściwej równowagi tych interesów nie jest możliwe bez uwzględnienia charakteru, celu i zakresu działalności wojskowej, która ma być realizowana na wodach EEZ.

## **Charakterystyka działalności wojskowej w wyłącznej strefie ekonomicznej**

Nie budzi większych wątpliwości, że wykonywanie manewrów wojskowych bez zgody państwa nadbrzeżnego na obszarze oznaczonym przykładowo jako rejon intensywnych połowów zostanie uznane za sprzeczne z postanowieniami regulującymi prawnomiędzynarodowy status wyłącznej strefy

<sup>16</sup> R. Pedrozo, *Close Encounters at Sea...*, s. 105.

<sup>17</sup> Tak np. zob. N. Hong, *UNCLOS and Ocean Dispute Settlement: Law and Politics in the South China Sea*, New York 2012, s. 82; Ch. Lung-Chu, *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy – Oriented Perspective*, Oxford 2015, s. 173.

<sup>18</sup> J. Geng, *The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS*, „Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law” 2012, vol. 28, s. 27.



ekonomicznej. To samo dotyczy tych przypadków, gdy ćwiczenia militarne i testy uzbrojenia uniemożliwiają państwu nadbrzeżnemu podjęcie środków koniecznych do ochrony i zachowania rzadkich lub wrażliwych ekosystemów, jak również do ochrony narażonych na niebezpieczeństwo gatunków ryb i innych form życia w morzu<sup>19</sup>. Wykonując natomiast uprawnienia związane z zapobieganiem, zmniejszaniem i kontrolą zanieczyszczeń środowiska morskigo, państwa nadbrzeżne muszą powstrzymywać się od nieuzasadnionego zakłócania działalności prowadzonej przez inne państwa w korzystaniu z ich praw (art. 194 ust. 4 Konwencji).

Zauważyć należy, że sam termin „działalność wojskowa” jest w omawianym kontekście interpretowany szeroko, a prowadzenie ćwiczeń i manewrów wojskowych stanowi zaledwie jeden z aspektów tej działalności. Współcześnie, w związku ze znacznym postępowaniem technologicznym, zwiększyły się możliwości pozyskiwania różnych danych i informacji, które z powodzeniem mogą być wykorzystywane do celów wojskowych. Chociaż jeszcze kilkanaście lat temu taka aktywność wymagała bliskiej obecności u wybrzeży danego państwa, obecnie może być realizowana już na wodach jego wyłącznej strefy ekonomicznej<sup>20</sup>. Praktyka państw doprowadziła w konsekwencji do wykształcenia się pewnej siatki pojęciowej, która opisywać ma zakres dopuszczalnej działalności wojskowej na wodach EEZ. Najczęściej rozróżniane są w tym miejscu: „operacje wywiadowcze i rekonesansu” (*Intelligence and Reconnaissance Operations*), „operacje pozyskiwania danych morskich” (*Marine Data Collection Operations*) oraz „pomiar hydrograficzne” (*Hydrographic Surveys*)<sup>21</sup>. Państwa, które dążą do ograniczenia obcej aktywności wojskowej we własnej strefie ekonomicznej, traktują wymienione operacje jako element „badań naukowych morza”, podlegających, zgodnie z art. 56 ust.1 pkt B (ii) Konwencji, jurysdykcji państwa nadbrzeżnego<sup>22</sup>.

Konwencja z Montego Bay nie zawiera definicji „badań naukowych morza”, aczkolwiek termin ten jest powszechnie rozumiany jako obejmujący eksplorację naukową zmierzającą do lepszego poznania środowiska morskie-

---

<sup>19</sup> S. Bateman, *The Regime of the Exclusive Economic Zone: Military Activities and the Need for Compromise?*, [w:] T.M. Ndiaye, R. Wolfrum (red.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Leiden 2007, s. 576.

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat zob. D. Ball, *Intelligence Collection Operations and EEZs: The Implications of New Technology*, „Marine Policy” 2004, vol. 28, nr 1, s. 67–79.

<sup>21</sup> S. Menegazzi, *Military Exercises in the Exclusive Economic Zones: The Chinese Perspective*, „Maritime Safety and Security Law Journal” 2015, nr 1, s. 58–59.

<sup>22</sup> Przykładowo, art. 9 właściwych przepisów krajowych Chińskiej Republiki Ludowej stanowi: „Wszystkie organizacje międzynarodowe, zewnętrzne podmioty oraz osoby fizyczne są zobowiązane uzyskać zgodę ze strony właściwych organów Chińskiej Republiki Ludowej na prowadzenie morskich badań naukowych na wodach jej wyłącznej strefy ekonomicznej i na szelfie kontynentalnym oraz postępować zgodnie z prawem i regulacjami ChRL”. Cyt za: S. Menegazzi, op. cit., s. 66.

go<sup>23</sup>. Dyskusja prowadzona na forum III Konferencji Prawa Morza ukazała, że dużym poparciem państw cieszyła się definicja traktująca morskie badania naukowe jako „każdy rodzaj badań podstawowych lub stosowanych oraz powiązanych z nimi prac eksperymentalnych, realizowanych przez państwa oraz osoby fizyczne i prawne, a także przez organizacje międzynarodowe, które to badania nie są bezpośrednio nastawione na przemysłowe wykorzystanie, a ich celem jest uzyskanie wiedzy na temat wszelkich aspektów procesów naturalnych i zjawisk zachodzących na wodach oceanicznych”. Wprawdzie poszczególne propozycje zawierały drobne różnice, niemniej ich wspólną cechą było akcentowanie odmienności występujących pomiędzy „normalną” działalnością badawczą a pozyskiwaniem danych dla celów przemysłowych (handlowych) i wojskowych<sup>24</sup>.

Gromadzenie i posiadanie przez państwa danych przeznaczonych do użytku wojskowego jest uzasadniane potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa okrętom uczestniczącym w poszczególnych operacjach na wodach EEZ. Ma to szczególne znaczenie wówczas, gdy topografia akwenu morskiego jest niejednolita i utrudnia skuteczne prognozowanie występujących warunków oceanograficznych i akustycznych. W interesie bezpieczeństwa żeglugi morskiej leży dysponowanie odpowiednimi danymi geologicznymi, geofizycznymi, chemicznymi, biologicznymi oraz akustycznymi<sup>25</sup>. Przyrządy i mechanizmy stosowane w celu zdobycia wspomnianych informacji mogą być te same, z których na ogół korzysta się w badaniach naukowych morza, choć ich przeznaczenie jest inne. Dane te nie służą wzbogaceniu wiedzy społeczności międzynarodowej na temat środowiska morskiego, lecz realizacji konkretnych potrzeb wojskowych. Z tego względu mają zwykle poufny charakter, który wyklucza ich upowszechnianie<sup>26</sup>.

Teza o konieczności odmiennego traktowania badań naukowych i pozostałych działań związanych z pozyskiwaniem danych morskich znajduje osobne wsparcie w treści odpowiednich przepisów Konwencji o prawie morza. Zasadę nieszkodliwego przepływu regulują przepisy art. 19, przy czym lit. (c) ust. 2 zawiera odniesienie do „zbierania informacji”, natomiast lit. (j) do „prowadzenia działalności badawczej lub obserwacji hydrograficznych”. Sformułowania te wskazują nie tylko na istnienie różnic między zakresem

---

<sup>23</sup> A.M. Hubert, *The New Paradox in Marine Scientific Research: Regulating the Potential Environmental Impacts of Conducting Ocean Science*, „Ocean Development and International Law” 2011, vol. 42, nr 4, s. 330.

<sup>24</sup> Zob. United Nations, *The Law of the Sea: Marine Scientific Research. A Revised Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, United Nations Publication, Sales No. E.10.V.12, New York 2010, s. 4–5.

<sup>25</sup> S. Bateman, op. cit., s. 579.

<sup>26</sup> R. Pedrozo, *Military Activities in and over the Exclusive Economic Zone*, [w:] M. H. Nordquist, T. B. Koh, J. N. Moore (red.), *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, Leiden – Boston 2009, s. 245–246.

znaczeniowym dwóch przywołanych punktów, ale obrazują również zasadność rozgraniczenia działalności badawczej od prowadzenia obserwacji hydrograficznych. Celowość takiego rozgraniczenia wspiera ponadto brzmienie art. 40 Konwencji, który stanowi, że bez zgody państwa położonego nad cieśniną jednostki korzystające z prawa przejścia nie mogą prowadzić „działalności badawczej ani obserwacji hydrograficznych”<sup>27</sup>.

Jak pokazuje praktyka, państwa posiadające ku temu odpowiednie możliwości i środki od dawna wykorzystywały swoje okręty wojenne do pozyskiwania różnego rodzaju informacji oceanograficznych i hydrograficznych na wybranych akwenach morskich. Dominowało przekonanie, że przedmiotowe operacje mieszczą się w granicach dozwolonych sposobów korzystania z wolności żeglugi. W trakcie zimnej wojny Stany Zjednoczone oraz Związek Radziecki realizowały standardowe misje gromadzenia danych wywiadowczych w obcych strefach ekonomicznych bez pytania o zgodę, a nawet bez notyfikowania tego faktu zainteresowanym państwom. Obecnie Rosja posiada ponad siedemdziesiąt jednostek przeznaczonych do takich misji, operujących głównie na Morzu Bałtyckim, Morzu Czarnym, na Atlantyku i Pacyfiku. Japonia, Australia, Republika Południowej Afryki i wiele innych państw realizuje podobne ekspedycje<sup>28</sup>. Zdecydowany sprzeciw Chin wobec prób pozyskiwania jakichkolwiek danych z chińskiej EEZ, wydaje się w tych okolicznościach mało przekonujący. Co równie istotne, państwo to stosuje odmienne standardy kwalifikacji własnych i obcych operacji morskich. Warto bowiem przypomnieć, że gdy na przełomie wiosny i lata 2000 r. Chińska Marynarka Wojenna prowadziła w japońskiej EEZ misję zbierania danych do celów wojskowych, rząd w Pekinie przekonywał, że jego działalność pozostaje w całkowitej zgodności z normami prawa międzynarodowego<sup>29</sup>.

Granica między badaniami naukowymi morza (które zasadniczo podlegają jurysdykcji państwa nadbrzeżnego) a gromadzeniem informacji przeznaczonych do celów wojskowych (jako niepodlegających jurysdykcji państwa nadbrzeżnego) jest czasami trudna do określenia. Nie stanowi to jednak podstawy do uznaniowego regulowania przez państwo nadbrzeżne aktywności, która zgodnie z Konwencją o prawie morza znajduje się poza jego jurysdykcją. Dlatego uchwalane w tym zakresie przepisy krajowe należałoby uznać za niewywołujące skutków prawnych względem podmiotów trzecich<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> J. Kraska, *Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics*, Oxford 2011, s. 272.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 271.

<sup>29</sup> J.M. van Dyke, *Military Ships and Planes Operating in the Exclusive Economic Zone of Another Country*, „Marine Policy” 2004, vol. 28, nr 1, s. 34.

<sup>30</sup> R. Beckman, T. Davenport, *The EEZ Regime: Reflections after 30 years*, “Papers from the Law of the Sea Institute”, UC Berkley – Korea Institute of Ocean Science and Technology Conference, held in Seoul, Korea, May 2012, s. 11, [online] <[www.law.berkeley.edu/files/Beckman-Davenport-final.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/Beckman-Davenport-final.pdf)>.

Niektóre państwa, spotykając się z podobnymi ograniczeniami w korzystaniu z wyłącznej strefy ekonomicznej, reagują w sposób bardziej stanowczy. Na przykład Stany Zjednoczone inicjują operacje FONAs (*Freedom of Navigation Operational Assertions*), polegające na wysłaniu Marynarki Wojennej oraz lotnictwa w to miejsce, gdzie wcześniej jakaś amerykańska jednostka została bezprawnie zmuszona do przerwania swojej misji. Ma to stanowić jasny sygnał, że USA nie akceptuje niedozwolonych restrykcji nakładanych przez państwo nadbrzeżne<sup>31</sup>.

### **Działalność wojskowa w wyłącznej strefie ekonomicznej a problem korzystania z morza wyłącznie w celach pokojowych**

Prawo międzynarodowe wymaga, aby korzystanie z obszarów morskich miało charakter pokojowy. W Preambule Konwencji o prawie morza sygnatariusze wyrazili przekonanie, że „kodyfikacja i postępowy rozwój prawa morza, dokonane w niniejszej konwencji, będzie sprzyjać umacnianiu pokoju, bezpieczeństwa, współpracy i przyjaznych stosunków między wszystkimi państwami” (ust. 7). Na mocy art. 88 Konwencji, który zgodnie z art. 58 ust. 2 znajduje zastosowanie także do wyłącznej strefy ekonomicznej, „morze pełne jest wykorzystywane wyłącznie do celów pokojowych”. Posiłkując się brzmieniem cytowanych przepisów, niektóre państwa podnoszą, że jakakolwiek forma obcej aktywności wojskowej w ich wyłącznej strefie ekonomicznej, stanowi pogwałcenie tej zasady<sup>32</sup>.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku kilku innych pojęć, twórcy Konwencji nie zdecydowali się na zdefiniowanie terminu „cele pokojowe”. Niemniej w art. 301 Konwencji, noszącym tytuł „Korzystanie z mórz w celach pokojowych”, zaznaczyli, że „korzystając ze swoich praw i wypełniając swoje zobowiązania na podstawie niniejszej konwencji, Państwa-Strony powstrzymują się od groźby użycia siły lub użycia siły przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej innego państwa, lub w jakikolwiek inny sposób niezgodny z zasadami prawa międzynarodowego zawartymi w Karcie Narodów Zjednoczonych”. Jeżeli wziąć pod uwagę, że przywoływany już art. 19 Konwencji odróżnia groźbę użycia siły i jej użycie od innych form aktywności militarnej, to argument o niedopuszczalności wszelkich działań wojskowych w wyłącznej strefie ekonomicznej staje się mało przekonujący.

<sup>31</sup> A. Etzioni, *Freedom of Navigation Assertions: The United States as the World's Policeman*, „Armed Forces and Society” 2016, vol. 42, nr 3, s. 501–502.

<sup>32</sup> K. Zou, *Maritime Security and Multilateral Interactions between China and Its Neighbors*, [w:] G. Wu, H. Lansdowne (red.), *China Turns to Multilateralism. Foreign Policy and Regional Security*, London – New York 2008, s. 157–158.

Konwencja o prawie morza uznaje za sprzeczne z celami pokojowymi tylko takie działania, które polegają na stosowaniu groźby lub użyciu siły zbrojnej przeciwko integralności terytorialnej, niezawisłości politycznej lub w inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych<sup>33</sup>. Warto zauważyć, że art. 301 Konwencji nie tylko odsyła w tym kontekście do Karty NZ, ale dodatkowo zawiera sformułowania wprost zaczerpnięte z jej art. 2 ust. 4<sup>34</sup>. Sekretarz Generalny ONZ w przestawionym w 1985 r. raporcie na temat wyścigu zbrojeń na morzu zauważył, że: „działania militarne, które pozostają w zgodzie z zasadami prawa międzynarodowego zawartymi w Karcie Narodów Zjednoczonych, w szczególności z art. 2 ust. 4 oraz art. 51, nie są przez Konwencję o prawie morza zakazane”<sup>35</sup>. Prowadzi to do wniosku, że w wyłącznej strefie ekonomicznej zabroniona będzie więc jedynie taka aktywność wojskowa, która polega na użyciu siły zbrojnej lub stosowaniu groźby jej użycia przeciwko państwu nadbrzeżnemu i nie jest usprawiedliwiona wykonywaniem prawa do samoobrony lub autoryzacją ze strony Rady Bezpieczeństwa ONZ<sup>36</sup>.

Przyznanie racji stanowisku, iż ze względu na samą swoją naturę wszystkie przejawy działalności wojskowej naruszają cele pokojowe, oznaczałoby, że okręty innych państw nie mogą legalnie operować nie tylko w obcej EEZ, ale także na morzu pełnym. Taka konkluzja stoi w oczywistej sprzeczności z głęboko zakorzenioną w prawie międzynarodowym zasadą wolności żeglugi na morzu. Znaczenie formuły „cele pokojowe” jest identyczne pod względem przedmiotowym na wszystkich akwenach morskich i nie zmienia się w zależności od miejsca realizacji konkretnych działań<sup>37</sup>. Zmianie mogą natomiast podlegać okoliczności i motywy towarzyszące prowadzonym operacjom. W przypadku, gdy zamiarem pozyskania danych wywiadowczych z EEZ danego państwa jest chęć przygotowania się do planowanej inwazji i zapewnienia sobie lepszego rozpoznania strategicznego, trudno uznać to za odpowia-

---

<sup>33</sup> Tak np. zob. M. Bothe, *Neutrality: Concept and General Rules*, [w:] F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force. The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford 2017, s. 796.

<sup>34</sup> Zgodnie z art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych (Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90): „Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregokolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych”. *Prawo międzynarodowe...*, s. 9–30.

<sup>35</sup> S.N. Nandan, S. Rosenne (red.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. III, Hague – Boston – London 1995, s. 90–91.

<sup>36</sup> Instytucja prawa do samoobrony oraz upoważnienie udzielone przez Radę Bezpieczeństwa ONZ na użycie siły zbrojnej stanowią powszechnie akceptowane wyjątki od przewidzianego w art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych zakazu posługiwania się groźbą użycia siły lub jej użyciem w stosunkach międzypaństwowych.

<sup>37</sup> R. Pedrozo, *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus*, „International Law Studies” 2014, vol. 90, s. 534–535.

dające celom pokojowym. Państwo nadbrzeżne może wówczas zakwalifikować przedsięwziętą misję jako niedozwoloną groźbę użycia siły i odmówić obcej jednostce prawa do dalszego jej prowadzenia<sup>38</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że gdy w grę wchodzi subiektywne oceny państw oraz rozmaite interesy polityczne, to perspektywa osiągnięcia porozumienia znacznie się oddala.

## Wnioski

Od momentu ustanowienia reżimu wyłącznej strefy ekonomicznej zagadnienie związane z wykorzystaniem tej strefy przez państwa trzecie do różnych celów wojskowych budziło skrajne emocje. W odróżnieniu bowiem od praw ekonomicznych i środowiskowych posiadanych przez państwo nadbrzeżne czy też praw żeglugowych przysługujących wszystkim innym państwom, kwestia wykonywania działalności wojskowej w EEZ nie została wprost uregulowana w przepisach konwencyjnych. Zauważyć jednak należy, że istniejące w tym zakresie luki wydają się raczej pozorne i przy uwzględnieniu funkcjonalno-systemowego kontekstu Konwencji o prawie morza oraz motywów i okoliczności ustanowienia reżimu wyłącznej strefy ekonomicznej podjęcie próby rozstrzygnięcia tytułowego problemu badawczego nie jest bynajmniej skazane na niepowodzenie.

Przeprowadzona w niniejszym artykule analiza pozwala zauważyć, że podejmowanie szeroko rozumianej działalności wojskowej w EEZ innego państwa jest zasadniczo dozwolone. Korzystające z tego prawa państwa muszą jednak uwzględnić kilka ograniczeń mogących istotnie determinować ocenę legalności przyszłych operacji morskich. Po pierwsze, jakkolwiek aktywność wojskowa w EEZ nie może pozbawiać państwa nadbrzeżnego suwerennych praw do badania, eksploatacji i ochrony zasobów naturalnych, zarówno żywych, jak i nieożywionych, wód morskich, dna morskiego i podziemia obszarów podmorskich. Po drugie, biorąc pod uwagę, że deklarowane operacje mają charakter militarny, istnieje potrzeba ich wyodrębnienia od pozostałych działań, które zgodnie z Konwencją podlegają uprawnieniom regulacyjnym państwa nadbrzeżnego. Najczęściej problemem okaże się wytyczenie w tym miejscu jasnej granicy pomiędzy działalnością wojskową a badaniami naukowymi morza. Ostatnim wreszcie wymogiem jest, aby wszelkie przejawy działalności wojskowej miały charakter pokojowy, tzn. nie stanowiły niedozwolonej groźby lub użycia siły przeciwko państwu nadbrzeżnemu.

W sytuacji, gdy pomimo spełnienia powyższych warunków, państwo nadbrzeżne wprowadza dodatkowe restrykcje w dostępie do własnej EEZ,

---

<sup>38</sup> S. Kaye, *Freedom of Navigation, Surveillance and Security: Legal Issues Surrounding the Collection of Intelligence from Beyond the Littoral*, „Australian Yearbook of International Law” 2005, vol. 24, s. 102.

pozostałe państwa mogą czuć się zwolnione z obowiązku ich przestrzegania. Konwencja o prawie morza zakłada, że powstające na tym tle spory powinny być rozstrzygane w oparciu o zasadę słuszności i w świetle wszelkich odnośnych okoliczności sprawy, a także przy uwzględnieniu wagi interesów państwa nadbrzeżnego oraz interesów jakiegokolwiek innego państwa (art. 59 Konwencji). Na państwie nadbrzeżnym będzie wówczas spoczywał obowiązek udowodnienia, że obca aktywność wojskowa stanowi pogwałcenie prawnomiędzynarodowego statusu wyłącznej strefy ekonomicznej.

## Literatura

- Attard D.J., *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford 1987.
- Ball D., *Intelligence Collection Operations and EEZs: The Implications of New Technology*, „Marine Policy” 2004, vol. 28, nr 1.
- Bateman S., *The Regime of the Exclusive Economic Zone: Military Activities and the Need for Compromise?*, [w:] T.M. Ndiaye, R. Wolfrum (red.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Leiden 2007.
- Beckman R., Davenport T., *The EEZ Regime: Reflections after 30 years*, “Papers from the Law of the Sea Institute”, UC Berkley – Korea Institute of Ocean Science and Technology Conference, held in Seoul, Korea, May 2012, s. 11, [online] <[www.law.berkeley.edu/files/Beckman-Davenport-final.pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/Beckman-Davenport-final.pdf)>.
- Bellflower J.W., *Contested Airspace: The Legality of Military Use of Airspace above the Exclusive Economic Zone*, „Annals of Air & Space Law” 2014, vol. 39.
- Bothe M., *Neutrality: Concept and General Rules*, [w:] F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *The Law of Armed Conflict and the Use of Force. The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford 2017.
- Dyke J.M. van, *Military Ships and Planes Operating in the Exclusive Economic Zone of Another Country*, „Marine Policy” 2004, vol. 28, nr 1.
- Etzioni A., *Freedom of Navigation Assertions: The United States as the World’s Policeman*, „Armed Forces and Society” 2016, vol. 42, nr 3.
- Galdorsi G.V., Kaufman A.G., *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, „California Western International Law Journal” 2002, vol. 32, nr 2.
- Geng J., *The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS*, „Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law” 2012, vol. 28.
- Hubert A.M., *The New Paradox in Marine Scientific Research: Regulating the Potential Environmental Impacts of Conducting Ocean Science*, „Ocean Development and International Law” 2011, vol. 42, nr 4.
- Hong N., *UNCLOS and Ocean Dispute Settlement: Law and Politics in the South China Sea*, New York 2012.
- Hyun-Soo K., *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict*, [w:] R. B. Jaques (red.), *Issues in International Law and Military Operations*, Newport 2006.
- Kaye S., *Freedom of Navigation, Surveillance and Security: Legal Issues Surrounding the Collection of Intelligence from Beyond the Littoral*, „Australian Yearbook of International Law” 2005, vol. 24.

- Kraska J., *Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics*, Oxford 2011.
- Lung-Chu Ch., *An Introduction to Contemporary International Law. A Policy – Oriented Perspective*, Oxford 2015.
- Makowski A., *Czy regulacje Konwencji o prawie morza z 1982 roku są właściwe w zakresie szeroko rozumianego bezpieczeństwa na morzu?*, „Prawo Morskie” 2013, vol. XXIX.
- Menegazzi S., *Military Exercises in the Exclusive Economic Zones: The Chinese Perspective*, „Maritime Safety and Security Law Journal” 2015, nr 1.
- Nandan S.N., Rosenne S. (red.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary*, vol. III, Hague – Boston – London 1995.
- O'Rourke R., *Maritime Territorial and Exclusive Economic Zone (EEZ) Disputes Involving China: Issues for Congress*, CRS Report, May 31, 2016.
- Pedrozo R., *Close Encounters at Sea: The USNS Impeccable Incident*, „Naval War College Review” 2009, vol. 62, nr 3.
- Pedrozo R., *Military Activities in and over the Exclusive Economic Zone*, [w:] M.H. Nordquist, T.B. Koh, J.N. Moore (red.), *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, Leiden – Boston 2009.
- Pedrozo R., *Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus*, „International Law Studies” 2014, vol. 90.
- Pinet P.R., *Essential Invitation to Oceanography*, Burlington 2014.
- Pirtle C.E., *Military Uses of Ocean Space and the Law of the Sea in the New Millennium*, „Ocean Development and International Law” 2000, vol. 31, nr 1–2.
- Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, A. Przyborowska-Klimczak (wybór i oprac.), Lublin 2008.
- United Nations, *The Law of the Sea: Marine Scientific Research. A Revised Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, United Nations Publication, Sales No. E.10.V.12, New York 2010.
- Waldron A., *China's "Peaceful Rise" Enters Turbulence*, „Orbis” 2014, vol. 58, nr 2.
- Zou K., *Maritime Security and Multilateral Interactions between China and Its Neighbors*, [w:] G. Wu, H. Lansdowne (red.), *China Turns to Multilateralism. Foreign Policy and Regional Security*, London – New York 2008.

## Summary

### *A few remarks on the legality of conducting military activities in a foreign exclusive economic zone*

**Key words:** law of the sea, exclusive economic zone, military activities, coastal state, peaceful purposes.

Under the 1982 UN Convention on the law of the sea, the exclusive economic zone is an area beyond and adjacent to the territorial sea, subject to specific regime. In particular, the EEZ regime developed new principles relating both to the rights and the responsibilities of coastal and maritime states within their sphere of influence. However, not all questions have been addressed in a definitive and comprehensive manner. One of them is the issue



of the legality of conducting military operations in the exclusive economic zone without coastal state notice or consent. Although the maritime countries view the law of the sea Convention as permitting navies to operate in the EEZ's of other countries just as they operate on the high seas, some coastal states argue that different rules apply and such an activity is manifestly illegal. This paper examines the competing views on these problems. The author argues that, under the Convention, military activities and exercises are not generally prohibited in a foreign EEZ. Nevertheless, conducting such operations, all states shall have due regard to the rights and duties of the coastal state in the latter exclusive economic zone.



**Katarzyna Grzelak-Bach**

Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji UKSW

## **Koszty procesu w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym – wybrane problemy na tle orzecznictwa**

### **Uwagi ogólne w kontekście orzeczenia TK w sprawie o sygn. akt SK 46/15**

Jednym z podstawowych obowiązków państwa jest realizacja w sposób efektywny możliwości korzystania z praw gwarantowanych, zaś w kwestii dostępu do sądu – zapewnienie urzeczywistnienia tego prawa. Należy zgodzić się z postulatem, iż standard ustalony przez społeczność międzynarodową zawiera propozycję zmierzania do wykreowanego ideału, zaś krajowe unormowania prawne i praktyka sądowa niejednokrotnie tworzą pewnego rodzaju standard minimalny, z narzędziami korygującymi nieprawidłowości, na bieżąco, nie ujmując ich systemowo<sup>1</sup>.

Zgodnie z regulacjami konstytucyjnymi oraz normami międzynarodowych gwarancji praw człowieka, każdy ma prawo do sądu, ale takiego, który spełnia wymogi skuteczności i efektywności. Dla stron procesu zwracających się do organu sądowego w poszukiwaniu rozwiązania sporu z organem istotny jest wynik postępowania ze wszystkimi jego elementami składowymi.

Prawo do sądu, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do rzetelnego procesu w sprawach administracyjnych, powinno przysługiwać każdemu obywatelowi w takim zakresie, w jakim chce on z prawa tego skorzystać, a procedura sądowniczo-administracyjna powinna umożliwiać zwrócenie się w każdej sprawie do sądu z żądaniem ustalenia statusu prawnego jednostki w sytuacjach odczuwalnych przez nią niejasności, a zwłaszcza obawy naruszenia jej praw, zaś rolą sądu administracyjnego jest rzeczywista realizacja

---

<sup>1</sup> A. Mudrecki, *Prawo strony do rzetelnego procesu przed sądami administracyjnymi*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2007, nr 3, s. 45.

tego uprawnienia<sup>2</sup>. Prawo to nie może być rozumiane jedynie formalnie – jako dostępność drogi sądowej w ogóle, lecz też materialnie – jako możliwość prawnie skutecznej, a przede wszystkim efektywnej ochrony praw na drodze sądowej.

Niniejsze opracowanie będzie stanowiło próbę oceny aktualnych rozwiązań w procedurze sądownoadministracyjnej w kontekście braku możliwości zaskarżenia rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania orzeczonych przez Naczelnego Sąd Administracyjny (NSA) po raz pierwszy. Uwagi poczynione na tym tle będą odnosić się do krytyki konstytucyjności przepisów art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 oraz art. 194 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>3</sup>.

Głównym obszarem do dalszych rozważań będzie postępowanie zainicjowane skargą konstytucyjną w sprawie o sygn. akt SK 46/15<sup>4</sup>, które zakończyło się wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 listopada 2016 r.<sup>5</sup>

Podstawą wywiedzenia skargi konstytucyjnej było postępowanie sądownoadministracyjne prowadzone w przedmiocie podatku akcyzowego. Naczelnego Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną skarżącej spółki oraz zasądził na rzecz organu administracji koszty postępowania kasacyjnego. Strona skarżąca, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem w przedmiocie wysokości zasądzonych kosztów, złożyła na nie zażalenie, które zostało odrzucone. W uzasadnieniu postanowienia wyjaśniono, iż rozstrzygnięcia NSA są prawomocnymi orzeczeniami od chwili ich wydania, a co za tym idzie – nie mogą być wzruszone przez zwyczajne środki odwoławcze, takie jak skarga kasacyjna czy zażalenie. Wniesienie zażalenia na postanowienie NSA należało potraktować jako niedopuszczalne, a zażalenie takie odrzucić. W uzasadnieniu wyjaśniono, iż „z treści art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 i art. 194 § 1 p.p.s.a. wynika, że Naczelnego Sąd Administracyjny jest właściwy do rozpoznawania środków odwoławczych, tj. skargi kasacyjnej i zażaleń od wyroków i postanowień wojewódzkich sądów administracyjnych stosownie do przepisów tej ustawy. Natomiast ustawa ta nie zawiera przepisu, który dopuszczałby możliwość rozpoznawania w trybie określonym w jej przepisach, skargi kasacyjnej bądź zażalenia od orzeczeń wydanych przez Naczelnego Sąd Administracyjny. [...] Podstawy wniesienia zażalenia na postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego nie daje art. 194 § 1 p.p.s.a., ponieważ przepis ten dotyczy jedynie postanowień wojewódzkiego sądu administracyjnego. Powyższe

<sup>2</sup> Por. orzeczenia NSA z dnia: 9 listopada 2011 r., sygn. akt I OSK 1936/10 oraz 28 czerwca 2012 r., sygn. akt I OSK 942/11, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 3.05.2017).

<sup>3</sup> Dz. U. z 2012 r., poz. 270 z późn. zm. – dalej jako p.p.s.a.

<sup>4</sup> Dokumenty w sprawie zob. online: <<http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/8799-mozliwosci-zaskarzenia-postanowienia-o-kosztach-procesu-orzeczonych-po-raz-pierwszy-przez-naczeln/>> (dostęp: 12.07.2017).

<sup>5</sup> Sentencja ogłoszona 29 grudnia 2016 r. (Dz.U. poz. 2202), uzasadnienie online: <<http://ipo.trybunal.gov.pl>> (dostęp: 27.07.2017).

potwierdza ugruntowane w tej kwestii stanowisko zarówno sądów, jak i doktryny”<sup>6</sup>.

W postępowaniu zainicjowanym przed Trybunałem Konstytucyjnym strona wniosła o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 oraz art. 194 § 1 p.p.s.a. Skarżąca spółka podniosła, iż przepisy ustawy regulującej postępowanie sądowoadministracyjne wyłączające możliwość wniesienia zażalenia na rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów sądowych, orzeczonych po raz pierwszy przez Naczelną Sąd Administracyjny, naruszają gwarancje konstytucyjne, które wymieniła enumeratywnie:

- prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji);
- prawo do zaskarżania orzeczeń sądowych (art. 78 Konstytucji);
- zasada dwuinstancyjnego postępowania (art. 176 ust. 1 Konstytucji);
- zasada równości wobec prawa i zakaz dyskryminacji (art. 32 ust. 1 Konstytucji);
- prawo własności (art. 64 Konstytucji);
- zasady sprawiedliwości, bezpieczeństwa prawnego i poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji).

Ustawodawca zdecydował, że w myśl art. 15 § 1 p.p.s.a. NSA m.in. rozpoznaje środki odwoławcze od orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych, stosownie do przepisów tej ustawy<sup>7</sup>. Zgodnie zaś z art. 194 § 1 p.p.s.a., zażalenie do NSA przysługuje na postanowienia wojewódzkiego sądu administracyjnego w przypadkach przewidzianych w ustawie, a ponadto na postanowienia wyliczone enumeratywnie w tym przepisie (pkt 1–10)<sup>8</sup>. Na podstawie innych przepisów niż art. 194 § 1 p.p.s.a. możliwe jest wniesienie zażalenia na postanowienia sądu pierwszej instancji<sup>9</sup>. Dodatkowo zażalenie

---

<sup>6</sup> Por. postanowienia NSA z dnia: 9 marca 2011 r., sygn. akt II GZ 286/10; 22 lutego 2011 r., sygn. akt II GZ 224/10; 9 grudnia 2009 r., sygn. akt II GZ 187/07; 14 kwietnia 2004 r., sygn. akt GSK 68/04; J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 482; B. Dauter, *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 530. Szerzej: orzeczenie NSA z 13 maja 2015 r., sygn. akt I GSK 1998/13, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 14.07.2017).

<sup>7</sup> Szerzej B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Kraków 2006, s. 47–48, a także A. Wiktorowska, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 183–189.

<sup>8</sup> A. Wiktorowska, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 723.

<sup>9</sup> Między innymi postanowienie o odmowie dopuszczenia do udziału w sprawie w charakterze uczestnika osoby, która nie brała udziału w postępowaniu administracyjnym, oraz organizacji społecznej; postanowienie o przywróceniu bądź odmowie przywrócenia terminu do dokonania czynności w postępowaniu sądowym; postanowienie o odrzuceniu wniosku o przywrócenie terminu; postanowienie wojewódzkiego sądu administracyjnego o umorzeniu postępowania w przypadku skutecznego cofnięcia skargi kasacyjnej przed przekazaniem jej do Naczelnego Sądu Administracyjnego; postanowienie wojewódzkiego sądu administracyjnego o bezprzedmiotowości postępowania zażaleniowego; postanowienie wojewódzkiego sądu administracyjnego w przedmiocie kosztów

przysługuje również na zarządzenia przewodniczącego: w sprawie pozostawienia pisma bez rozpoznania, jeżeli strona nie uzupełniła lub nie poprawiła pisma w terminie oraz w sprawie kosztów sądowych, jeżeli strona nie składa środka odwoławczego co do istoty sprawy<sup>10</sup>.

Merytoryczne podstawy do zasądzenia na rzecz strony zwrotu kosztów postępowania ustawodawca określił w art. 199–208 p.p.s.a. Sąd obligatoryjnie orzeka o zwrocie kosztów postępowania kasacyjnego w przypadkach określonych w art. 203–204 p.p.s.a., jeżeli złożony zostanie w tym zakresie stosowny wniosek. Przepisy art. 205 p.p.s.a. natomiast powinno się interpretować w ten sposób, że sąd, rozstrzygając o kosztach postępowania, może zasądzić na rzecz strony nie tylko zwrot kosztów wskazanych w tym przepisie, lecz także zwrot innych poniesionych przez stronę kosztów, jeżeli okażą się one niezbędne do celowego dochodzenia praw<sup>11</sup>. Sąd orzeka w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania postanowieniem, które co do zasady przyjmuje postać odrębnego punktu sentencji orzeczenia. W postępowaniu przed wojewódzkim sądem administracyjnym strona ma kilka możliwości wzruszenia rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów sądowych, nie jest to jednak możliwe w pełnym zakresie w postępowaniu kasacyjnym<sup>12</sup>.

Przepis art. 209 p.p.s.a. nakłada na sąd obowiązek obligatoryjnego rozstrzygnięcia o zwrocie kosztów postępowania, brak takiego rozstrzygnięcia uprawnia stronę do zgłoszenia wniosku o uzupełnienie orzeczenia w tym zakresie (art. 157 w zw. z art. 166 p.p.s.a.). Jednakże okoliczność zasądzenia kosztów postępowania kasacyjnego w niższej niż należna wysokości nie uzasadnia żądania uzupełnienia wyroku w trybie art. 157 p.p.s.a.<sup>13</sup>

Na gruncie omawianej sprawy należy podkreślić, że orzeczenie z dnia 20 lutego 2015 r., poza oddaleniem skargi kasacyjnej, obejmowało także postanowienie w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego. W sprawie miał zastosowanie przepis art. 204 pkt 1 p.p.s.a.: „W razie oddalenia skargi kasacyjnej strona, która wniosła skargę kasacyjną, obowiązana jest zwrócić niezbędne koszty postępowania kasacyjnego poniesione przez organ – jeżeli

---

sądowych, jeżeli strona nie składa środka odwoławczego co do istoty; postanowienia w sprawie sprzeciwu od postanowień i zarządzeń referendarza sądowego z zakresu prawa pomocy; postanowienie w sprawie wstrzymania wykonania orzeczenia zaskarżonego w drodze skargi o wznowienie postępowania; postanowienie w sprawie odtworzenia zaginionych akt lub postanowienie stwierdzające, że odtworzenie akt jest niemożliwe; postanowienie o podjęciu dalszego postępowania po odtworzeniu zaginionych akt.

<sup>10</sup> J. Drachal, A. Wiktorowska, R. Stankiewicz, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 725.

<sup>11</sup> Por. orzeczenie NSA z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. akt II FZ 1167/14, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 20.07.2017).

<sup>12</sup> Szerzej H. Knysiak-Sudyka, *Skarga i skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2016, s. 260–261.

<sup>13</sup> Por. orzeczenia NSA z dnia: 31 maja 2011 r., sygn. akt I FSK 524/10; 18 lipca 2012 r., sygn. akt I OSK 184/11, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 20.07.2017).

zaskarżono skargą kasacyjną wyrok sądu pierwszej instancji oddalający skargę”. Nie można zatem uznać, mając na względzie utrwalone orzecznictwo NSA, że sąd kasacyjny w wyroku nie zamieścił dodatkowego orzeczenia, które według przepisów ustawy powinien był zamieścić z urzędu, co uzasadniałoby ewentualne uzupełnienie wyroku na zasadzie wynikającej z dyspozycji art. 157 § 1 p.p.s.a. Uzupełnienie orzeczenia w przedmiocie kosztów następuje w tych wypadkach, w których sąd nie orzekł w ogóle o kosztach, mimo że strona zażądała we właściwym czasie ich przyznania<sup>14</sup>. Zatem ewentualny wniosek o uzupełnienie wyroku w analizowanej sprawie nie mógł mieć zastosowania<sup>15</sup>.

Z treści art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 i art. 194 § 1 p.p.s.a. wynika, że NSA jest właściwy do rozpoznawania środków odwoławczych, tj. skargi kasacyjnej i zażaleń od wyroków i postanowień wojewódzkich sądów administracyjnych, stosownie do przepisów tej ustawy. Natomiast ustawa ta nie zawiera normy prawnej, która dopuszczałaby możliwość rozpoznawania w trybie określonym w ustawie procesowej skargi kasacyjnej bądź zażalenia od orzeczeń wydanych przez Naczelnny Sąd Administracyjny<sup>16</sup>. Orzeczenia NSA stają się prawomocne z chwilą ich wydania i nie podlegają zaskarżeniu w drodze zwyczajnych środków odwoławczych. Podstawy wniesienia zażalenia na postanowienie NSA nie daje również art. 194 § 1 p.p.s.a., ponieważ przepis ten dotyczy jedynie postanowień wojewódzkiego sądu administracyjnego.

Należy zatem w tym miejscu wywieść, iż obecna procedura sądowoadministracyjna nie przewiduje instrumentów procesowych pozwalających na wzruszenie rozstrzygnięcia kwestii kosztów zasądzonych po raz pierwszy przez NSA<sup>17</sup>. Zażalenie bowiem pełni rolę podstawowego środka odwoławczego w stosunku do rozstrzygnięć wpadkowych i incydentalnych podejmowanych przez wojewódzkie sądy administracyjne, dotyczących kwestii ubocznych w stosunku do głównego biegu postępowania<sup>18</sup>. Istotą zażalenia jest kontrola legalności wymienionych w przepisach p.p.s.a. postanowień i zarządzeń wydanych w toku postępowania<sup>19</sup>.

Odnosząc się do zagadnienia podjętego w przedmiotowym orzeczeniu TK, należy podkreślić, iż orzecznictwo NSA w tym zakresie jest jednoznacz-

<sup>14</sup> Por. B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Kraków 2005, s. 365.

<sup>15</sup> Szerzej orzeczenie NSA z dnia 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt II OSK 203/12, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 5.07.2017).

<sup>16</sup> Por. Z.R. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2014, s. 366.

<sup>17</sup> Por. A. Gołaszewski, *Sporządzanie środków zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2017, s. 463–468.

<sup>18</sup> R. Hauser, W. Piątek, A. Skoczylas, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 10: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2014, s. 475.

<sup>19</sup> Por. orzeczenie NSA z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt II FZ 400/12, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 5.07.2017).

ne i wyczerpuje komplementarne rozumienie treści normatywnej przepisów ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Mając na względzie argumentację przywołaną m.in. w orzeczeniu NSA z dnia 7 maja 2013 r. (sygn. akt I GZ 21/13), w którym wywiedziono, iż z art. 194 § 1 p.p.s.a. wynika, że na postanowienie wydane przez NSA zażalenie nie przysługuje, bowiem może ono zostać wniesione wyłącznie na postanowienia wojewódzkiego sądu administracyjnego. Zażalenie (tak jak skarga kasacyjna) jest dewolutywnym środkiem odwoławczym, a zatem może je rozpoznać jedynie sąd wyższej instancji nad sądem, który wydał zaskarżone orzeczenie. Naczelny Sąd Administracyjny jest instancją najwyższą w postępowaniu sądowoadministracyjnym, co oznacza, że orzeczenia tego sądu stają się prawomocne z chwilą ich wydania i nie przysługują od nich żadne środki odwoławcze, w tym także zażalenie, zgodnie z dyspozycją art. 168 p.p.s.a.<sup>20</sup>

Wspomniane na wstępie orzeczenie TK zostało podjęte nieco pochopnie, zapewne w wyniku „zapatrzenia” na linię orzeczniczą NSA, który konsekwentnie stwierdzał niedopuszczalność zażaleń w przedmiocie kosztów orzekanych przez ten sąd po raz pierwszy. Trybunał Konstytucyjny, podkreślając szczególną pozycję NSA w systemie organów ochrony prawnej, orzekł bowiem, że art. 194 § 1 w związku z art. 15 § 1 pkt 1 p.p.s.a. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości zaskarżenia orzeczenia o kosztach postępowania wydanego po raz pierwszy przez NSA, jest zgodny z art. 78 w związku z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Wyjaśnił, iż zasada zaskarżalności orzeczenia wydanego w pierwszej instancji doznaje wyjątku wówczas, gdy o kosztach postępowania po raz pierwszy orzeka sąd zajmujący najwyższą pozycję w hierarchii orzeczniczej. Trybunał w uzasadnieniu orzeczenia nawiązał do wyroku z dnia 13 października 2015 r. (sygn. SK 63/12), w którym stwierdził konstytucyjność art. 394<sup>1</sup> § 3 kodeksu postępowania cywilnego w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje możliwości zaskarżenia orzeczenia o kosztach postępowania wydanego po raz pierwszy przez Sąd Najwyższy<sup>21</sup>.

Trybunał uznał, iż NSA zajmuje pozycję najwyższej instancji w pionie sądownictwa administracyjnego, rozstrzyga sprawy co do zasady ostatecznie, a jego orzeczenia nie mogą być przedmiotem zwyczajnych środków zaskarżenia. Zdaniem TK, sądownictwo administracyjne jest w pełni autonomiczne i nie podlega zewnętrznym formom kontroli ani w płaszczyźnie orzeczniczej, ani ustrojowo-organizacyjnej. Trybunał wyjaśnił ponadto, że

<sup>20</sup> Szerzej orzeczenia NSA z dnia: 3 września 2008 r., sygn. akt I OSK 1592/06; 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt II GZ 157/08; 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt I OSK 2030/11; 29 stycznia 2015 r., sygn. akt I OZ 1153/14; 9 lipca 2015 r., sygn. akt II GZ 203/15; 15 lipca 2015 r., sygn. akt I GZ 160/15, 23 września 2015 r., sygn. akt II OSK 1956/13, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 5.07.2017).

<sup>21</sup> Sentencja ogłoszona 22 października 2015 r. (Dz.U. poz. 1673), uzasadnienie dostępne online: <<http://ipo.trybunal.gov.pl>> (dostęp: 25.07.2017).



niemożność zaskarżenia orzeczenia o kosztach postępowania wydanego przez NSA po raz pierwszy jest wyrazem koniecznego kompromisu między potrzebą ograniczenia dostępu do najwyższej instancji sądownictwa administracyjnego a prawem jednostki do rozpoznania sprawy. Zdaniem TK, nie można oczekiwać, by NSA angażował się w ponowną weryfikację postanowień dotyczących kosztów postępowania, tj. już rozstrzygniętych spraw incydentalnych, o nieporównanie mniejszej doniosłości i nierozzerwalnie powiązanych z niepodlegającym zaskarżeniu orzeczeniem wydanym w sprawie głównej. Limitowanie środków zaskarżenia rozpoznawanych przez NSA stanowi pochodną roli i zadań tego sądu. Za wyłączeniem możliwości zaskarżenia orzeczenia o kosztach postępowania wydanego po raz pierwszy przez NSA, zdaniem Trybunału, przemawiają racje natury konstytucyjnej. Rozwiązanie to należało uznać za konieczne dla realizacji takich wartości, jak prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki oraz stabilność prawomocnych orzeczeń sądowych – istotniejszych aniżeli prawa skarżące.

W tym miejscu warto zaznaczyć, iż w doktrynie zasadniczo zażalenie jest traktowane jako zwykły środek renowacyjny, który przysługuje od wskazanych w ustawie nieprawomocnych postanowień wydawanych przez sądy administracyjne w pierwszej instancji<sup>22</sup>. Trudno zatem nie dostrzec konieczności refleksji nad potrzebą wprowadzenia unormowania pozwalającego na weryfikację rozstrzygnięć podejmowanych przez NSA, w trybie pierwszej instancji.

## **Ocena zgodności przedmiotu kontroli z wzorcami konstytucyjnymi oraz standardem strasburskim**

W omawianej sprawie zaskarżone zostały przepisy regulujące zagadnienie instancyjnej weryfikacji rozstrzygnięć w procesie sądowniczym. Podstawowym zarzutem skargi konstytucyjnej była okoliczność, iż powołane normy nie przewidywały instrumentu procesowego pozwalającego dokonać weryfikacji prawidłowości podjętego orzeczenia w przedmiocie kosztów postępowania kasacyjnego. Istotą problemu konstytucyjnego było zatem wyłączenie możliwości wniesienia zażalenia bądź też innego środka odwoławczego na postanowienie zapadłe w przedmiocie kosztów procesu orzeczonych po raz pierwszy przed sądem formalnie (ustrojowo) drugiej instancji.

Należy w tym miejscu wskazać, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wielokrotnie zwracał uwagę na to, iż krajowy porządek prawny musi zapewniać efektywne środki odwoławcze, stanowiące mechanizm

---

<sup>22</sup> R. Hauser, W. Piątek, A. Skoczylas, *Środki zaskarżenia w postępowaniu sądowniczym wraz z wzorami pism procesowych*, Warszawa 2013, s. 71.

realnie prowadzący do respektowania praw gwarantowanych<sup>23</sup>. Jednakże w celu dokonania gruntownej analizy rozwiązań formułujących prawa podmiotowe jednostki w tym zakresie zaskarżone przepisy procedury sądowo-administracyjnej w pierwszej kolejności należy odnieść do gwarancji wynikających z treści art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>24</sup>.

Artykuł 45 ust. 1 Konstytucji ustanawia szeroko rozumiane prawo do sądu. Instytucja ta jest podstawowym gwarantem ochrony praw i wolności określonych w ustawie zasadniczej oraz stanowi jedną z fundamentalnych gwarancji praworządności. Uprawniony podmiot korzysta z legitymacji do „zwrócenia się w każdej (sprawie) z żądaniem określenia (ustalenia) swojego statusu prawnego, w sytuacjach nie tylko zakwestionowania lub naruszenia jej praw i wolności, lecz również w sytuacjach odczuwanych przez nią niejasności, niepewności, a zwłaszcza obawy wystąpienia takiego naruszenia. Brak wyszczególnienia sytuacji, w których jednostka mogłaby zaangażować sąd w swojej sprawie, oznacza zezwolenie na takie angażowanie w każdej sprawie, według swobodnej jej oceny. Temu uprawnieniu odpowiada obowiązek sądu rozpatrzenia tej sprawy. Zaangażowanie sądu przez jednostkę poszukującą ochrony sądowej powinno być względnie łatwe i proste. Dotyczy to dostępności nie tylko pierwszej, lecz również wyższych instancji sądowych”<sup>25</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TK, prawo do sądu obejmuje w szczególności: prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia postępowania przed sądem, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, prawo do wyroku sądowego, tj. prawo uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd w rozsądnym terminie. Jest to oczywiście skrót myślowy – chodzi tu o rozstrzygnięcie, które niekoniecznie może zapaść w formie wyroku, bowiem w grę mogą wchodzić inne rozstrzygnięcia proceduralne, w tym postanowienia<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Por. Z. Kmiecik, *Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego wobec reformy sądownictwa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 5, s. 17–24; por. orzeczenia ETPCz: *Čonka v. Belgii* z 5 lutego 2002 r., nr 51564/99, s. 75; *Salah Sheekh v. Holandii* z 26 lipca 2011 r., nr 1948/04, s. 153, [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/>> (dostęp: 10.09.2013), a także C. Grabenwarter, *The Right to Effective Remedy against Excessive Duration of Proceedings*, [w:] J. Bröhmer (red.), *The Protection of Human Rights at the Beginning of the 21<sup>st</sup> Century: Colloquium in Honour of Professor Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress on the Occasion of His 75<sup>th</sup> Birthday*, Baden-Baden 2012, s. 123–133.

<sup>24</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm) – dalej jako Konwencja.

<sup>25</sup> P. Sarnecki, tezy do art. 45, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1–2.

<sup>26</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 10, s. 19–20; T. Eryciński, *Prawo do sądu – głos w dyskusji*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich, Konferencja Naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999, s. 225; A. Zieliński, *Prawo do sądu a struktura sądownictwa*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 4, s. 20–21; F. Prusak, *Organy władzy sądowniczej*, Warszawa 2004, s. 27.

Istotne znaczenie dla wyznaczenia zakresu normatywnego prawa do sądu ma pojęcie sprawy. Zgodnie z utrwalonym poglądem TK, termin „sprawa” występujący w art. 45 ust. 1 Konstytucji musi być interpretowany w sposób autonomiczny w stosunku do jego rozumienia na gruncie konkretnych przepisów ustawowych. Trybunał orzekł też, że „Konstytucyjne pojęcie sprawy odnosi się jednakże nie tylko do wąsko rozumianego postępowania głównego, lecz może obejmować inne postępowania, w których sąd rozstrzyga o prawach bądź obowiązkach danego podmiotu”<sup>27</sup>. Zgodnie z dotychczasową linią orzeczniczą TK, orzekanie o kosztach sądowych jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji<sup>28</sup>.

Prawo do sprawiedliwego i publicznego procesu sądowego<sup>29</sup> zajmuje szczególne miejsce w europejskim systemie ochrony praw człowieka<sup>30</sup>. W rozumieniu Konwencji, prawo jednostki do rzetelnego procesu sądowego stanowi ważny element demokratycznego społeczeństwa<sup>31</sup>, który ma podstawowe znaczenie w kształtowaniu prawidłowych mechanizmów działania państwa<sup>32</sup>. Uprawnienie to, dzięki szerokiej interpretacji, należy stosować, z uwzględnieniem ogólnych zasad prawa przyjętych przez narody cywilizowane, łącznie z regułą, aby każdy miał zagwarantowaną możliwość przedstawienia przed organem sądowym swej sprawy<sup>33</sup>. Wypracowane przez ETPCz standardy stanowiące o rzeczywistym dostępie do sądu<sup>34</sup> zasadniczo przyjmują, że państwa są zobowiązane zapewnić podmiotom podlegającym ich jurysdykcji realizowanie procesów sądowych w taki sposób, aby koszty z nimi związane nie były dla stron niewspółmierne i nieproporcjonalne do ich możliwości finansowych<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> Por. orzeczenie TK z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 2.08.2017).

<sup>28</sup> Por. orzeczenie TK z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt SK 10/09, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>29</sup> Doktryna posługuje się również pojęciem „słusznego procesu” – por. m.in. T. Jasudowicz, *Orzecznictwo strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, t. 1, Toruń 1998, s. 149–525; T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1997, s. 48–49; M. Balcerzak, B. Gronowska, *Prawo do słusznego procesu*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 325–338.

<sup>30</sup> Por. orzeczenie ETPCz *De Cubber v. Belgii* z dnia 26 października 1984 r., nr 9186/80, s. 30, [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/>> (dostęp: 10.10.2016).

<sup>31</sup> Szerzej orzeczenia ETPCz: *Perez v. Francji* z dnia 12 lutego 2004 r., nr 47287/99, s. 64; *Stanev v. Bułgarii* z dnia 17 stycznia 2012 r., nr 36760/06, s. 231; *Pichugin v. Rosji* z dnia 23 października 2012 r., nr 38623/03, s. 202, [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/>> (dostęp: 16.06.2017).

<sup>32</sup> *De Cubber v. Belgii*, s. 30.

<sup>33</sup> Szerzej M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2006, s. 148–149.

<sup>34</sup> Por. A. Wiśniewski, *Prawo dostępu do sądu a wymóg wnoszenia opłat sądowych w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce*, „Radca Prawny” 2006, nr 2, s. 104.

<sup>35</sup> Por. orzeczenie ETPCz *Airey v. Irlandii* z dnia 9 października 1979 r., nr 6289/73, s. 24–26, [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/>> (dostęp: 3.06.2017).

Uwarunkowanie dostępu do sądu w zakresie ponoszenia opłat sądowych nie stanowi pozbawienia tego prawa, o ile opłaty te nie są nadmierne<sup>36</sup>. Zasada odpłatności wymiaru sprawiedliwości wymaga od stron ponoszenia kosztów związanych z udziałem w sprawie, reguła ta ma również zastosowanie w postępowaniu sądowniczym<sup>37</sup>.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy zatem podkreślić, iż autonomia pojęcia „sprawa” w rozumieniu art. 45 Konstytucji nakazuje uznać, że postępowanie incydentalne (stwierdzenie niedopuszczalności wniesienia zażalenia) zaistniałe w toku rozpoznawania przedmiotowej sprawy również objęte jest konstytucyjnymi gwarancjami wynikającymi z tego przepisu. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż niniejszy problem jednoznacznie wymaga powiązania go z treścią gwarancji ujętej w art. 78 Konstytucji. Zarówno sposób sformułowania art. 78, jak i miejsce tego przepisu w ustawie zasadniczej wskazuje, iż wyraża on samoistne prawo podmiotowe, podlegające ochronie także w procedurze skargi konstytucyjnej<sup>38</sup>. Oddziałuje on na kształt formowanych procedur sądowych i administracyjnych, wyznaczając sposób organizacji sądownictwa i władz administracyjnych. Wyrażając ogólną zasadę dwuinstancyjnej kontroli orzeczeń i decyzji, art. 78 Konstytucji jest istotnym elementem ochrony praw jednostek, stwarza bowiem możliwość weryfikacji pierwszego rozstrzygnięcia, ułatwiając uniknięcie pomyłek i krzywd. Dodatkowo stanowi komponent demokratycznego państwa prawnego<sup>39</sup>.

Prawo wynikające z treści art. 78 Konstytucji zakłada w szczególności: dostęp do sądu drugiej instancji, a co za tym idzie – przyznanie stronom odpowiednich środków zaskarżenia, które uruchamiają rzeczywistą kontrolę rozstrzygnięć wydanych przez sąd pierwszej instancji; powierzenie rozpoznania sprawy w drugiej instancji – co do zasady – sądowi wyższego szczebla, a w konsekwencji nadanie środkowi zaskarżenia charakteru dewolutywnego; odpowiednie ukształtowanie procedury przed sądem drugiej instancji, tak aby sąd ten mógł wszechstronnie zbadać rozpoznawaną sprawę i wydać

---

<sup>36</sup> Pobieranie opłat sądowych od wnoszonych do sądów cywilnych skarg nie może być postrzegane jako ograniczenie prawa dostępu do sądu – por. orzeczenia ETPCz: *Stankov v. Bułgarii* z dnia 12 lipca 2007 r., nr 68490/01, s. 49–67; [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/>> (dostęp: 10.06.2017).

<sup>37</sup> Szerzej M. Kulikowska, M. Piłaszewicz, *Koszty w ustawie o postępowaniu przed sądem administracyjnym. Zagadnienia wybrane. Glosa*, „Przegląd Prawa Gospodarczego” 2004, nr 2, s. 9–14; por. orzeczenia NSA z dnia: 29 października 2009 r., sygn. akt II FZ 429/09; 10 czerwca 2005 r., sygn. akt II OZ 578/05, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> (dostęp: 23.06.2017).

<sup>38</sup> Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 78*, [w:] idem (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz V*, Warszawa 2007, s. 2, a także orzeczenie TK z dnia 18 października 2004 r., sygn. akt P 8/04, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 12.07.2017).

<sup>39</sup> R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne*, Warszawa – Zielona Góra 2003, s. 49.

rozstrzygnięcie merytoryczne<sup>40</sup>. Dwuinstancyjność postępowania sądowego ma na celu zapewnienie zapobiegania pomyłkom zaistniałym w pierwszej instancji<sup>41</sup>.

W realiach przedmiotowej sprawy jako szczególnie istotne wydawało się powiązanie wymogów sprawiedliwości proceduralnej z zaskarżalnością orzeczeń sądowych. W orzeczeniu z dnia 12 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. akt SK 49/08 TK stwierdził bowiem wprost, że zasada sprawiedliwości proceduralnej podstawową rolę odgrywa w powiązaniu właśnie z konstytucyjnym prawem do dwuinstancyjnego postępowania (art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji). Trybunał podkreślił, iż przepis art. 78 Konstytucji stanowi szczególną gwarancję sprawiedliwości proceduralnej, odnoszącej się do wszystkich typów postępowań, a prawo do sądu wzmacnia gwarancja instancyjności jako proceduralnej zasady postępowania sądowego i administracyjnego<sup>42</sup>.

Oceniając konstytucyjność przepisów postępowania sądownoadministracyjnego wyłączających możliwość zaskarżenia rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów orzeczonych po raz pierwszy przez NSA (abstrahując od tez orzeczenia TK w tej sprawie), należy zaznaczyć, że sam Trybunał kilkakrotnie wypowiedział się w zbliżonych kwestiach i tym bardziej zaskakująca jest treść orzeczenia SK 46/15.

Kontroli konstytucyjnej poddano dotychczas przepisy zarówno procedury karnej, jak i cywilnej. Dokonywana przez Trybunał analiza rozwiązań ustawowych dotyczących kosztów postępowania w sprawach o sygn. akt SK 10/09, sygn. akt SK 20/11 i sygn. akt SK 14/13 (w odniesieniu do postępowania cywilnego) oraz w sprawie o sygn. akt SK 33/12 (w odniesieniu do postępowania karnego) pozwoliła na bardzo wyraźnie sprecyzowanie, iż kwestia dotycząca istnienia środka zaskarżenia rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów w sytuacji, kiedy sąd odwoławczy orzekł w ich zakresie po raz pierwszy, ma charakter sprawy w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Między innymi w orzeczeniu z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie o sygn. akt SK 33/12 – powołanym również w treści przedmiotowej skargi konstytucyjnej – Trybunał orzekł, że art. 426 § 2 k.p.k.<sup>43</sup> w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kosztów nieopłaconej przez strony pomocy prawnej udzielonej z urzędu, zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy, jest niezgodny z art. 78 w związ-

<sup>40</sup> Por. orzeczenia TK z dnia: 12 września 2006 r., sygn. akt SK 21/05; 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 3/05 oraz 31 marca 2009 r., sygn. SK 19/08, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>41</sup> Por. orzeczenie TK z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt SK 19/08, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>42</sup> Szerzej orzeczenie TK z dnia 18 lipca 2011 r., sygn. akt SK 10/10, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>43</sup> W brzmieniu obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 48, poz. 2460).

ku z art. 45 ust. 1 Konstytucji. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Trybunał wskazał, że orzekanie o kosztach postępowania zasądzonych po raz pierwszy przez sąd odwoławczy jest „sprawą” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji (co warunkuje zasadność zarzutu naruszenia art. 78 oraz art. 45 Konstytucji) i przesądził, powołując się na własny wyrok z 9 lutego 2010 r. w sprawie o sygn. akt SK 10/09 oraz przywołane tam orzecznictwo, że w zakresie orzekania o kosztach procesu za sąd pierwszej instancji należy uznać ten sąd, który orzekł o zwrocie kosztów w danym zakresie po raz pierwszy.

Ponadto istota przedstawionego w skardze konstytucyjnej zagadnienia była również zbliżona do kwestii ocenianej przez Trybunał w powoływanym już orzeczeniu z dnia 9 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 10/09). Wówczas TK ocenił zgodność z Konstytucją regulacji ujętej w art. 394<sup>1</sup> § 2 k.p.c.<sup>44</sup> (w brzmieniu obowiązującym do dnia 21 maja 2009 r.), który w zakresie, w jakim nie dawał podstaw do zaskarżenia postanowienia w przedmiocie kosztów procesu zasądzonych po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji, został uznany za niezgodny z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 1 oraz w związku z art. 32 Konstytucji.

Zaprezentowana w ww. wyrokach argumentacja, mimo iż dotyczyła procedury cywilnej i karnej, znajdowała zastosowanie również w niniejszej sprawie, co niestety Trybunał pominął. Podkreślenia bowiem wymaga, iż aktualnie w postępowaniu cywilnym istnieje możliwość zaskarżania orzeczeń o kosztach, w przedmiocie których sąd odwoławczy orzekł po raz pierwszy. Argumenty podane przez TK w ww. sprawach dotyczących zarówno procedury cywilnej, jak i karnej zachowują aktualność w niniejszej sprawie. Wyłączenie w art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 i art. 194 § 1 p.p.s.a. możliwości wniesienia zażalenia na orzeczenie zapadłe w kwestii kosztów postępowania po raz pierwszy przed sądem odwoławczym (Naczelnym Sądem Administracyjnym) może bowiem naruszać wzorce z art. 45 ust. 1 oraz z art. 78 Konstytucji, jak również standardy wynikające z treści art. 6 ust. 1 EKPCz.

Należy podkreślić (*a contrario* do argumentacji przytoczonej przez TK w uzasadnieniu orzeczenia w omawianej sprawie o sygn. akt SK 46/15), iż postępowanie sądownoadministracyjne realizuje zasadę dwuinstancyjnego rozpoznawania sprawy, a tym samym NSA jest sądem drugiej instancji w trybie zwykłym. Celowe wydaje się zatem wyposażenie go we wszystkie atrybuty i kompetencje przynależne sądom odwoławczym. Z uwagi na odmienną funkcję postępowań przed Sądem Najwyższym i Naczelnym Sądem Administracyjnym przenoszenie do postępowania kasacyjnego przed NSA zasad z postępowania kasacyjnego przed SN nie jest uprawnione. Postępowanie kasacyjne przed SN jest postępowaniem sądowym o charakterze nad-

---

<sup>44</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 29 z późn. zm.).

zwyczajnym, pozostającym niejako ponad zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego. Sąd Najwyższy jest w sprawach cywilnych i karnych sądem trzeciej instancji. Natomiast w postępowaniu sądownoadministracyjnym postępowanie kasacyjne prowadzone przed NSA jest postępowaniem drugoinstancyjnym. Prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji wymaga, aby każdy, którego prawa lub obowiązki zostały ukształtowane wyrokiem sądu, miał możliwość skutecznego przedstawiania swych racji sądom obu instancji<sup>45</sup>.

Wniesienie środka zaskarżenia każdorazowo inicjuje nowy rozdział postępowania albo o charakterze incydentalnym, albo zasadniczym, etapowym. Jedną z naczelnych zasad ujmowanych w doktrynie prawa procesowego jest instancyjność postępowania sądowego<sup>46</sup>, ponieważ każdy sąd może się pomylić, a każda ze stron może mieć wątpliwości związane z wydanym orzeczeniem, toteż prawo do ponownej jego weryfikacji powinno być priorytetowym prawem procesowym, wzmacnia bowiem pozycję skarżącego w postępowaniu sądownoadministracyjnym<sup>47</sup>.

Konstytucyjny standard instancyjności i zaskarżalności orzeczeń został określony w art. 78 w powiązaniu z art. 176 ust. 1 Konstytucji. Pierwszy z wymienionych przepisów gwarantuje, że każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, drugi, że postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne<sup>48</sup>. Ustanawia to prawo stron każdego postępowania do uruchamiania procedury weryfikującej prawidłowość wszelkich rozstrzygnięć wydawanych przez organ działający w charakterze pierwszej instancji<sup>49</sup>.

Zgodnie z poglądami TK<sup>50</sup> w zakresie orzekania o kosztach procesu, za sąd pierwszej instancji należy uznać ten sąd, który orzekł o zwrocie kosztów w danym zakresie po raz pierwszy. W omawianej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny, formalnie sąd drugiej instancji, o kosztach procesu orzekał po raz pierwszy, zatem rozstrzygnięcie przez sąd w przedmiocie kosztów postę-

---

<sup>45</sup> Szerzej orzeczenie TK z dnia 13 października 2015 r., sygn. akt SK 63/12, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>46</sup> A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 11, s. 3.

<sup>47</sup> B. Adamiak, *Uwagi o modelu dwuinstancyjnego postępowania sądownoadministracyjnego*, [w:] *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności. Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie*, Łódź 2004, s. 37.

<sup>48</sup> Szerzej orzeczenie TK z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 38/09, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

<sup>49</sup> A. Błaś, [w:] J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 140.

<sup>50</sup> Potwierdzonymi w najnowszej linii orzeczniczej – por. cyt. orzeczenia TK z dnia: 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09; 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12; 24 lutego 2015 r., sygn. akt K 34/12; 8 kwietnia 2015 r., sygn. akt SK 41/14, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

powania powinno być traktowane jako orzeczenie zapadłe w pierwszej instancji w rozumieniu art. 78 Konstytucji – ze wszystkimi tego konsekwencjami. Należy wskazać, że co prawda zasada zaskarżalności orzeczeń oraz decyzji wydanych w pierwszej instancji nie jest absolutna, jednak wprowadzenie wyjątków od tej zasady powinno mieć miejsce w ustawie i nie może doprowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych. Jak wskazywał w swoim orzecznictwie TK, odstępstwo od zasady wyrażonej w art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji powinno być podyktowane szczególnymi okolicznościami, uzasadniającymi pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego i odpowiadać przesłankom niezbędności, przydatności i zbilansowania<sup>51</sup>.

Orzekanie w przedmiocie kosztów postępowania, jak potwierdza praktyka, nie jest wolne od uchybień czy też błędów i od tego typu orzeczeń powinien służyć środek odwoławczy, bez względu na to, czy orzeczenia te zapadają w pierwszej, czy w drugiej instancji. Nie istnieją bowiem żadne powody, aby pozbawiać strony postępowania prawa wniesienia zażalenia tylko dlatego, że o kosztach orzeka po raz pierwszy sąd w postępowaniu odwoławczym. Takie zróżnicowanie sytuacji procesowej jest niezgodne z zasadami ugruntowanymi na tle orzecznictwa dotyczącego gwarancji wynikających z treści przepisu art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 6 ust. 1 EKPCz oraz nie kwalifikuje się do odstępstwa od zasady wyrażonej treścią przepisu art. 78 Konstytucji.

W realiach omawianej sprawy koszty procesu obejmujące wydatki związane z występowaniem pełnomocnika powstały dopiero na etapie postępowania odwoławczego, gdyż w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji udział pełnomocnika profesjonalnego w procesie sądownoadministracyjnym nie był obligatoryjny. Naczelny Sąd Administracyjny wydał rozstrzygnięcie, w którym postanowił kosztami postępowania obciążyć stronę skarżącą na rzecz organu, czego strona nie mogła ponownie zweryfikować z uwagi na brak instrumentu procesowego<sup>52</sup>.

Pomijając okoliczność poprawności bądź błędu co do wyliczenia wysokości orzeczonych kosztów, doszło do naruszenia gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji prawa strony do dostępu do niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu, gdyż brakowało możliwości uruchomienia odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej, prawa do weryfikacji rozstrzygnięcia w zakresie obciążenia jej kosztami postępowania, a także standardów wypracowanych na tle orzecznictwa strasburskiego. Przepisy art. 15 § 1 pkt 1, art. 173 § 1 oraz art. 194 § 1 p.p.s.a., regulujące postępowanie kasacyjne i właściwość NSA, naruszają dodatkowo art. 78 Konstytucji w ten sposób, że nie przewidują możliwości wniesienia zażalenia na orzeczenie sądu odwo-

<sup>51</sup> Szerzej orzeczenie TK z dnia 26 listopada 2013 r., sygn. akt SK 33/12, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 12.07.2017).

<sup>52</sup> Por. H. Knysiak-Sudyka, [w:] T. Woś (red.), *Postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2015, s. 396–401.



ławczego w przedmiocie kosztów postępowania, o których sąd ten orzekał po raz pierwszy.

Pozbawienie możliwości weryfikacji rozstrzygnięcia NSA orzekającego po raz pierwszy w przedmiocie kosztów należy zatem traktować jako pominięcie ustawodawcze, którego źródłem jest traktowanie w przepisach p.p.s.a. Naczelnego Sądu Administracyjnego, jako sądu kasacyjnego (odwoławczego), nawet jeśli rozstrzyga on daną kwestię po raz pierwszy. Ustawodawca nie dostrzegł szczególnej konfiguracji procesowej, w której jeden sąd odwoławczy w sprawie podstawowej jest jednocześnie sądem działającym w pierwszej instancji w odrębnej sprawie (w omawianym przypadku dotyczącej kosztów procesu), pośrednio związanej ze sprawą główną (por. cyt. orzeczenie TK o sygn. akt SK 33/12)<sup>53</sup>.

W tym stanie rzeczy, jeżeli NSA o kosztach procesu orzeka po raz pierwszy, to należy uznać go za sąd pierwszej instancji, zaś akcesoryjne orzeczenie zapadające w sprawie kosztów postępowania w zakresie, w którym jest pierwszym orzeczeniem w sprawie tychże kosztów, winno podlegać kontroli. Podkreślić należy, że w związku z tym, iż NSA jest w zakresie swojej właściwości sądem najwyższej instancji, nie jest możliwe rozpatrzenie zażalenia na postanowienie o kosztach przez sąd instancji wyższej. Weryfikacja pozioma w postaci niedowolutowanego środka zaskarżenia dawałaby możliwość korekty ewentualnych nieprawidłowości.

## Literatura

- Adamiak B., *Uwagi o modelu dwuinstancyjnego postępowania sądowoadministracyjnego*, [w:] *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności. Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie*, Łódź 2004.
- Balcerzak M., Gronowska B., *Prawo do słusznego procesu*, [w:] B. Gronowska, T. Jaksudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Błaś A., [w:] J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998.
- Dauter B., *Metodyka pracy sędziego sądu administracyjnego*, wyd. 2, Warszawa 2009.
- Dauter B., Gruszczyński B., Kabat A., Niezgódka-Medek M., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Kraków 2006.
- Drachal J., Wiktorowska A., Stankiewicz R., [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Konstytucyjna zasada prawa do sądu*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 10.

---

<sup>53</sup> Por. orzeczenia TK z dnia: 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 3/05; 31 marca 2009 r., sygn. akt SK 19/08 oraz 12 stycznia 2010 r. sygn. akt SK 2/09, [online] <<http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/>> (dostęp: 30.07.2017).

- Eryciński T., *Prawo do sądu – głos w dyskusji*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich, Konferencja Naukowa: Konstytucja RP w praktyce*, Warszawa 1999.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 78*, [w:] idem (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz V*, Warszawa 2007.
- Grabenwarter C., *The Right to Effective Remedy against Excessive Duration of Proceedings*, [w:] J. Bröhmer (red.), *The Protection of Human Rights at the Beginning of the 21<sup>st</sup> Century: Colloquium in Honour of Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress on the Occasion of His 75<sup>th</sup> Birthday*, Baden-Baden 2012.
- Golaszewski A., *Sporządzanie środków zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2017.
- Hauser R., Drachal J., Mzyk E., *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne*, Warszawa – Zielona Góra 2003.
- Hauser R., Piątek W., Skoczylas A., *Środki zaskarżenia w postępowaniu sądownoadministracyjnym wraz z wzorami pism procesowych*, Warszawa 2013.
- Hauser R., Piątek W., Skoczylas A., [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 10: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Sądowa kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2014.
- Jasudowicz T., *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1997.
- Jasudowicz T., *Orzecznictwo strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, t. 1, Toruń 1998.
- Kmieciak Z., *Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego wobec reformy sądownictwa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 5.
- Kmiecik Z.R., *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2014.
- Knysiak-Sudyka H., [w:] T. Woś (red.), *Postępowanie sądownoadministracyjne*, Warszawa 2015.
- Kulikowska M., M. Piłaszewicz, *Koszty w ustawie o postępowaniu przed sądem administracyjnym. Zagadnienia wybrane. Glosa*, „Przegląd Prawa Gospodarczego” 2004, nr 2.
- Mudrecki A., *Prawo strony do rzetelnego procesu przed sądami administracyjnymi*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2007, nr 3.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2006.
- Prusak F., *Organy władzy sądowniczej*, Warszawa 2004.
- Sarnecki P., [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003.
- Tarno J.P., *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Komentarz, wyd. 4, Warszawa 2010.
- Wiktorowska A., [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Wiśniewski A., *Prawo dostępu do sądu a wymóg wnoszenia opłat sądowych w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce*, „Radca Prawny” 2006, nr 2.
- Zieliński A., *Prawo do sądu a struktura sądownictwa*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 4.
- Zieliński A., *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 11.

## Summary

### *Court fees in proceedings before the Supreme Administrative Court – selected issues based on the case law*

**Key words:** proceedings before the Supreme Administrative Court, Polish Constitutional Court, costs of proceedings, right to a fair trial, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

The author of the article discusses with theses of judgment Polish Constitutional Court (case no. SK 46/15). The author presents her own opinion about lack of possibility appeal to the Supreme Administrative Court in costs of proceeding subject. Article based on the European Court on Human Rights in Strasbourg case law and particularly based on the polish case law.



**Dagmara Kuźniar-Kwiatek**

Zakład Prawa Międzynarodowego i Prawa Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego

## **Kilka uwag o militaryzacji kosmosu w świetle regulacji międzynarodowego prawa kosmicznego**

### **Wprowadzenie**

Wystrzelenie na orbitę okołozemską w 1957 r. pierwszego sztucznego satelity przez Związek Radziecki zapoczątkowało *de facto* rywalizację ze Stanami Zjednoczonymi o dominację w przestrzeni kosmicznej. Procesu tego nie zahamował przyjęty 27 stycznia 1967 r. Układ o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi<sup>1</sup>. Prowadzone przez państwa prace nad bronią antybalistyczną, także o zasięgu pozaziemskim, miał powstrzymać zawarty między państwami 26 maja 1972 r. Układ o ograniczeniu systemu antybalistycznego<sup>2</sup>. W rzeczywistości nadal rozwijano technologie wojskowe. W 1983 r. prezydent Ronald Reagan ogłosił rozpoczęcie prac nad strategicznym systemem antybalistycznym, składającym się m.in. z kosmicznych środków przeciwrakietowych. W 1997 r. przedstawiono koncepcję amerykańskiej aktywności w kosmosie (*Vision for 2020*)<sup>3</sup>, która jest konsekwentnie realizowana przez Stany Zjednoczone. Jej cele to dominacja militarna w przestrzeni kosmicznej dla ochrony amerykańskich interesów i inwestycji oraz integracja

---

<sup>1</sup> Polska przyjęła i ratyfikowała Układ 22 grudnia 1967 r. (Dz.U. z 1968 r., nr 14, poz. 82). Tekst w: P. Durys, F. Jasiński, *Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*, Warszawa 1999, s. 230–235.

<sup>2</sup> Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Balistic Missile Systems, 26.05.1972, [online] <[www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-limitation-anti-ballistic-missile-systems-abm-treaty/appendix-abm-treaty-text](http://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-limitation-anti-ballistic-missile-systems-abm-treaty/appendix-abm-treaty-text)> (dostęp: 10.03.2017). W 2001 r. Stany Zjednoczone odstąpiły od Traktatu.

<sup>3</sup> M. Wolff, "Peaceful Uses" of Outer Space Has Permitted Its Militarization – Does It Also Mean Its Weaponization?, „Disarmament Forum” 2003, s. 10.

sił kosmicznych na wypadek wojny<sup>4</sup>. Z tym też wiąza się prace nad bronią zdolną niszczyć obiekty znajdujące się w kosmosie.

Stany Zjednoczone nie pozostają odosobnione w tych działaniach. W 2007 r. Chiny przeprowadziły pomyślnie test broni antysatelitarnej na swoim satelicie pogodowym, a w 2013 r. rozpoczęły testy pocisków nowej generacji<sup>5</sup>. Prace nad pociskami antysatelitarnymi prowadzi również Rosja. W grudniu 2016 r. amerykański serwis „The Washington Free Beacon” poinformował o kolejnej próbie rosyjskiej rakiety antysatelitarnej. Oficjalnie jednak Rosja twierdzi, że pociski mają służyć do niszczenia rakiet balistycznych w środkowej fazie lotu, a nie do niszczenia satelitów<sup>6</sup>.

Fakty te świadczą o nieformalnie trwającym kosmicznym wyścigu zbrojeń. Powstaje więc pytanie o prawne ramy tego rodzaju aktywności państw. Odpowiedzi należy szukać przede wszystkim w regulacjach międzynarodowego prawa kosmicznego.

## Pojęcie militaryzacji kosmosu i jego traktatowe konotacje

Pojęcie militaryzacji kosmosu w literaturze anglojęzycznej jest rozumiane jako *militarization* – inaczej „militaryzacja bierna” i *weaponization* – inaczej „militaryzacja czynna”<sup>7</sup>. Oba terminy określają zgoła inną aktywność kosmiczną państw. Pierwszy ogranicza wojskowe wykorzystanie kosmosu do obserwacji Ziemi i innych działań pomocniczych satelitów nawigacyjnych, komunikacyjnych i meteorologicznych. Ten rodzaj działalności jest określanej jako „pasywne, niedestrukcyjne” wykorzystanie kosmosu do celów wojskowych<sup>8</sup>. W tym znaczeniu militaryzacja kosmosu daje w praktyce m.in.

---

<sup>4</sup> J. Granoff, *United States – Masters of Space? The US Space Command's „Vision for 2020”*, Global Security Institute, New York 2005, s. 1.

<sup>5</sup> A. Hładij, *Chiny przygotowują się do testu rakiety antysatelitarnej*, [online] <[www.space24.pl/509232,chiny-przygotowuja-sie-do-testu-rakiety-antysatelitarnej](http://www.space24.pl/509232,chiny-przygotowuja-sie-do-testu-rakiety-antysatelitarnej)> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>6</sup> A. Hładij, *Rosja przetestowała rakietę do zwalczania celów w kosmosie*, [online] <[www.space24.pl/515594,rosja-przetestowala-rakiete-do-zwalczania-celow-w-kosmosie](http://www.space24.pl/515594,rosja-przetestowala-rakiete-do-zwalczania-celow-w-kosmosie)> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>7</sup> Zob. *Background Paper: „Peaceful” and Military Uses of Outer Space Law and Policy*, Institute of Air and Space Law, Faculty of Law, McGill University, Montreal, Canada, February 2005, s. 3; P. Durys, *Zapobieganie wyścigowi zbrojeń w przestrzeni kosmicznej*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej: Świat – Europa – Polska*, Warszawa 2010, s. 51; D. Wolter, *Common Security on Outer Space and International Law*, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva 2006, s. 25–29.

<sup>8</sup> I. Marboe, *Militarization of Outer Space: Present and Future Challenges from the International Legal Perspective*, s. 1; [online] <[www.militarization-outer-space-irmgard-marboe-am-2010.pdf](http://www.militarization-outer-space-irmgard-marboe-am-2010.pdf)> (dostęp: 10.03.2017). Zob. również *Outer Space and Global Security*, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva 2003, s. 3.

możliwość sporządzania map na użytek wojskowy, określania pozycji obiektów wojskowych na Ziemi, wczesnego ostrzegania i śledzenia pocisków rakietowych i powietrznych<sup>9</sup>. Takie działania na dzień dzisiejszy są powszechne i uznawane za dopuszczalne.

Termin *weaponization* oznacza z kolei uzbrojenie kosmosu<sup>10</sup>. Od strony technicznej chodzi o umieszczanie na orbicie okołoziemskiej urządzeń, które mają niszczącą zdolność<sup>11</sup>. Wydaje się jednak, że właściwe byłoby potraktowanie takiej definicji jako *sensu stricto* w stosunku do ujęcia *sensu largo*, które uwzględniałoby wynikającą z technologicznego postępu możliwość zaliczenia do broni kosmicznej różnych rodzajów pocisków z uwagi na ich zasięg. Tym samym poza dopuszczalnymi ramami wykorzystania kosmosu znalazłoby się używanie broni umieszczonej nie tylko w kosmosie, ale także na Ziemi, która mogłaby zostać skierowana z kosmosu na Ziemię, z Ziemi do kosmosu, czy z Ziemi na Ziemię przez kosmos<sup>12</sup>. Powiązanie militaryzacji czynnej kosmosu z różnymi technologiami i rodzajami broni wychodziłoby naprzeciw postępowi nauki i takim jej osiągnięciom jak: broń kinetyczna, w tym niektóre pociski antysatelitarne (*anti-satellite weapon* – ASAT), pręty wolframowe, tzw. różgi Boga (*Rods from God*) oraz broń z głowicami nuklearnymi lub konwencjonalnymi, satelity zabójcy i broń energetyczna<sup>13</sup>. Podejście to byłoby nie tylko racjonalne, ale również zapewniało społeczności międzynarodowej większe bezpieczeństwo i służyło utrzymaniu pokoju. Dlatego też utożsamianie militaryzacji kosmosu z wprowadzeniem broni, ale niekoniecznie umieszczeniem jej tam, daje większe możliwości definicyjne i pozwala spojrzeć na problem przez pryzmat realnego zasięgu pocisków wojskowych

<sup>9</sup> A.M. Saperstein, "Weaponization" vs. "Militarization" of Space, s. 1, [online] <[www.asp.org/units/fps/newsletters/2002.july/saperstein.pdf](http://www.asp.org/units/fps/newsletters/2002.july/saperstein.pdf)> (dostęp: 15.03.2017).

<sup>10</sup> C.M. Petras, *The Debate Over the Weaponization of Space-A Legal Conspectus*, „Annals of Air and Space Law” 2003, t. 28, s. 171–186. Z uwagi na prowadzone badania, obok pięciu nuklearnych mocarstw, takie państwa jak Izrael, Japonia, Niemcy, Iran i Korea Północna są albo będą zdolne w niedalekiej przyszłości wynieść w kosmos rakiety nośne. J. Sommer, *The Militarization of Space*, s. 3, [online] <[www.digital-development-debates.org/issue-05-securing-peace-future-wars-the-militarization-of-space.html](http://www.digital-development-debates.org/issue-05-securing-peace-future-wars-the-militarization-of-space.html)> (dostęp: 15.03.2017). Na temat aktywności państw w kosmosie zob m.in. W. Stankiewicz, *Rywalizacja państw w kosmosie*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 2, s. 109–125; P. Wojtanek, *Program kosmiczny jako element mocarstwowej strategii globalnej CHRL*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2008, s. 127–132.

<sup>11</sup> *Outer Space: Militarization, Weaponization, and the Prevention of an Arms Race*; [online] <[www.reachingcriticalwill.org/resources/fact-sheets/critical-issues/5448-outer-space#CoC](http://www.reachingcriticalwill.org/resources/fact-sheets/critical-issues/5448-outer-space#CoC)> (dostęp: 15.03.2017).

<sup>12</sup> I. Marboe, op. cit., s. 3; D. Webb, *On the Definition of a Space Weapon (When is a Space Weapon Not a Space Weapon?)*, The Praxis Center, Leeds Metropolitan University 2005, s. 8, [online] <[www.praxis.leedsmet.ac.uk/praxis/documents](http://www.praxis.leedsmet.ac.uk/praxis/documents)> (dostęp: 15.03.2017).

<sup>13</sup> D. Webb, op. cit., s. 8. Szerzej na temat pojęcia broni kosmicznej m.in.: B.M. DeBlois, *The Advent of Space Weapons*, „Astropolitics” 2003, nr 1(1), s. 30–32; D. C. De-Frieze, *Defining and Regulating the Weaponization of Space*, „Joint Force Quarterly” 2014, nr 74, s. 110–115; A. White, *Space War: The Militarization and Weaponization of Space*, „MSU International Law Review” 2017, nr 1(25), s. 128–142.

i osiągalnego celu rażenia. Dla efektywnego przeciwdziałania militarnym zapędom państw ważne jest też odrzucenie warunku przebycia przez taką broń przynajmniej jednego pełnego obrotu po orbicie okołoziemskiej. Pozwalałoby to kwalifikować do broni kosmicznej wszystkie pociski balistyczne średniego zasięgu i międzykontynentalne, jak również wszystkie systemy obrony przeciwrakietowej o wysokości przechwytywania przekraczającej 100 km<sup>14</sup>.

Pojęcie militaryzacji kosmosu wymaga też wyjaśnienia terminu „kosmos”. Omawiana militaryzacja dotyczy bowiem obszaru, który leży poza zewnętrzną granicą przestrzeni powietrznej i jest powszechnie określany jako tzw. przestrzeń kosmiczna. Przebieg tej granicy jest sporny przede wszystkim dlatego, że ściśle wiąże się z suwerennością państw i ich odpowiedzialnością. Zagadnieniem delimitacji i definicji przestrzeni kosmicznej zajmuje się od 1958 r. Komitet ONZ ds. Pokojowego Wykorzystania Przestrzeni Kosmicznej<sup>15</sup>. Niestety, ciągnące się od ponad pół wieku debaty nie przyniosły jak dotąd żadnych konkretnych ustaleń. Wydaje się, że taki stan rzeczy wynika nie tylko z rozbieżności stanowisk, ale również z braku woli definitywnego rozstrzygnięcia kwestii rozgraniczenia obu obszarów. W doktrynie także brakuje spójnego stanowiska w tej materii<sup>16</sup>. Odwołując się do nauki prawa międzynarodowego, warto zauważyć, że podejmuje ona również próby zdefiniowania pojęcia „przestrzeń kosmiczna” w ramach szerszego terminu, jakim jest kosmos. Jak zauważa Zdzisław Galicki, międzynarodowe prawo kosmiczne dokonuje dyferencjacji ogólnego pojęcia kosmosu na przestrzeń kosmiczną (w tym orbita okołoziemska) i ciała niebieskie<sup>17</sup>. Podążając zatem za dokonaniem przez tego autora podziałem, mówiąc o militaryzacji kosmosu

---

<sup>14</sup> A. Arbatov, *Space Weapons: Science Fiction, Real Threats and Arms Control Opportunities*, May 2009, s. 10–15. Zob. również K.P. Mueller, *Totem and Taboo: Depolarizing the Space Weaponization Debate*, [w:] P. J. Bolt, D.V. Coletta, C. G. Shackelford, JR. (red.), *American Defense Policy*, Baltimore – London 2005, s. 377–379.

<sup>15</sup> Na temat działalności Komitetu w przedmiocie delimitacji i definicji przestrzeni kosmicznej zob. [online] <[www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/lsc/ddos/index.htm](http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/lsc/ddos/index.htm)> (dostęp: 15.03.2017).

<sup>16</sup> Na temat różnym koncepcji rozgraniczenia przestrzeni powietrznej od przestrzeni kosmicznej m.in.: W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 126–127; I. H. P. Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Space Law*, The Hague – London – Boston 1999, s. 17–20; Z. Galicki, *Prawna delimitacja przestrzeni kosmicznej – problem nadal nierozwiązany*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), op. cit., s. 17–24.

<sup>17</sup> Z. Galicki, *Status prawny kosmosu*, [w:] A. Wasilkowski (red.), *Działalność kosmiczna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 1991, s. 20. Warto również zauważyć, że w podręcznikach do prawa międzynarodowego publicznego można spotkać się z pojęciem „przestrzeń międzyplanetarna” na określenie przestrzeni kosmicznej. C. Berezowski, W. Góralczyk, K. Libera, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1967, s. 231. Takie rozumienie tego terminu jest spójne z definicją encyklopedyczną, zgodnie z którą wszechświat, inaczej kosmos, to „przestrzeń i znajdujące się w niej ciała” – *Encyklopedia Powszechna PWN*, wyd. 3, Warszawa 1987, t. 4, s. 791.



powinniśmy mieć na myśli militaryzację przestrzeni kosmicznej i militaryzację ciał niebieskich.

Przechodząc do regulacji międzynarodowego prawa kosmicznego należy zauważyć, że jedną z jego podstawowych zasad jest zasada pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich. W przyjętym 27 stycznia 1967 r. Układzie o zasadach działalności państw w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi wyraźnie zadeklarowano „użytkowanie przestrzeni kosmicznej w celach pokojowych” (preambuła, akapit 3 i 5). W art. III postanowiono, że państwa-strony będą prowadzić działalność w zakresie badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi „zgodnie z prawem międzynarodowym, łącznie z Kartą Narodów Zjednoczonych, w interesie utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz rozwoju współpracy i porozumienia między narodami”. O ile można byłoby dyskutować nad pokojowymi aspektami zbrojenia kosmosu, o tyle militarne poczynania państw bez wątpienia nie sprzyjają współpracy i porozumieniu między nimi, a więc realizacji jednego z celów Karty Narodów Zjednoczonych, z której postanowieniami użytkowanie kosmosu ma być zgodne. Układ też wskazuje jako cel „popieranie międzynarodowej współpracy w pokojowym badaniu i użytkowaniu przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi” (art. X, XI).

W art. IV państwa-strony zobowiązały się nie wprowadzać na orbitę wokół Ziemi „jakichkolwiek obiektów przenoszących broń jądrową lub jakichkolwiek innych rodzajów broni masowego zniszczenia ani nie umieszczać tego rodzaju broni na ciałach niebieskich lub w przestrzeni kosmicznej w jakikolwiek inny sposób” (ust. 1). W odniesieniu do Księżyca i innych ciał niebieskich postanowiono, że mogą być użytkowane „wyłącznie w celach pokojowych” (ust. 2). W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, że katalog zakazanych broni nie jest pełny, bowiem regulacja nie wspomina o broni, która nie jest bronią masowego rażenia<sup>18</sup>. Ograniczenie pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej do zakazu umieszczania broni masowego rażenia oznacza więc tylko częściową demilitaryzację tego obszaru. W przypadku Księżyca i innych ciał niebieskich zakaz jest szerszy, dotyczy też „zakładania wojskowych baz, instalacji oraz fortyfikacji na ciałach niebieskich, dokonywania na nich prób z jakimikolwiek typami broni oraz przeprowadzania manewrów wojskowych” (art. IV ust. 2 zd. 2). Jak zauważa Andrzej Jacewicz, „zawężając przestrzenny zakres wykorzystania wyłącznie do celów pokojowych (czyli niewojskowych) do Księżyca i innych ciał niebieskich, a zatem przyzwalając gdzie indziej w kosmosie na działalność wojskową, o ile

<sup>18</sup> Zob. E. Taft, *Outer Space: The Final Frontier or the Final Battlefield*, „Duke Law and Technology Review” 2017, nr 1(15), s. 366.

nie dotyczy ona umieszczania broni masowego zniszczenia, nie dano tym samym bynajmniej placetu na działania wymykające się spod kontroli prawa międzynarodowego<sup>19</sup>. Warto dodać, że autor ten identyfikuje wyraz „pokojo- wy” z terminem „niewojskowy”, odrzucając pogląd promowany przez Stany Zjednoczone Ameryki, zgodnie z którym chodzi o nieagresywne wykorzystanie przestrzeni kosmicznej. Jego zdaniem takie podejście oznaczać by mogło, iż dozwolone jest użytkowanie przestrzeni kosmicznej do celów agresywnych. Tymczasem art. IV ust. 2 z pojęcia wykorzystywania wyłącznie do celów pokojowych wyraźnie wyklucza przedsięwzięcia służące celom wojskowym, a nie działania o charakterze agresywnym<sup>20</sup>. Uwagi wart jest też pogląd Marco G. Markoffa, który za kryterium podstawowe legalnego wykorzystania przestrzeni kosmicznej uznaje postanowienie art. I. Zgodnie z jego treścią „badanie i użytkowanie przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, prowadzone lub wykonywane są dla dobra i w interesie wszystkich państw, niezależnie od stopnia ich rozwoju gospodarczego czy naukowego, i stanowi dorobek całej ludzkości” (akapit 1). Autor zauważa, że zakres działania reguły wyrażonej w tym postanowieniu jest znacznie szerszy niż zakres zasady użytkowania przestrzeni kosmicznej do celów pokojowych. Jako przykład podaje korzystanie przez państwo z orbity geostacjonarnej wyłącznie do własnych celów, które nie wiążą się z żadnym strategicznym skutkiem, a może to być niezgodne z zasadą „wspólnego interesu”. Orbita geostacjonarna stanowi bowiem ograniczony zasób naturalny, a jej legalne wykorzystanie powinno być skoordynowane z prawnie chronionymi interesami innych państw<sup>21</sup>. Na straży tych interesów stoją zasady prawa międzynarodowego, Karta Narodów Zjednoczonych oraz sam Układ, który odwołuje się do źródeł prawa międzynarodowego i jednocześnie nakazuje traktować przestrzeń kosmiczną jako dobro wspólne. Interes innych państw jest kryterium wiodącym, jeśli chodzi o ustanowioną w Układzie zasadę wolności badań i użytkowania kosmosu. Zgodnie z art. IX, państwa-strony „prowadzą wszelką swą działalność w przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi, z uwzględnieniem uzasadnionych interesów wszystkich innych państw-stron Układu”. Wojskowa rywalizacja mocarstw militarnych nie tylko nie leży w interesie innych państw, ale też może naruszać ten interes, stwarzając zagrożenie czy niszcząc środowisko kosmosu. To z kolei może ograniczać gwarantowaną wszystkim państwom wolność badań i użytkowania przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich.

<sup>19</sup> A. Jacewicz, *Użytkowanie kosmosu do celów wojskowych*, [w:] A. Wasilkowski (red.), op. cit., s. 69.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> M.G. Markoff, *Disarmament and „Peaceful Purposes” Provisions in the 1967 Outer Space Treaty*, „Journal of Space Law” 1976, nr 1, s. 16.

Warto też zwrócić uwagę, że niektórzy przedstawiciele doktryny z treści art. I wywodzą wniosek, zgodnie z którym nakaz wykorzystywania wyłącznie do celów pokojowych dotyczy całego kosmosu<sup>22</sup>. Nadużyciem kompetencji traktatowej wydaje się zróżnicowane potraktowanie przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich w przedmiocie ich pokojowego wykorzystania. Jest ono zresztą niespójne nie tylko z treścią art. I, ale również art. III i IX. Wraz z zawartym w art. II zakazem zawłaszczania przestrzeni kosmicznej, łącznie z Księżycem i innymi ciałami niebieskimi w jakikolwiek sposób, postanowienia Układu określają dość jasno status kosmosu jako rzeczy wspólnej (*res communis*)<sup>23</sup>. Koncepcja ta jest przytaczana przez doktrynę jako argument mogący przemawiać za demilitaryzacją kosmosu wobec konieczności zapewnienia wszystkim państwom prawa wykorzystywania tego obszaru w celach pokojowych<sup>24</sup>. Siła tego twierdzenia leży w dużej mierze w postawie państw co do samej zasady, pamiętając, że art. IV Układu różnicuje status przestrzeni kosmicznej i ciał niebieskich. Trzeba zaznaczyć, że czyni to z uwagi na dość stanowczą postawę w procesie negocjacyjnym Stanów Zjednoczonych Ameryki i Związku Radzieckiego, których zgoda z oczywistych względów była kluczowa dla pomyślności samego przedsięwzięcia<sup>25</sup>. Przyzwolenie na taki kształt regulacji nie zawsze musi oznaczać jego akceptację, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia z tzw. wyborem mniejszego zła, co w polityce traktatowej państw jest częstym zjawiskiem.

Zakaz militaryzacji kosmosu w odniesieniu do jednego z elementów składowych, jakim są ciała niebieskie, przewiduje również Układ normujący działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich z 18 grudnia 1979 r.<sup>26</sup> Znaczenie tej umowy jest dość ograniczone ze względu na brak akceptacji ze strony krajów aktywnie zaangażowanych w eksplorację i eksploatację kosmosu. Nie zmienia to faktu, że postanowienia art. 3 potwierdzają treść art. IV Układu 1967 r. i w znaczącym zakresie je uzupełniają. Postanawia się bowiem, że: „zakazane jest uciekanie się do jakiegokolwiek groźby lub użycia siły bądź jakiegokolwiek groźby lub dokonania aktu wrogiego na Księżycu. Zakazane jest również wykorzystywanie Księżyca dla dokonania takiego aktu albo zastosowania takiej groźby w odniesieniu do Ziemi, Księżyca, statku kosmicznego, personelu statku kosmicznego czy obiektów kosmicz-

<sup>22</sup> A. Górbiel, *Istota i ograniczenia prawne wolności kosmosu*, „Acta Universitatis Lodziensis. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1979, s. 15.

<sup>23</sup> Ł. Kulaga, *Przestrzeń kosmiczna – jako wspólne dziedzictwo ludzkości. Kontrowersje wokół Porozumienia regulującego działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), op. cit., s. 31.

<sup>24</sup> Ch. C. Joyner, *Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1986, nr 1(35), s. 190.

<sup>25</sup> Zob. UN Doc. A/AC.105/C.2/SR. 65, 24.10.1966, s. 9–10; UN Doc. A/AC.105/C.2/SR. 66, 21.10.1966, s. 6–7.

<sup>26</sup> Polska nie jest stroną Układu. Tekst dokumentu w: P. Durys, F. Jasiński, op. cit., s. 305–312.

nych będących dziełem człowieka” (art. 3 ust. 2). Układ z 1979 r. wprowadza zatem dodatkowo neutralizację Księżyca. Dotyczy to również innych ciał niebieskich, gdyż jak stanowi art. 1, postanowienia odnoszące się do Księżyca mają zastosowanie do innych ciał niebieskich wewnątrz systemu słonecznego, co do których nie obowiązują odrębne normy prawne.

## Podsumowanie

Wykładnia językowa postanowień art. IV Układu z 1967 r. nie pozwala wyprowadzić wniosku o pełnym zakazie militaryzacji przestrzeni kosmicznej, jak ma to miejsce w przypadku Księżyca i innych ciał niebieskich. Badając cel i przedmiot umowy, można jednak twierdzić, że zasadne jest szersze jego ujęcie. Przemawiają za tym takie sformułowania w Układzie, jak „dobro wszystkich narodów”, „badanie i użytkowanie w celach pokojowych”, „realizacja celów i zasad Karty Narodów Zjednoczonych” czy prowadzenie działalności „w interesie utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz rozwoju współpracy i porozumienia między narodami”. Można też twierdzić, że brak konkretnego zakazu nie oznacza, że zbrojenie przestrzeni kosmicznej jest dozwolone na mocy prawa międzynarodowego<sup>27</sup>.

Jak stwierdza Andrzej Górbiel, analizując treść art. IV Układu: „jako pokojowe w pełni znaczenia tego określenia uznać można jedynie takie wykorzystanie ciał niebieskich, które konstruktywnie przyczynia się do utrzymania i utrwalania pokojowych stosunków między państwami”<sup>28</sup>. Myśl ta jest również zasadna co do pokojowego wykorzystania przestrzeni kosmicznej. Przemawia za tym treść przeanalizowanych artykułów Układu i postanowienia preambuły, w której państwa m.in. stwierdzają, że przestrzeń kosmiczna ma być obszarem współpracy, która „przyczyni się do rozwoju wzajemnego porozumienia i do umocnienia przyjaznych stosunków między państwami i narodami” (preambuła akapit 6). Tymczasem jesteśmy świadkami trwającego wyścigu zbrojeń w kosmosie, wobec którego społeczność międzynarodowa jest bezradna. Pogłębia on polityczny dysonans pomiędzy militarnymi potęgami i buduje nieufność we wzajemnych stosunkach. Nie daje też nadziei na szybkie rozwiązanie problemu. Świadczyć o tym może brak zgody Stanów Zjednoczonych Ameryki na proponowany przez Rosję i Chiny projekt Traktatu o zapobieganiu umieszczania broni w przestrzeni kosmicznej oraz groźbie lub użyciu siły przeciwko obiektom kosmicznym<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> J. Su, *Use of Outer Space for Peaceful Purposes: Non-Militarization Non-Aggression and Prevention of Weaponization*, „Journal of Space Law” 2010, nr 1(36), s. 272.

<sup>28</sup> A. Górbiel, *Międzynarodowe prawo kosmiczne*, Warszawa 1985, s. 133.

<sup>29</sup> Elementy projektu Traktatu o zapobieganiu umieszczania broni w przestrzeni kosmicznej oraz groźbie lub użyciu siły przeciwko obiektom kosmicznym zostały przedstawione pierwszy raz

Patrząc z perspektywy minionych 50 lat, można stwierdzić, że siła politycznych argumentów i politycznego oddziaływania na kształtowanie norm prawnych zahamowała rozwój międzynarodowego prawa kosmicznego, które w konfrontacji z postępującą techniką kosmiczną i wojskową, wciąż nie operuje skutecznymi instrumentami traktatowymi.

## Literatura

- Arbatov A., *Space Weapons: Science Fiction, Real Threats and Arms Control Opportunities*, May 2009.
- Background Paper: „Peaceful” and Military Uses of Outer Space Law and Policy, Institute of Air and Space Law, Faculty of Law, McGill University, Montreal, Canada, February 2005.
- Berezowski C., Góralczyk W., Libera K., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1967.
- Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999.
- Deblois B.M., *The Advent of Space Weapons*, „Astropolitics” 2003, nr 1(1).
- De-Frieze D.C., *Defining and Regulating the Weaponization of Space*, „Joint Force Quarterly” 2014, nr 74.
- Diederiks-Verschoor I.H.P., *An Introduction to Space Law*, The Hague – London – Boston 1999.
- Durys P., *Zapobieganie wyścigowi zbrojeń w przestrzeni kosmicznej*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej: Świat – Europa – Polska*, Warszawa 2010.
- Durys P., Jasiński F., *Wybór aktów prawnych do nauki międzynarodowego prawa lotniczego i kosmicznego*, Warszawa 1999.
- Foust J., *U.S. Dismisses Space Weapons Treaty Proposal As „Fundamentally Flawed”*, [online] <[www.spacenews.com/41842us-dismisses-space-weapons-treaty-proposal-as-fundamentally-flawed](http://www.spacenews.com/41842us-dismisses-space-weapons-treaty-proposal-as-fundamentally-flawed)>.
- Galicki Z., *Status prawny kosmosu*, [w:] A. Wasilkowski (red.), *Działalność kosmiczna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 1991.

---

w 2002 r. na Konferencji Rozbrojeniowej ONZ przez delegacje: Chin, Rosji, Wietnamu, Indonezji, Białorusi, Zimbabwe i Syrii. Rozbieżne stanowiska państw uniemożliwiły jednak prowadzenie negocjacji oraz osiągnięcie porozumienia. Zob. Possible Elements for a Future International Legal Agreement on the Prevention of the Deployment of Weapons in Outer Space, the Threat or Use of Force Against Outer Space Objects, Conference on Disarmament, CD/ 1679, 28.06.2002. Kolejne wersje traktatu zaproponowane w 2008 r. i 2014 r. przez Rosję i Chiny spotkały się z krytyką Stanów Zjednoczonych Ameryki. Zob. Draft Treaty on Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space and of the Threat or Use of Force against Outer Space Objects, Conference on Disarmament, CD/1839, 29.02.2008; M. Listner, R. P. Rajagopalan, *The 2014 PPWT: A New Draft but with the Same and Different Problems*; [online] <[www.thespacereview.com/article/2575/1](http://www.thespacereview.com/article/2575/1)> (dostęp: 15.03.2017). Propozycjom zarzucono m. in. pominięcie zakazu wykorzystywania broni antysatelitarnej. Szerzej na ten temat: J. Foust, *U.S. Dismisses Space Weapons Treaty Proposal As „Fundamentally Flawed”*, [online] <[www.spacenews.com/41842us-dismisses-space-weapons-treaty-proposal-as-fundamentally-flawed](http://www.spacenews.com/41842us-dismisses-space-weapons-treaty-proposal-as-fundamentally-flawed)> (dostęp: 15.03.2017).

- Galicki Z., *Prawna delimitacja przestrzeni kosmicznej – problem nadal nierozwiązany*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej: Świat – Europa – Polska*, Warszawa 2010.
- Górbiel A., *Międzynarodowe prawo kosmiczne*, Warszawa 1985.
- Górbiel A., *Istota i ograniczenia prawne wolności kosmosu*, „Acta Universitatis Lodziensis. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1979.
- Granoff J., *United States – Masters of Space? The US Space Command’s „Vision for 2020”*, Global Security Institute, New York 2005.
- Hładaj A., *Chiny przygotowują się do testu rakiety antysatelitarnej*, [online] <[www.space24.pl/509232,chine-przygotowuja-sie-do-testu-rakiety-antysatelitarnej](http://www.space24.pl/509232,chine-przygotowuja-sie-do-testu-rakiety-antysatelitarnej)>.
- Hładaj A., *Rosja przetestowała raketę do zwalczania celów w kosmosie*, [online] <[www.space24.pl/515594,rosja-przetestowala-rakiete-do-zwalczania-celow-w-kosmosie](http://www.space24.pl/515594,rosja-przetestowala-rakiete-do-zwalczania-celow-w-kosmosie)>.
- Jacowicz A., *Użytkowanie kosmosu do celów wojskowych*, [w:] A. Wasilkowski (red.), *Działalność kosmiczna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 1991.
- Joyner Ch.C., *Legal Implications of the Concept of the Common Heritage of Mankind*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1986, nr 1(35).
- Kułaga Ł., *Przestrzeń kosmiczna – jako wspólne dziedzictwo ludzkości. Kontrowersje wokół Porozumienia regulującego działalność państw na Księżycu i innych ciałach niebieskich*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej: Świat – Europa – Polska*, Warszawa 2010.
- Listner M., Rajagopalan R.P., *The 2014 PPWT: A New Draft but with the Same and Different Problems*; [online] <[www.thespacereview.com/article/2575/1](http://www.thespacereview.com/article/2575/1)>.
- Marboe I., *Militarization of Outer Space: Present and Future Challenges from the International Legal Perspective*, [online] <[www.militarization-outer-space-irmgard-marboe-am-2010.pdf](http://www.militarization-outer-space-irmgard-marboe-am-2010.pdf)>.
- Markoff M.G., *Disarmament and „Peaceful Purposes” Provisions in the 1967 Outer Space Treaty*, „Journal of Space Law” 1976, nr 1.
- Mueller K.P., *Totem and Taboo: Depolarizing the Space Weaponization Debate*, [w:] P. J. Bolt, D.V. Coletta, C. G. Shackelford, JR. (red.), *American Defense Policy*, Baltimore – London 2005.
- Outer Space and Global Security*, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva 2003.
- Outer Space: Militarization, Weaponization, and the Prevention of an Arms Race*; [online] <[www.reachingcriticalwill.org/resources/fact-sheets/critical-issues/5448-outer-space#CoC](http://www.reachingcriticalwill.org/resources/fact-sheets/critical-issues/5448-outer-space#CoC)>.
- Petras C.M., *The Debate Over the Weaponization of Space-A Legal Conspectus*, „Annals of Air and Space Law” 2003, t. 28.
- Saperstein A.M., *“Weaponization” vs. “Militarization” of Space*, s. 1, [online] <[www.asp.org/units/fps/newsletters/2002.july/saperstein.pdf](http://www.asp.org/units/fps/newsletters/2002.july/saperstein.pdf)>.
- Sommer J., *The Militarization of Space*, s. 3, [online] <[www.digital-development-debates.org/issue-05-securing-peace-future-wars-the-militarization-of-space.html](http://www.digital-development-debates.org/issue-05-securing-peace-future-wars-the-militarization-of-space.html)>.
- Stankiewicz W., *Rywalizacja państw w kosmosie*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 2.
- Su J., *Use of Outer Space for Peaceful Purposes: Non-Militarization Non-Aggression and Prevention of Weaponization*, „Journal of Space Law” 2010, nr 1(36).
- Taft E., *Outer Space: The Final Frontier or the Final Battlefield*, „Duke Law and Technology Review” 2017, nr 1(15).
- Webb D., *On the Definition of a Space Weapon (When is a Space Weapon Not a Space Weapon?)*, The Praxis Center, Leeds Metropolitan University 2005, [online] <[www.praxis.leedsmet.ac.uk/praxis/documents](http://www.praxis.leedsmet.ac.uk/praxis/documents)>.

- White A., *Space War: The Militarization and Weaponization of Space*, „MSU International Law Review” 2017, nr 1(25).
- Wojtanek P., *Program kosmiczny jako element mocarstwowej strategii globalnej CHRL*, „Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego” 2008.
- Wolff M., *“Peaceful Uses” of Outer Space Has Permitted Its Militarization – Does It Also Mean Its Weaponization?*, „Disarmament Forum” 2003.
- Wolter D., *Common Security on Outer Space and International Law*, United Nations Institute for Disarmament Research, Geneva 2006.

## Summary

### *Some remarks regarding weaponization of outer space in light of international space law*

**Key words:** weaponization of outer space, space weapon, outer space, international space law.

A military space race is taking place. For many years, the state has been improving space technologies, and the opportunities that science achievements has made them the problem of placing weapons in space takes on weight. The pursuit of states to consolidate their position in space makes agreement on the peaceful use of outer space and celestial bodies declared in the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies of 1967 appear to be fiction. In the absence of goodwill on the part of states that are space powers, it is difficult to count on suppressing the process of reinforcement in space. International space law regulates the problem of militarization of space in a fairly general and limited way. But can we, in the existing legal solutions, justify the broader approach to banning the introduction of weapons into space? This question is addressed to this article.





Oksana Cabaj

Olga Łachacz

Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego

Wydział Prawa i Administracji UWM

**Orzeczenie Międzynarodowego Trybunału  
Sprawiedliwości w sprawie *Australia przeciwko  
Japonii* dotyczące połowu wielorybów z 2014 r.  
(tzw. *Whaling*) – głos międzynarodowego  
wymiaru sprawiedliwości w międzynarodowym  
dyskursie na temat ochrony wielorybów**

**Uwagi wstępne**

31 marca 2014 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej: MTS) wydał wyrok w sprawie ze skargi Australii przeciwko Japonii dotyczącej połowów wielorybów na Oceanie Północnym<sup>1</sup>. Na mocy orzeczenia Japonia miała ze skutkiem natychmiastowym wstrzymać odławianie wielorybów, które prowadziła, realizując drugą fazę programu naukowego pod nazwą *Japan Whale Research Program under Special Permit in the Antarctic* (dalej: JARPA II). Wyrok został przyjęty z entuzjazmem przez organizacje działające na rzecz ochrony przyrody, które postrzegały go w kontekście wykraczającym poza ramy prawne, przypisując Trybunałowi rolę niemalże propagatora idei ochrony bioróżnorodności i zrównoważonego rozwoju. Tymczasem w uzasadnieniu wyroku MTS był raczej oszczędny w uwagach dotyczących konieczności ochrony przyrody, nie sformułował daleko idących postulatów *de lege ferenda* ani nie odwoływał się do argumentów natury pozaprawnej. Zgodnie ze swoimi kompetencjami, skoncentrował się na tym, jak interpretować obowiązujące w tej dziedzinie prawo międzynarodowe. Podstawą roz-

---

<sup>1</sup> Zob. International Court of Justice, Reports of Judgments, *Advisory Opinions and Orders*, Judgment of 31 March 2014, *Australia v. Japan, New Zealand intervening, Whaling in the Antarctic*, [online] <[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)> (dostęp: 27.12.2016).

strzygania była bowiem Międzynarodowa Konwencja o regulacji połowu wielorybów z 1946 r.<sup>2</sup>, instrument zawierający postanowienia służące kontrolowaniu komercyjnego odławiania wielorybów, a nie *stricte* ochronie tego gatunku, który obecnie jest uznawany za zagrożony wyginięciem. Faktem jest jednak, że z upływem lat i wskutek zmniejszania się populacji tych zwierząt na świecie rola Konwencji ulegała zmianie, a interpretacja jej postanowień powinna uwzględniać aktualny dorobek społeczności międzynarodowej w dziedzinie ochrony przyrody, jak też stan wiedzy na temat życia wielorybów i ich roli w ekosystemie.

Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy orzeczenie w sprawie *Whaling*, ograniczające się w zasadzie do ostrożnego wskazania nowych kierunków interpretacji Konwencji, może istotnie zaważyć na kierunkach światowej debaty na temat wielorybnictwa oraz czy czasem MTS nie zmarnował okazji do sformułowania ważnego przesłania skierowanego do społeczności międzynarodowej w kwestii ochrony i dobrostanu tych zwierząt, co z kolei uczynił w swoim zdaniu odrębnym dołączonym do uzasadnienia orzeczenia sędzieja Antônio Augusto Cançado Trindade.

## Tło sprawy *Whaling*

Do momentu wniesienia skargi do MTS w 2010 r. Australia próbowała przez 25 lat przekonać Japonię środkami dyplomatycznymi, by zaprzestała połowów wielorybów na Oceanie Północnym<sup>3</sup>. Odławianie tych wielkich ssaków ma w Japonii długą tradycję, sięgającą XII wieku, która przez kolejne stulecia była rozwijana i udoskonalana. Wielorybie mięso uważa się tam za przysmak, zaś tłuszcz wykorzystywano do produkcji środków higieny, oleju do lamp, jako smar i paliwo. Starania społeczności międzynarodowej o ochronę wielorybów były wielokrotnie przedmiotem protestów Japonii, chociaż kraj ten czynnie uczestniczy w pracach Międzynarodowej Komisji ds. Wielorybnictwa (dalej: ICW) i jest państwem aktywnie działającym na rzecz ochrony zasobów Ziemi i czystego środowiska.

Wskutek działań organizacji pozarządowych przed australijskim Sądem Federalnym w latach 2004–2008 toczyły się sprawy z powództwa *Humane Society International Inc.* przeciwko *Kyodo Senpaku Kaisha Ltd* o naruszenie *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* z 1999 r.

<sup>2</sup> Międzynarodowa Konwencja dotycząca regulacji połowu wielorybów, podpisana 2 grudnia 1946 r. w Waszyngtonie DC. Aktualny status ratyfikacji jest dostępny na stronie depozytariusza: <[www.state.gov/documents/organization/191051.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/191051.pdf)> (dostęp: 8.01.2017).

<sup>3</sup> M. Mangel, *Whales, Science and Scientific Whaling in the International Court of Justice*, "Proceedings of the National Academy of Sciences of United States of America", vol. 113, nr 51, s. 14523–14527, [online] <[www.pnas.org/content/113/51/14523.full](http://www.pnas.org/content/113/51/14523.full)> (dostęp: 7.01.2017).

w związku z połowami wielorybów w granicach Australijskiego Rezerwatu Wielorybów utworzonego w 1999 r. Sąd stwierdził naruszenie aktu prawa wewnętrznego i nakazał przedsiębiorcy japońskiemu zaprzestanie połowów. W tym czasie Australia wykorzystywała dostępne środki dyplomatyczne, by wyrzucić presję na Japonię w tej kwestii i jednocześnie utrzymywać z nią dobre relacje. Ostatecznie 31 maja 2010 r. Australia wniosła do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze skargę przeciwko Japonii dotyczącą połowów wielorybów dokonywanych przez to państwo w ramach drugiej fazy programu badań nad wielorybami prowadzonymi w rejonie Antarktyki w związku z zezwoleniem JARPA (*Joint Aquatic Resource Permit Application*) i podniosła zarzut naruszenia zobowiązań międzynarodowych, które Japonia przyjęła na siebie, ratyfikując Międzynarodową Konwencję regulującą połów wielorybów z 1946 r.<sup>4</sup> W 2012 r. Nowa Zelandia przystąpiła do sprawy w charakterze interwenienta, a w 2013 r. MTS uznał jej deklarację o przystąpieniu do sprawy za zasadną.

## Konwencja – między zakazem a zezwoleniami na połów wielorybów

Istotnie, malejąca populacja wielorybów, m.in. wskutek połowów tych ssaków na niespotykaną dotychczas skalę, w pierwszej połowie XX wieku uświadomiła społeczności międzynarodowej, że przetrwanie tego gatunku jest zagrożone<sup>5</sup>. Z oczywistych względów rodziło to konflikty między państwami, które bądź broniły swojej ekspansywnej i niekontrolowanej eksploatacji zasobów morskich bądź dążyły do jej uregulowania. Niewątpliwie procesy te przyczyniły się do rozwoju współpracy międzynarodowej, choć niektórzy w obszarze tym pierwszoplanowo nadal wskazują na „konkurowanie” aniżeli na współpracę<sup>6</sup>. Z pewnością inaczej rozwija się to w poszczególnych państwach, które w zależności od partykularnych interesów mają tym samym odmienny wkład w kształtowanie „dyplomacji wielorybniczej”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Konwencja weszła w życie w stosunku do Australii w 1948 r., a w stosunku do Japonii w 1951 r.

<sup>5</sup> Szczególnie lata 1937–1939 wskazywane są jako krytyczne pod względem liczby odnotowanych połowów wielorybów. Zob. J.N. Tønnesen, A.O. Johnsen, *The History of Modern Whaling*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles 1982, s. 457.

<sup>6</sup> Ch. Epstein, *The Power of Words in International Relations. Birth of an Anti-Whaling Discourse*, [w:] P.M. Haas, S. Jasanoff (red.), *Politics, Science, and the Environment*, Massachusetts Institute of Technology 2008, s. 18–19.

<sup>7</sup> Zob. A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2005; A. Ishii, A. Okubo, *An Alternative Explanation of Japan's Whaling Diplomacy in the Post-Moratorium Era*, „Journal of International Wildlife Law & Policy” 2007, vol. 10, s. 55–87.

W ramach pierwszych dwustronnych i wielostronnych porozumień państw<sup>8</sup>, przełomowym wydarzeniem było podpisanie 2 grudnia 1946 r. w Washingtonie Konwencji o regulacji połowu wielorybów<sup>9</sup>. Stronami tego porozumienia, a zarazem członkami utworzonej na jego mocy specjalnej Międzynarodowej Komisji ds. Wielorybnictwa jest aktualnie 88 państw<sup>10</sup>, które prowadzą prace m.in. nad zachowaniem stad wielorybów.

W preambule Konwencji wskazano na „zainteresowanie narodów świata zabezpieczeniem dla przyszłych pokoleń wielkiego przyrodniczego zasobu, jakim jest pogłowie wielorybów”, następnie na potrzebę „ochrony wszystkich gatunków wielorybów przed dalszymi nadmiernymi połowami”. Wstęp zamyka cel Konwencji – ma ona „zapewnić prawidłową ochronę pogłowia wielorybów, a zatem umożliwić uporządkowany rozwój przemysłu wielorybniczego”. Zasygnalizowano zatem związek ochrony gatunkowej ze zrównoważoną eksploatacją<sup>11</sup>, co w tamtych czasach było podejściem nowatorskim. Dopiero z czasem skutki innych zagrożeń środowiskowych przybrały na sile i stały się dla społeczności międzynarodowej jednym z większych wyzwania. Należy przy tym podkreślić, że już sam tytuł Konwencji wskazuje, że głównym przedmiotem współpracy była regulacja „przemysłu wielorybniczego”, a na dalszym planie działania konserwatorskie, tj. zmierzające do zachowania populacji wielorybów. Znacznie później podjęto wysiłki na rzecz zapewnienia dobrostanu wielorybów (*welfare*)<sup>12</sup>, czym obecnie zajmuje się specjalnie do tego powołana (na podstawie art. III ust. 4) grupa robocza<sup>13</sup>.

W art. I Konwencji określono, iż znajduje ona zastosowanie do „statków – przetwórci, stacji lądowych i wielorybników podlegających właściwości Umawiających się Rządów oraz do wszystkich wód, na których ścigane są

---

<sup>8</sup> Do najważniejszych należą: Konwencja regulująca wielorybnictwo z 1931 r., tudzież stanowiące podstawę opracowania Konwencji z 1946 r.: Międzynarodowe Porozumienie o regulacji połowu wielorybów z 1937 r. oraz protokoły do tego Porozumienia podpisane także w Londynie 24 czerwca 1938 r. i 26 listopada 1945 r.

<sup>9</sup> Państwa, które jako pierwsze podpisały Konwencję, to: Argentyna, Australia, Brazylia, Dania, Francja, Holandia, Islandia, Japonia, Meksyk, Norwegia, Nowa Zelandia, RPA, USA, Wielka Brytania i ówczesne ZSRR. Polska ratyfikowała Konwencję w 2009 r.

<sup>10</sup> Listę aktualnych członków zamyka Kolumbia, która przystąpiła do Konwencji w marcu 2011 r. Zob. [online] <<https://iwc.int/home>> (dostęp: 10.10.2017).

<sup>11</sup> Na ewolucję współpracy międzynarodowej we wskazanym obszarze, w tym w ramach IWC, wskazują m.in.: S.R. Harrop, *From Cartel to Conservation and on to Compassion: Animal Welfare and the International Whaling Commission*, „Journal of International Wildlife Law & Policy” 2003, vol. 6(1–2), s. 79–104; K. Hirata, *Why Japan Supports Whaling*, „Journal of International Wildlife Law and Policy” 2005, vol. 8, s. 129.

<sup>12</sup> Podobnie prace, ustanowionej w Konwencji, Międzynarodowej Komisji ds. Wielorybnictwa koncentrowały się pierwotnie nie tyle na zachowaniu gatunku, ile na regulacji połowów.

<sup>13</sup> Grupa robocza ds. metod zabijania wielorybów i ich dobrostanu (*Working Group on Whale Killing Methods and Welfare Issues*), a także funkcjonująca w jej strukturach od 2012 r. Międzysesyjna grupa robocza ds. dobrostanu (*Intersessional Working Group on Welfare*). Zob. [online] <<https://iwc.int/working-group-on-whale-killing-methods-and-welfare-issues>>.

połowy wielorybów prowadzonych przez takie statki-przetwórnice, stacje lądowe i wielorybników” (ust. 2). Jednocześnie wskazano, że integralną częścią Konwencji jest załączony do niej Plan (ang. *Schedule*) który podlega zmianom i jest aktualizowany zgodnie z postanowieniami zawartymi w art. V (ust. 1). Zawiera on kluczowe postanowienia w przedmiocie ochrony wielorybów i regulacji ich połowu, podczas gdy pozostała część Konwencji ustanawia ramy współpracy państw wraz z powołaniem międzyrządowego organu odpowiedzialnego za zachowanie populacji wielorybów i nadzór nad wielorybnictwem. Takie rozwiązanie jest typowe w konwencjach obszaru ochrony środowiska, daje bowiem możliwość sprawniejszego dostosowywania szczegółów współpracy międzypaństwowej do dynamicznie zmieniających się procesów środowiskowych leżących u podstaw tej współpracy. Tym samym zawarte w Planie regulacje określające poszczególne gatunki wielorybów objętych konwencyjną ochroną oraz postępowanie wobec każdego z nich podlegają modyfikacjom bez potrzeby ratyfikacji przez państwa-strony Konwencji, zachowując moc wiążących postanowień.

Ustanowiona w art. III Konwencji Międzynarodowa Komisja Wielorybnictwa (dalej: Komisja lub IWC) koncentruje swe prace na koordynowaniu współpracy państw, zajmuje się nadzorem i korygowaniem ograniczeń ustalonych w aktualizowanym Planie Konwencji, jak również zapewnia ochronę konkretnym gatunkom w zależności od aktualnych badań nad stanem ich populacji, oznacza wybrane akweny jako rezerwy walen, określa limity ilościowych i wielkościowych poławianych wielorybów (przy jednoczesnym zakazie połowu karmionych młodych oraz samic wszystkich gatunków). W tym celu rozwijana jest współpraca Komisji z innymi publicznymi lub prywatnymi agencjami czy organizacjami<sup>14</sup> oraz prowadzone są badania naukowe (w tym dane statystyczne i biologiczne) oraz gromadzone i udostępniane raporty z połowów<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Przykładem podmiotów współpracujących z Komisją, zasygnalizowanych zresztą w tekście Konwencji (art. III, ust. 6) są wyspecjalizowane agencje związane z Organizacją Narodów Zjednoczonych, ale także Unia Europejska, która posiada status obserwatora w ICW.

<sup>15</sup> Obszarowi temu poświęcono art. IV Konwencji. Zgodnie z ust. 1: „Komisja może we współdziałaniu z niezależnymi agencjami Umawiających się Rządów, albo z innymi publicznymi lub prywatnymi agencjami, placówkami, czy organizacjami, bądź za ich pośrednictwem, lub też samodzielnie: a) zachęcać, zalecać, lub jeśli potrzeba, organizować studia i badania dotyczące wielorybów i ich połowu; b) gromadzić i analizować informacje statystyczne dotyczące aktualnego stanu i tendencji pogłowia wielorybów oraz oddziaływania na nie skutków połowu wielorybów; c) badać, oceniać i upowszechniać informacje dotyczące metod utrzymywania i ilościowego przyrostu pogłowia wielorybów”. W myśl ust. 2: „Komisja przygotowuje publikację raportów z własnej działalności oraz może publikować samodzielnie lub wspólnie z Międzynarodowym Biurem Statystyk Wielorybniczych w Sandefjord, Norwegia, a także z innymi organizacjami i agencjami, takich raportów, jakie uzna za właściwe, a także statystycznych, naukowych i innych przedmiotowych informacji dotyczących wielorybów i wielorybnictwa”.

W skład Komisji wchodzi członek z każdego państwa-strony Konwencji, który dysponuje jednym głosem, przy czym podczas zebrań Komisji może mu towarzyszyć jeden lub więcej ekspert bądź doradca. Decyzje Komisji podejmowane są zwykłą większością głosów członków głosujących, z takim wyjątkiem, że odnośnie działań podejmowanych na podstawie art. V wymaga się trzech czwartych głosów członków głosujących. Zwiększony wymóg dla zmian Planu uzasadniony jest tym, że jego postanowienia są wiążące dla państw-stron Konwencji. Choć należy w tym miejscu zaznaczyć, że w ust. 3 art. V przewidziano możliwość zgłoszenia przez państwo sprzeciwu<sup>16</sup> wobec zmiany, z tym skutkiem, że zmiana przestaje wiązać dane państwo aż do momentu ewentualnego wycofania sprzeciwu<sup>17</sup>.

Z perspektywy dążenia do urzeczywistnienia celu Konwencji („uporządkowany rozwój przemysłu wielorybniczego”) zasadnicze znaczenie ma jej art. VIII, który stanowi, że „niezależnie od któregośkolwiek z zapisów zawartych w niniejszej Konwencji, każdy Umawiający się Rząd może udzielić każdej swojej krajowej osobie specjalne pozwolenie na odstrzał, odłów i przerób wielorybów dla potrzeb badań naukowych”. Wiąże się to z obowiązkiem „niezwłocznego zawiadomienia Komisji o wszelkich takich pozwoleńiach” oraz „przekazywania, w miarę możliwości, w okresach nie dłuższych niż jeden rok, informacji naukowych dostępnych temu Rządowi, dotyczących wielorybów i ich połowu, w tym wyników badań prowadzonych zgodnie z ustępem 1 niniejszego artykułu oraz artykułu IV”. Ponadto, Umawiające się Rządy miały, zgodnie z ust. 4, uruchomić wszelkie praktycznie możliwe środki w celu pozyskiwania danych biologicznych w związku z eksploatacją statków przetwórci i stacji lądowych, nieodzownie potrzebnych, w celu prowadzenia właściwej i konstruktywnej gospodarki wielorybniczej. Powyższe postano-

---

<sup>16</sup> Z takiej możliwości skorzystała przykładowo Norwegia i Islandia, które nie chciały związać się moratorium na połowy komercyjne z 1982 r. (Islandia wystąpiła z IWC w 1992 r., ale przystąpiła do niej ponownie w 2002 r. z zastrzeżeniem moratorium).

<sup>17</sup> Dokładniej przewidziano, że zmiana taka „wejdzie w życie dziewięćdziesiąt dni po zawiadomieniu o tej zmianie wysłanym przez Komisję do każdego z Umawiających się Rządów, jeżeli (a) żaden z Umawiających się Rządów nie złożył Komisji sprzeciwu dotyczącego danej zmiany przed upływem powyższego okresu dziewięćdziesięciu dni, w przeciwnym wypadku zmiana ta nie będzie skuteczna w odniesieniu do każdego z tych Rządów w ciągu dodatkowych dziewięćdziesięciu dni; (b) po tym, każdy inny Umawiający się Rząd może złożyć sprzeciw wobec tej zmiany w każdym czasie przed upływem tego dodatkowego okresu dziewięćdziesięciu dni, lub przed upływem trzydziestu dni od dnia wpływu ostatniego sprzeciwu otrzymanego podczas tego dodatkowego okresu dziewięćdziesięciu dni, zależnie który z tych terminów jest późniejszy; oraz (c) następnie, zmiana wejdzie w życie w odniesieniu do wszystkich Umawiających się Rządów, które nie złożyły sprzeciwu, ale nie stanie się skuteczna w odniesieniu do każdego Rządu, który w taki sposób sprzeciwił się, aż do dnia, w którym taki sprzeciw zostanie wycofany. Komisja zawiadomi każdy Umawiający się Rząd bezzwłocznie po otrzymaniu każdego sprzeciwu i wycofania, a każdy Umawiający się Rząd potwierdzi otrzymanie każdego zawiadomienia o zmianach, sprzeciwach i wycofaniach”.

wienie miało kluczowe znaczenie w omawianej niżej sprawie *Whaling* zarówno z punktu widzenia interpretacji użytych w nim postanowień, jak i kwestii proceduralnych.

Komisję wspiera Komitet Naukowy<sup>18</sup>, który jest jej organem doradczym w ocenie stanu stad, określaniu limitów połowowych oraz analizie informacji potrzebnych do zarządzania połowami. Komitet rozpatruje pozwolenia na połów wielorybów na potrzeby badań naukowych uregulowanych w art. VIII Konwencji. W myśl ust. 30 Planu (stanowiącego integralną część Konwencji) zanim państwa-strony Konwencji na poziomie krajowym wydadzą takie pozwolenia swoim obywatelom, są zobowiązane dostarczyć je Komitetowi Naukowemu, tak aby zapewnić mu możliwość ich rozpatrzenia i wydania o nich opinii. W dalszej części ustępu wskazano szczegółowo, co powinny określać takie „proponowane zezwolenia”<sup>19</sup>. Podlegają one rozpatrzeniu przez Komitet możliwie na corocznych posiedzeniach, na których też udostępniane są wstępne wyniki każdego z badań przeprowadzonych na podstawie tych zezwoleń.

Formą wzmocnienia postanowień konwencyjnych, a zarazem przejawem kompromisu między państwami o odmiennych interesach w gospodarce morskiej było przyjęcie przez Komisję w 1982 r., na mocy wspomnianego art. V, zakazu (moratorium) dotyczącego przemysłowego, tj. komercyjnego odłowu wielorybów. Wyjątek stanowił połów na wodach terytorialnych na niewielką skalę, dokonywany przez ludność tubylczą (ludy tubylcze) – ludność rdzenną posiadającą tradycję połowu wielorybów i polowania na wieloryby w celu zaspokojenia swoich potrzeb życiowych. Jednak i te połowy, jak zaznaczono, nie mogły wykraczać poza minimum podyktowane potrzebami kulturowymi i żywieniowymi danej społeczności ani prowadzić do zagrożenia gatunków<sup>20</sup>.

Moratorium zaczęło obowiązywać w 1986 r. (także Japonię, która nie zgłosiła wobec niego sprzeciwu), lecz jedynie od tego roku do lat 2008–2009 Japonia, jak wskazuje raport WWF, zловиła ponad 17 000 wielorybów<sup>21</sup>. Moratorium miało być następnie wzmocnione m.in. za sprawą ustanowionego w 1994 r. rezerwatu wielorybów na wodach południowych (obejmującego obszar ok. 50 mln km<sup>2</sup> oceanów otaczających Antarktykę, rozciągającego się na

---

<sup>18</sup> Ustanowiony na podstawie art. III, ust. 4, który przewiduje, że „Komisja może powołać komitety spośród swoich członków i ekspertów oraz doradców, jakie uzna za właściwe, w celu wykonywania takich funkcji, które może autoryzować”.

<sup>19</sup> Dokładniej to: „a. cel badań; b. liczbę, płeć, rozmiar i pogłowię zwierząt, które mają być odłowione; c. okoliczności uczestniczenia naukowców innych narodowości w tych badaniach; oraz d. skutki, jakie mogą z nich płynąć dla ochrony pogłowia”.

<sup>20</sup> Szerzej: C. Wold, M.D. Kearney, *The Legal Effect of Greenland's Unilateral Aboriginal Subsistence Whale Hunt*, „American University International Law Review” 2015, vol. 30(3), s. 562–564, 609.

<sup>21</sup> Raport WWF z czerwca 2010 r. [online] <[http://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/iwc61\\_whales\\_killed\\_final.pdf](http://d2ouvy59p0dg6k.cloudfront.net/downloads/iwc61_whales_killed_final.pdf)> (dostęp: 1.10.2017)

południe od 40 równoleżnika, w strefie Oceanu Indyjskiego, gdzie sąsiaduje z rezerwatem ustanowionym odrębnie dla tego akwenu oraz na południe od 55 równoleżnika, a w strefie południowego Pacyfiku na południe od 60 równoleżnika<sup>22</sup>). Ponieważ na wodach tych Japonia intensywnie poławia wieloryby, oponowała przeciwko takiemu rozwiązaniu, wskazując na brak dostatecznego uzasadnienia (wynikami badań naukowych) dla ustanowienia rezerwatu<sup>23</sup>.

W obszarze połowów dla celów badawczych, w celu wzmocnienia egzekwowania postanowień Konwencji, IWC przyjęła rezolucję 2014-5 w sprawie połowów wielorybów na podstawie specjalnych pozwoleń oraz rezolucję 2016-2 w sprawie ulepszenia procesu rozpatrywania specjalnych pozwoleń na połowy wielorybów<sup>24</sup>. Ustalono, że w celu uzyskania takiego pozwolenia konieczne jest spełnienie łącznie dwóch wymogów – uśmiercanie zwierząt w próbie musi stanowić „badanie naukowe” i służyć „wyłącznie celom” tego badania. W praktyce oznacza to, że Komitet Naukowy ocenia, czy cel badania można zrealizować bez uśmiercania zwierząt w próbie oraz czy zaproponowana liczebność próby ma ścisły związek z potrzebami naukowymi, tj. czy nie jest większa niż uzasadnia to naukowy cel badania. Japonia jednak zgłosiła sprzeciw wobec obu rezolucji, argumentując, że „mają one na celu nieuzasadnione ograniczenie wdrażania japońskich programów badań naukowych bez uwzględnienia wartości naukowej i w sposób niezgodny z konwencją”<sup>25</sup>.

## Orzeczenie MTS w sprawie *Whaling*

Główny zarzut podniesiony przez Australię w toku postępowania przed MTS opierał się na twierdzeniu, że Japonia naruszyła i naruszała w momencie wniesienia skargi zobowiązanie polegające na ustanowieniu zerowych limitów na połów wielorybów dla celów komercyjnych, a w szczególności dokonywała połowów w rejonie Morza Północnego i wykonywała je przy pomocy tzw. *factory ships* – statków-przetwórci lub specjalnych *whale catchers* załączonych do statków przetwórci, które nie są dozwolone. W opinii Australii

---

<sup>22</sup> Plan, § 7 (b). Przyjęty w czasie 46. dorocznej sesji IWC w 1994 r. (IWC 24th Report 1994, s. 27–28), za: J. Kociubiński, *Regulacja wielorybnictwa na morzu otwartym – kontrowersje wokół połowów w „celach badawczych”*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, vol. 5(1), s. 161.

<sup>23</sup> J. Kociubiński, op. cit., s. 162 oraz przypis 19 wraz ze wskazaną tam literaturą.

<sup>24</sup> Rezolucje, przyjmowane przez IWC na jej sesjach plenarnych są dostępne na stronie Komisji: <<https://iwc.int/resolutions>>.

<sup>25</sup> Zob. Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie decyzji Japonii w sprawie wznowienia połowów wielorybów w sezonie 2015–2016 (2016/2600(RSP)). B8-0853/2016.



połowów w „celach badawczych” dokonywano tylko po to, aby obejść moratorium na połowy dla celów komercyjnych. Australia zarzuciła Japonii także naruszenie proceduralnych zobowiązań dotyczących warunków uzyskiwania pozwoleń na połowy w myśl przepisów Konwencji<sup>26</sup>.

Po analizie stanowisk stron i opinii eksperckich Trybunał stwierdził, że przede wszystkim art. VIII Konwencji powinien być interpretowany w świetle jego umiejscowienia względem całości aktu i pozostałych przepisów oraz w odniesieniu do celów Konwencji<sup>27</sup>, a następnie potwierdził, że na jego mocy możliwe jest ustanowienie wyjątku od obowiązującego moratorium na połowy wielorybów. Ponadto Trybunał zauważył, że zastosowanie art. VIII przez państwo w sytuacji udzielenia zezwolenia na połowy dla celów naukowych powinno wynikać z potrzeby realizacji celów o takim charakterze, bez względu na to, czy pozostają one w zbieżności z postulatami ochrony populacji wielorybów lub ich zrównoważonego odłowu<sup>28</sup>.

Przystępując do szczegółowego zbadania sprawy, Trybunał przyjął, że ocena licencji na połowy udzielonej przez państwo na podstawie art. VIII Konwencji z punktu widzenia jej zgodności z Konwencją powinna sprowadzać się do sprawdzenia, czy została ona wydana dla programu naukowego mającego sprecyzowane cele naukowe i opis badań służących realizacji tych celów, a także czy stosowane metody (w tym przypadku uśmiercanie) służą realizacji zdefiniowanych celów. Ten dwuetapowy test, zdaniem Trybunału, jest na tyle obiektywny, że pozwoli na ocenę postępowania państwa w kategoriach zgodności z normami Konwencji. W tym miejscu Trybunał wyraźnie podkreślił, że ocena samej metodologii badań, a tym bardziej polityki państw względem wielorybnictwa pozostaje poza zakresem jego kompetencji, chociaż jest świadomy rozbieżności poglądów na ten temat w ramach społeczności międzynarodowej<sup>29</sup>. Jednocześnie Trybunał odstąpił od definiowania na potrzeby sprawy pojęcia „badań naukowych”<sup>30</sup>, chociaż rozważał stanowisko Australii w tej kwestii, która zaprezentowała opinię eksperta i wskazała cztery kryteria, jakie powinny być spełnione, by badania można było uznać za naukowe<sup>31</sup>. Procedując w tej sprawie, Trybunał jednak nie zdołał uniknąć oceny metodologii proponowanej w programie JARPA II i ostatecznie sfor-

---

<sup>26</sup> Zob. International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Judgment of 31 March 2014, Australia v. Japan, New Zealand intervening, *Whaling in the Antarctic*, Summary of the judgement, s. 2 i 3.

<sup>27</sup> International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226, par. 55.

<sup>28</sup> J. Kociubiński, op. cit., s. 164.

<sup>29</sup> *Whaling in the Antarctic*, par. 69.

<sup>30</sup> Ibidem, par. 86.

<sup>31</sup> Więcej: ibidem, par. 74.

mułował pewne wnioski na temat stosowania metod letalnych w kontekście liczby próbek potrzebnych do badań<sup>32</sup>.

Przesłankę celów naukowych należy, według Trybunału, rozpatrywać łącznie z przesłanką badań naukowych, gdyż możliwa jest sytuacja, że w trakcie badań uśmierca się duże liczby osobników, ale niekoniecznie musi się to odbywać w celach naukowych. Zdaniem Trybunału, jeśli program naukowy obejmuje również obróbkę i sprzedaż mięsa, to nie oznacza to, że wykracza on poza cele naukowe. Państwa nie mogą jednak dopuścić do sytuacji, w której dochody ze sprzedaży mięsa są wykorzystywane do finansowania kolejnych badań<sup>33</sup>.

Analizując pod kątem powyżej wskazanych kryteriów program JARPA II, Trybunał zauważył, że wskazano w nim cele badań, okres ich prowadzenia, obszar badawczy, metodologię oraz przewidywany wpływ na populację wielorybów<sup>34</sup>. Cele badawcze obejmowały cztery elementy: monitorowanie ekosystemu Antarktyki, badanie konkurencji między gatunkami wielorybów oraz zdefiniowanie celów zarządzania populacją, wyjaśnienie czasowych i przestrzennych zmian struktury populacji oraz poprawę procedur zarządzania populacją płetwali antarktycznych<sup>35</sup>. Harmonogram programu nie wskazywał daty końcowej, a jedynie sześciolateczne fazy i przeglądy efektów, które miały następować po każdej z faz<sup>36</sup>. Metody badawcze obejmowały zarówno takie, które polegały na uśmiercaniu zwierząt (szczególnie dla realizacji celu trzeciego), jak i takie, które umożliwiały badania bez konieczności zabijania wielorybów<sup>37</sup>. Według stanowiska Australii, która nie negowała konieczności stosowania metod letalnych, w przypadku programu JARPA II Japonia powinna z nich korzystać tylko w zakresie uzasadnionym celami programu. Tymczasem, według Australii, metody letalne były przez Japonię preferowane, a cele programu stały się jedynie przykrywką dla połowów o charakterze komercyjnym<sup>38</sup>. MTS zauważył, że przedmiotem analizy musi stać się kwestia, czy stosowanie metod letalnych ma faktycznie przysłużyć się realizacji celów badawczych wskazanych w programie JARPA II<sup>39</sup>, a dokładniej – jakie dane są konieczne dla realizacji tych celów, jaka ilość próbek jest wystarczająca i za pomocą jakich środków próbki mają być zbierane<sup>40</sup>. Interesującym jest, że w trakcie badań koncentrowano się na odławianiu jednego gatunku wielorybów, podczas gdy w programie JARPA II wskazano,

<sup>32</sup> J. Kociubiński, op. cit., s. 175.

<sup>33</sup> *Whaling in the Antarctic*, par. 94.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 110.

<sup>35</sup> *Ibidem*, par. 113.

<sup>36</sup> *Ibidem*, par. 119.

<sup>37</sup> *Ibidem*, par. 121.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 130.

<sup>39</sup> *Ibidem*, par. 132.

<sup>40</sup> J. Kociubiński, op. cit., s. 175.

że badaniom będą poddawane trzy z nich<sup>41</sup>. W toku postępowania Australia kwestionowała pogląd Japonii, jakoby programy JARPA i JARPA II przyczyniły się w istotny sposób do poprawy wiedzy na temat ekosystemów wielorybów. Podnosiła ponadto, że badania były w małym stopniu umiędzynarodowione. Japonia argumentowała, że naukowcy z innych krajów nie byli nimi zainteresowani z uwagi na kwestie etyczne, a nie z powodu utrudniania dostępu do prowadzonych eksperymentów przez stronę japońską<sup>42</sup>.

Po przeanalizowaniu programu JARPA II Trybunał stwierdził w konkluzji, że używanie metod letalnych nie jest niezgodne z celami badawczymi wskazanymi w programie, ale skala ich wykorzystania jest znacznie większa, niż zakładano we wcześniejszym programie JARPA i przekracza granice konieczności w odniesieniu do realizacji założonych celów<sup>43</sup>. Ponadto licencja udzielona przez Japonię, a pozwalająca na kontynuowanie odłowu wielorybów nie została według Trybunału przyznana do realizacji celów badawczych. Doszło także do naruszenia zakazu połowu przy pomocy statków-przetwórci, przy czym Trybunał stwierdził, że zakaz ten odnosi się do każdego rodzaju połowów, również tych prowadzonych dla celów naukowych. W konsekwencji Trybunał uznał, że Japonia naruszyła międzynarodowe zobowiązania wynikające z Konwencji i została zobowiązana do wycofania wszystkich udzielonych dotychczas zezwoleń na połowy i niewydawania kolejnych na zasadach stosowanych uprzednio<sup>44</sup>.

## **Opinia odrębna do uzasadnienia sędziego Antônio Augusto Cançado Trindade**

Dołączenie opinii odrębnej do uzasadniania orzeczenia MTS w sprawie *Whaling* sędziego Antônio Augusto Cançado Trindade uzasadnił koniecznością pogłębienia kilku punktów uzasadnienia, które według niego nie zostały dostatecznie rozwinięte przez Trybunał. Sędzia odniósł się do własnej postawy i przekonań wobec spornej kwestii połowów wielorybów i wskazał na znaczenie przepisów o ochronie wielorybów zawartych w Konwencji, argumentując, że gdyby jej przepisy odnosiły się tylko do zapewnienia rozwoju przemysłu

<sup>41</sup> Zezwoleniem na połowy objęto pływale antarktyczne w liczbie 850 sztuk rocznie, pływale zwyczajne i humbaki (długopłetwowie oceaniczne) – po 50 sztuk rocznie. Limity odławianych sztuk były wyższe niż w przypadku poprzedniego programu JARPA, który zakładał odławianie na poziomie 400 sztuk pływali antarktycznych rocznie. Stało się to przedmiotem krytyki ze strony Australii, zważywszy, że Japonia nie wskazała wyraźnie dlaczego limity zostały tak istotnie zwiększone uzasadniając jedynie, że cele JARPA II są inne i bardziej „wyrafinowane”. *Whaling in the Antarctic*, par. 148 i 149.

<sup>42</sup> *Ibidem*, par. 221.

<sup>43</sup> *Ibidem*, par. 224.

<sup>44</sup> *Ibidem*, par. 247.

wielorybniczego, wówczas nie zawierałaby norm dotyczących ochrony wielorybów, zaś ustanowienie moratorium na połowy nie byłoby na jej gruncie możliwe. Ochrona wielorybów jest zatem nieodzowną częścią Konwencji, stanowiącą zarazem jej przedmiot i cel<sup>45</sup>. Na powyższe wskazuje także praktyka Komisji (IWC), jej rezolucje oraz tzw. Plan załączony do Konwencji, w którym w miarę potrzeb wprowadza się zmiany odpowiadające na wyzwania stawiane międzynarodowemu prawu ochrony środowiska. Sędzia Cançado Trindade przypomniał, że według Nowej Zelandii Komisja (IWC) jest traktowana w świetle Konwencji jako organ nadzorczy (ang. *supervisory body*), stojący na straży wspólnego interesu wszystkich państw, którym jest ochrona wielorybów. Jej działalność powinna być postrzegana również w kontekście Konwencji o prawie morza z 1982 r.<sup>46</sup> i jej art. 65, który nakłada na państwa strony obowiązek ochrony ssaków morskich. Następnie, sędzia podkreślił, że wraz z upływem lat nastąpiło w systemie Konwencji przejście od dowolności państw w decydowaniu o udzielaniu licencji na połowy wielorybów do reglamentowania odłowów i żadne państwo nie ma już w tej kwestii pełnej swobody. System Konwencji jest systemem multilateralnym, a jej art. VIII powinien być traktowany jak wyjątek, dlatego też żadne państwo nie dysponuje *carte blanche* na udzielanie licencji i swobodne decydowanie, czy dany program odłowu jest faktycznie przeznaczony do celów naukowych<sup>47</sup>.

Niewątpliwie najistotniejszą częścią opinii sędziego Cançado Trindade jest punkt zawierający stwierdzenie, że Konwencja stanowi obecnie element systemu umów międzynarodowych, których przedmiotem jest ochrona środowiska naturalnego oraz że jest ona instrumentem ewoluującym (tzw. *living instrument*). Sędzia przypomniał, że we współczesnym międzynarodowym wymiarze sprawiedliwości zdarzały się przypadki określania w ten sposób konkretnych instrumentów prawa międzynarodowego (np. w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w odniesieniu do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Wynika to z faktu, że akty prawa międzynarodowego powstają w konkretnych okolicznościach i czasie, które zmieniają się wraz z upływem lat. Umowa międzynarodowa i organy międzynarodowe stojące na jej straży powinny odpowiadać na wyzwania zmieniającej się rzeczywistości, gdyż w przeciwnym razie aktom tym grozi *desuetudo*. Osiągnięciem społeczności międzynarodowej jest fakt, że dostrzegła ona, iż zasoby mórz nie są niewyczerpane i Konwencję o prawie morza z 1982 r. uczyniła odpowiedzią na postulaty o konieczności ich ochrony, potęgując swoje działania w tym zakresie również

<sup>45</sup> *Whaling in the Antarctic*, Summary of the judgement, s. 10.

<sup>46</sup> Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r. (Dz. U. z 2002 r., nr 59, poz. 543).

<sup>47</sup> *Whaling in the Antarctic*, Summary of the judgement, s. 11.

przy pomocy innych instrumentów międzynarodowych. W ten sposób, według sędziego Cançado Trindade, kształtuje się *opinio iuris communis* w kwestii ochrony zasobów morskich, a orzeczenie MTS w sprawie *Whaling* może być postrzegane jako element praktyki. Sędzia wskazał, że Konwencja powinna być interpretowana w świetle innych aktów prawa międzynarodowego, których przedmiotem jest ochrona środowiska, a w związku z tym na zasadach przezorności i prewencji, mimo faktu, że MTS nie odniósł się do nich w uzasadnieniu. Stwierdził również, że sprawa *Whaling* była dla Trybunału okazją do wyrażenia poparcia dla systemu wspólnych środków ochrony środowiska dla dobra przyszłych pokoleń, a implikacje orzeczenia mogły być szersze niż tylko rozwiązanie sporu między stronami<sup>48</sup>.

## Wnioski

Zagadnienie praw zwierząt i ich ochrony postrzegane jest współcześnie w kontekście międzynarodowym jako „niedostatecznie rozwiązane” i wymagające konkretnych działań ze strony społeczności międzynarodowej. Ochrona praw zwierząt różni się w sposób zasadniczy w zależności od państwa lub regionu. W państwach wysoko rozwiniętych ochrona ta stoi na wysokim poziomie i wyznaczana jest przez zaawansowane ustawodawstwo oraz skuteczne mechanizmy implementacyjne, a w innych, słabiej rozwiniętych, standardy są bardzo wąskie, brak im skutecznej implementacji, a sama koncepcja praw zwierząt ustępuje miejsca nawet nie dyskusji na temat ich dobrostanu, lecz przede wszystkim ochronie gatunkowej. Zadaniem stojącym przed społecznością międzynarodową i prawem międzynarodowym jest wypracowanie takiej koncepcji dobrostanu zwierząt i budowa standardów, które poprzez zobowiązania państw do ich przestrzegania przenikałyby do porządków krajowych i do świadomości społeczeństw. Oczywiście dotychczas powstało wiele instrumentów prawa międzynarodowego, których przedmiotem jest ochrona praw zwierząt, ale ich zasięg przedmiotowy jest ograniczony: dotyczy ochrony gatunków i warunków handlu bardziej niż ich dobrostanu lub traktowania zwierząt przez człowieka. W doktrynie pojawiły się projekty umów międzynarodowych dotyczących dobrostanu zwierząt o kompleksowym charakterze (np. interesujący projekt Davida Favre z Uniwersytetu Michigan)<sup>49</sup>, ale szanse na ich przyjęcie przez społeczność międzynarodową są nikłe.

W tym kontekście przemysł wielorybniczy nie stanowi odosobnionego przykładu czerpania przez człowieka korzyści z natury, przy słabym zaangażowaniu

<sup>48</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>49</sup> Zob. więcej: D.S. Favre, *An International Treaty for Animal Welfare*, Digital Commons at Michigan State University, College of Law, Faculty Publications, 8.01.2012.

żowaniu w jej ochronę i trudną do wyegzekwowania odpowiedzialnością międzynarodową za wyrządzone szkody, szczególnie te spowodowane na obszarach poza jurysdykcją państw. W wielu przypadkach z uwagi na niekompletność systemu międzynarodowej ochrony środowiska brakuje instrumentu prawnego, który mógłby stanowić podstawę skarg. W sprawie *Whaling* takim instrumentem była Konwencja z 1946 r., której dorobek pozwolił na prowadzenie postępowania przed międzynarodowym wymiarem sprawiedliwości i osiągnięcie w tym zakresie wymiernych korzyści w postaci orzeczenia nakazującego wstrzymanie odłowu wielorybów przez Japonię. Z uwagi jednak na fakt, że MTS nie rozstrzyga spraw z urzędu, konieczne było wniesienie skargi przez państwo (w tym przypadku Australię), które oprócz ochrony własnych interesów działało także w interesie społeczności międzynarodowej, dążąc do ograniczenia połowów wielorybów realizowanych przez Japonię. Trzeba przyznać, że argumenty przytaczane przez Australię na każdym etapie postępowania były rzeczowe i racjonalne, a dodatkowo zwraca również uwagę fakt dobrego przygotowania strony australijskiej do postępowania.

Trybunał nie zajął stanowiska w sprawie kompleksowej ochrony wielorybów, gdyż odniósł się zgodnie ze swoją kompetencją tylko do istoty sporu. Może to powodować pewien niedosyt, szczególnie po stronie podmiotów świadomych konieczności rozszerzenia dyskusji na temat wielorybnictwa poza kręgi zainteresowanych państw i organizacji pozarządowych. Orzeczenie nie ma charakteru precedensu, ale buduje swoisty standard oceny kolejnych „programów o naukowym charakterze” tak, by uniknąć wykorzystywania derogacji z art. VIII Konwencji dla przykrycia odłowów komercyjnych. Tradycja wielorybnictwa jest jednak w Japonii tak zakorzeniona i utożsamia się ją tak dalece z prawem do łowienia wielorybów, że przystąpiono już do wdrażania kolejnych programów o rzekomo badawczym charakterze<sup>50</sup>. Wyzwanie stanowią także polowania na wieloryby przez nielegalne jednostki albo fakt, że niektóre zarejestrowane floty wielorybnicze nie wykazują wszystkich faktycznie poławianych wielorybów.

Instrumenty prawa międzynarodowego, w szczególności dotyczące ochrony środowiska, należy wzmacniać tak, by nadać im charakter „zapobiegawczy”, by dawały wyraz zasadzie zrównoważonego rozwoju, by bardziej chroniły, niż dozwalały na określone działania. Opinia odrębna sędziego Cançado Trindade stanowi swoisty drogowskaz dla społeczności międzynarodowej w tym zakresie. Koncepcja *living instrument of international law* pozwala na reinterpretację niektórych aktów międzynarodowych w duchu aktualnych wyzwań, o ile, tak jak w przypadku Konwencji z 1946 r., stwarzają one pole

---

<sup>50</sup> Zob. więcej J. Kociubiński, op. cit., s. 181, zaś o tym, że nie można się spodziewać że Japonia się „ucywilizuje”: A.L. Catalinac, G. Chan, *Japan, the West, and the whaling issue: understanding the Japanese side*, „Japan Forum” 2005, vol. 17(1), s. 155.

do takiej interpretacji. Pomimo mankamentów orzeczenia, sprawa *Whaling* jest jednak dowodem na możliwość postawienia przed Trybunałem zagadnień ze styku nauki i prawa oraz etyki, tak by zmobilizować międzynarodowy wymiar sprawiedliwości do pochylenia się nad kwestiami zrównoważonego rozwoju, utrzymania bioróżnorodności, a przede wszystkim ochrony środowiska.

## Literatura

- Catalinac A.L., Chan G., *Japan, the West, and the whaling issue: understanding the Japanese side*, „Japan Forum” 2005, vol. 17(1).
- Epstein Ch., *The Power of Words in International Relations. Birth of an Anti-Whaling Discourse*, [w:] P.M. Haas, S. Jasanoff (red.), *Politics, Science, and the Environment*, Massachusetts Institute of Technology 2008.
- Favre D.S., *An International Treaty for Animal Welfare*, Digital Commons at Michigan State University, College of Law, Faculty Publications, 8.01.2012.
- Gillespie A., *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2005.
- Harrop S.R., *From Cartel to Conservation and on to Compassion: Animal Welfare and the International Whaling Commission*, “Journal of International Wildlife Law & Policy” 2003, vol. 6(1–2).
- Hirata K., *Why Japan Supports Whaling*, “Journal of International Wildlife Law and Policy” 2005, vol. 8.
- Ishii A., Okubo A., *An Alternative Explanation of Japan’s Whaling Diplomacy in the Post-Moratorium Era*, “Journal of International Wildlife Law & Policy” 2007, vol. 10.
- Kociubiński J., *Regulacja wielorybnictwa na morzu otwartym – kontrowersje wokół połowów w „celach badawczych”*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, vol. 5(1).
- Mangel M., *Whales, Science and Scientific Whaling in the International Court of Justice*, “Proceedings of the National Academy of Sciences of United States of America”, vol. 113, nr 51.
- Tønnesen J.N., Johnsen A.O., *The History of Modern Whaling*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles 1982.
- Wold C., Kearney M.D., *The Legal Effect of Greenland’s Unilateral Aboriginal Subsistence Whale Hunt*, „American University International Law Review” 2015, vol. 30(3).

## Summary

### *The judgement of the International Court of Justice in the Whaling case – the voice of the international judiciary in the international discourse regarding the protection of whales*

**Key words:** Whaling case, International Court of Justice (Australia v. Japan, New Zealand intervening), moratoriums on commercial whaling, scientific whaling, International Convention for the Regulation of Whaling 1946, The International Whaling Commission, whaling welfare.

The paper presents an overview of the dispute between Australia and Japan (with New Zealand intervening) concerning whaling in the Antarctic (Whaling case), which was settled by the International Court of Justice in its long-awaited judgment delivered on March 31, 2014. Japan, criticized by the international community and accused for illegal whaling, tried to qualify it as being conducted for purposes of scientific research. Apart from different interpretation of the International Convention for the Regulation of Whaling, 1946 (article VIII in particular) with its moratoriums on commercial whaling – faced by the ICJ – there is actually the need to strengthen the enforcement of the Convention (throw the amendment of the “Schedule” as an integral part of the Convention and, inter alia, non-binding resolutions on any matter concerning whales adopted by the International Whaling Commission). Undoubtedly, contemporary environmental problems have a different dimension respect the time when Convention was drafted. Therefore the new expectations have emerged: whether the International Court of Justice, through its jurisprudence, will try to strengthen the biodiversity conservation and sustainable development, including the welfare of whales.



**Bartłomiej Błaszczyk**

Zakład Kryminalistyki

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

## **Atak hakerski jako naruszenie prawa międzynarodowego**

### **Wstęp**

Wkrótce obchodzić będziemy trzydziestolecie istnienia Internetu. W ciągu stosunkowo niedługiego czasu globalna sieć wdarła się w codzienność, doprowadzając do tego, że wszystko opiera się na transmisji danych pomiędzy odbiornikami – od porannego sprawdzania poczty po przekazywanie informacji kluczowych z punktu widzenia obronności czy stabilności administracyjnej i gospodarczej państwa. Płynność i bezpieczeństwo transferu danych ma zatem ogromne znaczenie nie tylko z punktu widzenia osób fizycznych, ale także podmiotów prawa międzynarodowego. Z naruszeniem stabilności infrastruktury informatycznej związane są nierozdzielnie dwa pojęcia – cyberterroryzm oraz wojna informacyjna.

„Cyberterroryzm” to termin po raz pierwszy użyty przez Barry’ego Collina w latach 80. XX wieku, na krótko po pojawieniu się powszechnego dostępu do sieci. Collin nazwał tak świadome wykorzystywanie systemu informacyjnego, sieci komputerowej lub jej części składowych do wsparcia lub ułatwienia akcji terrorystycznej, bądź też – szerzej – wykorzystanie zdobyczy technologicznych w celu wyrządzenia szkody<sup>1</sup>. „Wojna informacyjna” to z kolei działanie polegające na zakłóceniu komunikacji przeciwnika i wprowadzeniu go w błąd co do stanu faktycznego<sup>2</sup>. Oprócz tych dwóch pojęć funkcjonuje jeszcze trzecie – tzw. wojna internetowa, definiowana jako przełoże-

---

<sup>1</sup> Por.: K. C. White, *Cyber-Terrorism: Modem Mayhem*, Carlisle 1998, s. 10; T. Szubrycht, *Cyberterroryzm jako nowa forma zagrożenia terrorystycznego*, „Zeszyty Naukowe AMW” 2005, nr 1 (160), [online] <[www.amw.gdynia.pl/library/File/ZeszytyNaukowe/2005/Szubrycht\\_T.pdf](http://www.amw.gdynia.pl/library/File/ZeszytyNaukowe/2005/Szubrycht_T.pdf)> (dostęp: 25.02.2017).

<sup>2</sup> D. Delibasis, *The Right to National Self-defense: In Information Warfare Operations*, Bury St. Edmunds 2007, s. 25.

nie realnego konfliktu lub napięcia do cyberprzestrzeni, gdzie dochodzi do wirtualnego starcia. Udział w nim biorą przede wszystkim mniej lub bardziej zorganizowane grupy hakerów, ale także cyberterrorysty, co sprawia, że pojęcia te zazębiają się. Wojna internetowa, choć dosłowne znaczenie tego terminu wydaje się zbliżone do powyżej przytoczonego, dotyczy jedynie takich sytuacji, w których państwo nie jest podmiotem inicjującym tego typu działania<sup>3</sup>. Obecnie coraz częściej poszczególne kraje lub ich obywatele dopuszczają się ataków na kluczowe zasoby informatyczne, co może doprowadzić do poważnych konsekwencji finansowych oraz praktycznie uniemożliwić normalne funkcjonowanie państwa.

Mianem pierwszej wojny w cyberprzestrzeni określa się tzw. incydent estoński. Estonia to republika postradziecka, która bardzo szybko stała się nowoczesnym państwem, nie tylko pod względem polityczno-gospodarczym, ale także technologicznym. W Estonii za pośrednictwem Internetu można uczestniczyć w wyborach, załatwiać większość spraw w urzędach oraz wykonywać szereg innych czynności, z dokonywaniem płatności za parkowanie włącznie.

W roku 2007, w odwecie za przeniesienie pomnika „brązowego żołnierza” z centrum Tallina na tamtejszy cmentarz wojskowy, hakerzy rosyjscy przeprowadzili serię ataków na strony i infrastrukturę najważniejszych organów konstytucyjnych Estonii, w tym rządu, prezydenta oraz niektórych ministerstw<sup>4</sup>. Wskutek tego wyłączone zostały serwery odpowiedzialne za świadczenie szeregu usług o znaczeniu strategicznym dla administracji państwowej, szczególnie o tak wysokim stopniu cyfryzacji jak Estonia. O powadze sytuacji świadczy fakt, iż estoński minister obrony Jaak Aaviksoo nawoływał do uznania tego incydentu za jawny atak. Część adresów komputerów-zamachowców udało się zidentyfikować, jako ich lokalizację wskazując okolice Kremla w Moskwie<sup>5</sup>.

Atak na Estonię miał charakter ataku typu DDoS. W tego rodzaju atakach, nazywanych również atakami przeciążeniowymi, serwer-ofiara bombardowany jest napływem danych wysyłanych z dużej liczby komputerów, co powoduje jego przeciążenie i uniemożliwia funkcjonowanie<sup>6</sup>. Incydent estoński określany bywa często wielkim testem sprawności i przydatności stosowania cyberataków w prowadzeniu działań dezinformacyjnych podczas konfliktów zbrojnych.

---

<sup>3</sup> W. Smolski, *Cyberterroryzm jako współczesne zagrożenie bezpieczeństwa państwa*, Wrocław 2015, [online] <[www.repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/docmetadata?id=66149&from=publication](http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/docmetadata?id=66149&from=publication)> (dostęp: 15.03.2017).

<sup>4</sup> J. Gawinecki, B. Hołyst, *Identyfikacja i przeciwdziałanie zagrożeniom cyberprzestrzeni*, [w:] B. Hołyst (red.), *Technika kryminalistyczna w pierwszej połowie XXI wieku. Wybrane problemy*, Warszawa 2014, s. 17–18.

<sup>5</sup> J. Kulesza, J. Kulesza, *odpowiedzialność państw za podejmowane w cyberprzestrzeni działania zagrażające międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2011, t. 33, s. 149–151.

<sup>6</sup> J. Gawinecki, B. Hołyst, op. cit., s. 27.

Jak widać na powyższym przykładzie, zagrożenie jest duże. Wystarczy bowiem grupa uzdolnionych hakerów, aby doprowadzić do realizacji najczarniejszych scenariuszy bez użycia chociażby jednego karabinu maszynowego. Wykorzystując luki systemu głosowania, za pomocą Internetu można wpływać na wyniki wyborów, a blokując strony internetowe odpowiedzialne za świadczenie przez państwo podstawowych usług – wywoływać niezadowolenie i sterować reakcjami społeczeństwa. Odpowiednio potężny atak typu DDoS może nawet doprowadzić do odcięcia od Sieci całego państwa, o czym boleśnie w roku 2014 przekonał się rząd Korei Północnej<sup>7</sup>.

Skuteczność tego rodzaju ataków jest na tyle wysoka, że obecnie obok broni konwencjonalnej podkreśla się skuteczność tzw. cyberbroni. Przez cyberbroń rozumie się różnego rodzaju programy komputerowe, których działanie opiera się na zakłócaniu funkcjonowania atakowanej sieci informatycznej. Jako przykład takiego oprogramowania wskazać można chociażby wirus o nazwie Stuxnet, zaprojektowany przy kooperacji izraelsko-amerykańskiej, którego celem było zakłócenie funkcjonowania irańskich wirówek służących do wzbogacania uranu. Co warte zaznaczenia, wirus ów wymknął się spod kontroli jego twórców i prócz powstrzymania na kilkanaście miesięcy irańskiego programu nuklearnego, spowodował także nieodwracalne szkody w dziesiątkach tysięcy komputerów na całym świecie<sup>8</sup>. Przykłady tego rodzaju złośliwego oprogramowania, tworzonego przy mniej lub bardziej oficjalnym wsparciu rządów państw, są zresztą o wiele liczniejsze, a jako przykłady podać można chociażby wirusy Flame, Snake czy robak znany pod nazwą „Czerwony Październik” służący do wykradania danych użytkowników komputerów w Europie Wschodniej.

Co prawda, istnieje możliwość pociągnięcia osoby fizycznej do odpowiedzialności za dokonanie ataku hakerskiego (może to najwyżej być utrudnione z uwagi na właściwość miejscową), jednakże kwestia odpowiedzialności państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego wydaje się zdecydowanie bardziej złożona.

## Odpowiedzialność na gruncie prawa międzynarodowego

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, iż państwa ponoszą odpowiedzialność za swoje działania pozostające w sprzeczności z prawem międzynarodowym i naruszające uprawnienia pozostałych członków społeczności. Jednakże kwestia przesłanek, jakie zachowanie musi

<sup>7</sup> Ibidem, s. 20

<sup>8</sup> Por.: J. Gawinecki, B. Hołyst, op. cit., s. 19; zob. także online: <<https://itsecurityenthusiast.wordpress.com/2010/10/07/wirus-stuxnet-usuwanie-infekcji/>> (dostęp: 25.02.2017).

spełniać, aby zostać uznane za naruszenie prawa międzynarodowego, jest zdecydowanie bardziej skomplikowana niż w przypadku prawa karnego funkcjonującego na poziomie krajowym. Brak jest bowiem przede wszystkim bezwzględnie wiążącego aktu prawa międzynarodowego, a wszystkie ewentualne podstawy odpowiedzialności mają charakter dobrowolny i uznaniowy, zaś orzeczenie zapadłe na gruncie międzynarodowego organu sądowego o wiele łatwiej uznać za „prywatną opinię” niż w wypadku prawa krajowego.

Obecnie najbardziej syntetycznym aktem międzynarodowym traktującym o odpowiedzialności międzynarodowej są wyniki pracy Komisji Prawa Międzynarodowego (ang. *International Law Committee*). Organ ten został powołany do życia rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 174 z dnia 21 listopada 1947 r. i ma za zadanie przygotowanie projektu kodyfikacji prawa międzynarodowego w dziedzinie odpowiedzialności państw. Projekt taki ostatecznie ukazał się w roku 2001 i chociaż – co znamienne dla prawa międzynarodowego publicznego – nie ma charakteru wiążącego, zasadne będzie uczynienie z jego postanowień punktu wyjścia dla rozważania przedmiotowego problemu.

Omawiany projekt przewiduje dla przypisania państwu odpowiedzialności za dokonanie międzynarodowo bezprawnego aktu konieczność kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, wskazanych w jego art. 2. Są to możliwość przypisania aktu danemu państwu oraz fakt, iż stanowi on naruszenie międzynarodowego zobowiązania ciążącego na państwie-naruszycielu<sup>9</sup>. Obie przesłanki wynikają z utrwalonego orzecznictwa powstałego na gruncie prawa międzynarodowego, np. w sprawie amerykańskich zakładników w Teheranie (*USA przeciwko Iranowi*) rozpatrywanej przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS)<sup>10</sup>.

## Możliwość przypisania państwu odpowiedzialności

Element przypisania często określany jest w doktrynie mianem przesłanki subiektywnej, w odróżnieniu od drugiej z przesłanek, jednakże na gruncie prawa międzynarodowego posługiwanie się tego rodzaju rozgraniczeniem może okazać się mylące. Sama kwestia określenia rodzaju odpowiedzialności uzależniona jest zazwyczaj od okoliczności towarzyszących danej sprawie i składających się na jej stan faktyczny.

---

<sup>9</sup> Niektórzy, jak np. J. Kulesza i J. Kulesza (op. cit., s. 153) proponują – obok tych dwóch przesłanek – wskazywanie także przesłanki negatywnej w postaci braku okoliczności wyłączających odpowiedzialność państwa.

<sup>10</sup> Sprawa dotycząca naruszenia nietykalności misji dyplomatycznej i urzędu konsularnego, *USA przeciwko Iranowi*, ICJ Reports 1980.

Zachowanie naruszające normy prawa międzynarodowego może mieć – podobnie jak w polskim prawie karnym – postać działania lub zaniechania. Przypadki stwierdzające występowanie odpowiedzialności za zaniechanie są niemal równie liczne jak w przypadku klasycznej odpowiedzialności za zachowanie o charakterze czynnym. Jako przykład przytoczyć można chociażby konstatacje zawarte w orzeczeniu MTS zapadłym we wspomnianej już sprawie amerykańskiej ambasady w Teheranie. W treści orzeczenia wprost wskazano, iż odpowiedzialność Iranu wynika z niepodjęcia czynności przez władze rządowe, co spowodowało niezapewnienie środków, których zastosowanie w danych okolicznościach było zasadne i konieczne<sup>11</sup>.

Wydaje się przy tym oczywiste, iż państwo nie podejmuje działań w sposób charakterystyczny dla osób fizycznych. Akt działania bądź zaniechania ze strony państwa wymaga zaangażowania czynnika ludzkiego – osób działających w imieniu i na rzecz państwa<sup>12</sup>. Obecnie uważa się, iż przypisanie państwu odpowiedzialności możliwe jest w wypadku działania podmiotów dających się podzielić na kilka kategorii. Po pierwsze, są to organy państwa, których działanie bądź zaniechanie wywołuje odpowiedzialność państwa także wówczas, gdy ma charakter jedynie *ultra vires* – tzn. gdy wykracza poza udzielone tym organom uprawnienia bądź instrukcje. Po drugie, podmioty niebędące organami, ale na mocy wewnętrznego prawa danego państwa umocowane do wykonywania władztwa, o ile w danym wypadku owo władztwo wykonują i wykraczają poza zakres uprawnień bądź instrukcji, o których była mowa poprzednio. Po trzecie, organy innych państw, które pozostawione zostały do dyspozycji państwa odpowiedzialnego i działają w ramach jego władztwa, także w wypadku działania *ultra vires*. Kolejne kategorie to osoby lub grupy osób, o ile podstawą faktyczną ich działań jest instrukcja udzielona przez państwo lub też działania te wykonywane są pod kierunkiem państwa; a także takie same podmioty wykonujące działania państwa w wypadku, gdy nie funkcjonuje ono bądź nie podejmuje czynności związanych z wykonywaniem władztwa. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku ruchu powstańczego, który doprowadził do powstania odpowiedzialnego państwa oraz wszystkich innych podmiotów i jednostek w sytuacji, gdy państwo traktuje jego czynności jako własne<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Opinia doradcza w sprawie Niemieckich Osadników w Polsce, Międzynarodowy Trybunał Arbitrażowy, 1923, P.C.I.J., ser. B, nr 6, s. 22.

<sup>13</sup> Takie zasady odpowiedzialności przewidywał na przykład Projekt Konwencji w sprawie międzynarodowej odpowiedzialności państw za działania zakazane przez prawo międzynarodowe opracowywany przez Komisję Prawa Międzynarodowego w art. 1–12; *Official Records of the General Assembly, 56<sup>th</sup> Session, No. 10(A./56/10)*, za: B. Wierzbicki (red.), *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Białystok 2008, s. 257 i nast.

O ile w przypadku standardowych działań przypisanie zachowania danemu państwu zazwyczaj nie budzi większych wątpliwości, o tyle w przypadku naruszenia cyberprzestrzeni innego kraju kwestia ta zdaje się być zdecydowanie bardziej skomplikowana. Samo bowiem stwierdzenie, iż atak hakerski dokonany został z terytorium innego państwa, a nawet przy wykorzystaniu jego rządowych serwerów nie jest wystarczające. Do takiego stwierdzenia uprawnia zresztą orzeczenie MTS w sprawie cieśniny Korfu, gdzie Trybunał wprost orzekł, iż nie można z samego faktu sprawowania kontroli nad danym terytorium wyciągać wniosku, że państwo musiało wiedzieć bądź też powinno mieć świadomość każdego bezprawnego zachowania dokonanego na jego obszarze ani też, iż musi ono znać tożsamość jego sprawców<sup>14</sup>. Sytuacja takiego braku świadomości w przypadku ataków hakerskich jest bardzo częsta. Przykładowo, w roku 2013 Korea Północna dokonała uszkodzenia infrastruktury elektronicznej swojego sąsiada z południa, wykorzystując ponad tysiąc adresów IP i urządzeń działających jako „komputery-zombie” znajdujących się poza obszarem tego państwa, co skutecznie utrudnia przypisanie odpowiedzialności<sup>15</sup>.

Przeważająca część ataków hakerskich jest jednak przeprowadzana przez jednostki bądź organizacje niemające statusu państwa, co dodatkowo utrudnia przypisanie ich państwu. Zasadą jest bowiem, że państwo nie ponosi odpowiedzialności za zachowania przestępne, których dopuszczają się jego obywatele. Wyjątek od tej zasady omówiony został powyżej i odnosi się do sytuacji, w której państwo traktuje zachowanie jednostek jako własne albo też gdy działają one z jego polecenia. Wykazanie występowania tych przesłanek uznać należy jednakże za co najmniej trudne. O ile można wyobrazić sobie sytuację, że organ o charakterze niepaństwowym czy nawet osoba fizyczna wykonuje określone zadania na polecenie państwa, to przeprowadzenie skutecznego dowodu pozwalającego na uznanie odpowiedzialności „zlecniodawcy” jest już o wiele bardziej skomplikowane. W przypadku osób fizycznych trudno udowodnić popełnienie przestępstwa w formie zjawiskowej sprawstwa kierowniczego bądź polecającego, a tym bardziej dokonać skutecznego przypisania odpowiedzialności w wypadku podmiotu będącego innym państwem i mającym dalece bardziej rozwinięte możliwości w zakresie usuwania śladów swojego działania. Z takimi właśnie trudnościami dowodowymi spotkała się Estonia, co uniemożliwiło ostatecznie podjęcie zarówno przez nią, jak i przez społeczność międzynarodową jakichkolwiek kroków przeciwko Rosji. Nie było bowiem możliwości udowodnienia sprawo-

<sup>14</sup> Sprawa cieśniny Korfu, *Wielka Brytania przeciwko Albanii*, MCJ 1949, ICJ Reports 1949, s. 4.

<sup>15</sup> M. Schmitt, „*Below the Threshold*” *Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law*, „*Virginia Journal of International Law*”, vol. 54, nr 3, s. 701.

wania przez Rosję owej „efektywnej kontroli” nad bezpośrednimi sprawcami, której wymagają standardy wykształcone na gruncie orzecznictwa MTS (tak np. w sprawie *Nikaragua przeciwko USA* z 1986 r.)<sup>16</sup>.

## Naruszenie ciężącego na państwie zobowiązania o charakterze międzynarodowym

Druga z przesłanek odpowiedzialności państwa, ugruntowana w tradycji orzecniczej sądów międzynarodowych, choć często bywa formułowana przy użyciu różnych pojęć<sup>17</sup>, dotyczyć może zarówno naruszenia obowiązku wynikającego z traktatu, jak i zobowiązań pozatraktatowych.

Naruszenie międzynarodowego zobowiązania często łączy się z zachowaniem naruszającym prawa innych podmiotów. Kluczowym orzeczeniem dla utrwalenia tej przesłanki jest rozstrzygnięcie wydane przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie marokańskich fosfatów. Dostrzeżono wówczas, iż zobowiązanie jednego państwa często wiąże się z występowaniem po stronie innego podmiotu prawa międzynarodowego określonego uprawnienia. Ostatecznie sformułowanie „naruszenie zobowiązań międzynarodowych” zostało doprecyzowane przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w wyroku zapadłym na kanwie sprawy *Barcelona Traction*, w którym Trybunał podzielił zobowiązania państw na wiążące tylko pomiędzy stronami (*inter partes*) w ograniczonym kręgu podmiotowym oraz zobowiązania wobec społeczności międzynarodowej traktowanej jako całość (*erga omnes*), najczęściej wynikające z norm o charakterze *ius cogens*<sup>18</sup>.

Omawiając drugą przesłankę odpowiedzialności, bardzo istotne jest zwrócenie uwagi na zasadę suwerenności. Zasada ta, stosownie do treści rozstrzygnięcia Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego w sprawie *Island of Palmas (Holandia przeciwko USA)*, oznacza niepodległość, tj. prawo do sprawowania władzy nad określonym fragmentem powierzchni ziemskiej funkcji państwa bez ingerencji ze strony innego państwa<sup>19</sup>. Pojęcie suveren-

<sup>16</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *Nikaragua przeciwko USA*, MTS 1986, 1984 ICJ REP. 392 (June 27).

<sup>17</sup> W sprawie fabryki w Chorzwowie (*Niemcy przeciwko Polsce*, 1928) Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej używał sformułowania „breach of engagement”, powtarzanego następnie w kilku innych orzeczeniach. W sprawie *Rainbow Warrior* z kolei (*Nowa Zelandia przeciwko Francji*, orzeczenie arbitrażowe z 1987), Trybunał wykorzystał stwierdzenie „any violation by a State of any obligation”. Obecnie uważa się, iż wszystkie powyższe pojęcia są w istocie jednoznaczne.

<sup>18</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgia przeciwko Hiszpanii*, MCJ 1970, ICJ Rep 174.

<sup>19</sup> *Island of Palmas, Holandia przeciwko USA*, Międzynarodowy Trybunał Arbitrażowy 1928, 2 R.I.A.A. 829, 838.

ności odnoszone bywa obecnie także do cyberprzestrzeni, gdzie oznacza uprawnienie oraz obowiązek państwa do regulowania i kontrolowania aktywności w wirtualnym świecie oraz infrastrukturze elektronicznej znajdującej się na jego terytorium<sup>20</sup>. Konsekwentnie zatem przyjąć należy, iż jakakolwiek zewnętrzna ingerencja w znajdującą się na terenie atakowanego państwa infrastrukturę służącą do przesyłania danych stanowić będzie naruszenie suwerenności, także w wypadku, gdy ataku dokonano na platformę należącą do danego państwa, niezależnie od tego, gdzie ona się znajduje. Przyjmując zatem odpowiednio szeroką interpretację, można zaryzykować stwierdzenie, iż – pomimo faktu, że przestrzeń kosmiczna nie jest przypisywalna terytorialnie – celowe uszkodzenie satelity również stanowić będzie zamach na suwerenność kraju będącego jej emitentem<sup>21</sup>.

Niezależnie od powyższego, niektórzy z ekspertów uważają, iż możliwe jest uznanie danego zachowania za naruszenie suwerenności także w wypadku, gdy nie wywołuje ono skutku obserwowanego poza światem wirtualnym, np. gdy system zostaje zainfekowany oprogramowaniem służącym do śledzenia zachowań jego użytkowników. Amerykańscy przedstawiciele doktryny podkreślają, iż rozumowanie takie jest uzasadnione z punktu widzenia celowościowego. Suwerenność ma bowiem dawać państwu prawo do podejmowania na swoim terytorium działań niezależnie od woli innych państw<sup>22</sup>.

Podobnie jak w przypadku krajowego prawa karnego, także na gruncie prawa międzynarodowego mówić możemy o okolicznościach wyłączających odpowiedzialność państwa. W doktrynie przyjmuje się, co do zasady, iż występuje sześć takich okoliczności: zgoda państwa, którego interes ma zostać naruszony, działanie w ramach legalnej samoobrony, stosowanie środków przeciwdziałania w ramach obowiązującego prawa międzynarodowego, działanie spowodowane w następstwie siły wyższej (*force majeure*), działanie w sytuacji zagrożenia oraz działanie w stanie wyższej konieczności.

## Możliwość oddziaływania

Jedna z podstawowych zasad społeczności międzynarodowej wyrażona jest w art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych, który stanowi, iż wszyscy członkowie ONZ powstrzymują się od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości któregośkolwiek państwa. Zastosowanie zaś samoobrony, stosownie do art. 51 tegoż aktu prawnego, przy-

<sup>20</sup> P. W. Franzese, *Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist?*, „Air Force Law Review” 2009, vol. 64, s. 33–35, [online] <[www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/af\\_law\\_review\\_cyber.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/af_law_review_cyber.pdf)> (dostęp: 14.03.2017).

<sup>21</sup> M. Schmitt, op. cit., s. 705.

<sup>22</sup> Ibidem.



sługuje krajowi w przypadku, gdy stanie się on ofiarą „napaści zbrojnej”. Samo pojęcie napaści nie zostało jednoznacznie zdefiniowane. I tak na przykład, stosownie do treści art. 3 Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 3314 z 14 grudnia 1974 r., do aktów agresji zaliczyć można ingerencję zbrojną w integralność terytorialną państwa, atak na jego siły zbrojne, wspieranie prowadzonej przez inne państwo agresji oraz „wysyłanie zbrojnych band, grup, sił nieregularnych lub najemnych, które dopuszczają się aktów zbrojnych”. Definicja ta ma wprawdzie charakter otwarty, jednakże nie przesądza *explicite* o możliwości uznania za zbrojną napaść np. agresji mającej charakter ekonomiczny czy też inny, niewiązący się z bezpośrednim użyciem siły w stosunku do innego państwa<sup>23</sup>. Są jednakże akty prawa międzynarodowego, które przewidują możliwość uznania za naruszenie reguł prawa międzynarodowego aktów o charakterze innym niż ściśle związane z naruszeniem integralności kraju w drodze zbrojnej napaści. Stosownie do zapisu zawartego w Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych<sup>24</sup>, zarówno zbrojny atak, jak i wszelkie formy naruszenia bądź usiłowania groźenia przeciwko podmiotowości danego państwa bądź jego politycznym, gospodarczym lub kulturalnym czynnikom stanowią naruszenie prawa międzynarodowego. Żadnemu państwu nie wolno używać lub zachęcać do użycia gospodarczych, politycznych lub jakiegokolwiek innego rodzaju środków przymusu, mających na celu podporządkowanie drugiego państwa w wykonywaniu jego suwerennych praw oraz celem zapewnienia sobie od niego jakichkolwiek korzyści. Wydawałoby się, iż powyższe sformułowanie będzie wystarczające do uznania za bezprawną ingerencję także ataku przeprowadzonego przy pomocy środków wyłącznie elektronicznych – z uwagi na posługiwanie się przez normę pojęciem „jakikolwiek inny środek”.

Jak widać na przykładzie incydentu estońskiego, uznanie ataku wirtualnego za zbrojną napaść jest na razie jeszcze negowane, przynajmniej na kontynencie europejskim. Jednakże mnogość przypadków związanych z naruszeniem cyberprzestrzeni danego kraju oraz postępująca informatyzacja życia codziennego powodują, iż kwestia możliwości użycia siły w odpowiedzi na cyberatak jest coraz bardziej aktualna.

Nieco wcześniej wskazano już, iż część przedstawicieli amerykańskiej doktryny twierdzi, że naruszenie cyberprzestrzeni innego państwa może być kwalifikowane jako naruszenie jego suwerenności, jak również że dopuszczalne jest zastosowanie środków przeciwdziałania (ang. *countermeasures*) w razie niemożności uznania ataku hakerskiego za zamach zbrojny w ści-

<sup>23</sup> A. Wyrozumska, W. Czapliński, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 486.

<sup>24</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2625 (XXV) z dnia 24 października 1970 r.

słym tego słowa znaczeniu. Przez „środki przeciwdziałania” rozumieć należy działania lub zaniechania państwa wymierzone w inne państwo, które w innym wypadku stanowiłyby – stosownie do opisanych powyżej przesłanek bezprawności – naruszenie prawa międzynarodowego; nie są nim jednakże z uwagi na fakt zastosowania ich jako odpowiedzi na bezprawne zachowanie innego państwa. Zastosowanie tych środków mieści się zatem w ramach okoliczności wyłączającej bezprawność, co odróżnia je z kolei od innych opisanych powyżej środków prawnych polegających na podjęciu działania mieszczącego się w granicach prawa, ale nieprzyjaznych – retorsji. Ponieważ okoliczności, które pozwalają na uznanie, że dane zachowanie państwa jest dozwolone w ramach „kontratypu”, mają doniosłe znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności międzynarodowej, ich zakres wielokrotnie był przedmiotem zainteresowania Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości<sup>25</sup>.

### Następstwa przypisania państwu odpowiedzialności

Na przykładzie incydentu estońskiego widać doskonale, jak rozległe rozmiary mogą mieć szkody wywołane przez naruszenie cyberprzestrzeni kraju poszkodowanego. Przypisanie konkretnemu państwu odpowiedzialności mogłoby jednak wywoływać dla niego szereg innych konsekwencji niż zastosowanie opisanych powyżej środków przeciwdziałania. Stosownie do treści przywoływanego już wyroku w sprawie fabryki chorzowskiej, „jest zasadą prawa międzynarodowego, że naruszenie zobowiązania międzynarodowego pociąga za sobą obowiązek udzielenia reparacji w należytej formie. Reparacje te [...] muszą w możliwie największym stopniu eliminować wszystkie konsekwencje nielegalnego aktu oraz przywrócić sytuację, która według wszelkiego prawdopodobieństwa zaistniałaby, gdyby ten akt nie został popełniony”<sup>26</sup>. Oznacza to, iż państwo dopuszczające się naruszenia cyberprzestrzeni innego podmiotu prawa międzynarodowego również byłoby zobowiązane do naprawienia wyrządzonej szkody. Jednocześnie zaznaczenia wymaga, iż tego rodzaju restytucja nie ma charakteru penalnego – jej celem nie jest bowiem ukaranie naruszcyciela czy też napiętnowanie jego niezgodnego z prawem międzynarodowym postępowania, ale przede wszystkim usunięcie jego skutków.

Oprócz tego postuluje się, że poza naprawieniem szkody państwo poszkodowane może domagać się udzielenia gwarancji niedopuszczenia do podobnych naruszeń w sytuacji, gdy okoliczności sprawy będą tego wymagały<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> M. Schmitt, op. cit., s. 701.

<sup>26</sup> *Niemcy przeciwko Polsce*, STSM 1928, 1927 P.C.I.J. (ser. A) nr 9 (July 26).

<sup>27</sup> A. Zbaraszewska, *Dylematy międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 1, s. 57.

Wydaje się, iż z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w wypadku ataku hakerskiego, przynajmniej w niektórych jego odmianach. Wprowadzenie do infrastruktury uszkodzonego złośliwego oprogramowania może – obok obowiązku jego usunięcia i restytucji strat – pociągać za sobą żądanie, aby użyte złośliwe oprogramowanie nie mogło zostać wykorzystane w razie pozostania w którymkolwiek z elementów zainfekowanej infrastruktury.

Pełne naprawienie szkody powstałej na skutek dopuszczenia się przez państwo czynu uznanego za bezprawny przez społeczność międzynarodową może – stosownie do treści projektu przywoływanego już uprzednio aktu dotyczącego odpowiedzialności za naruszenie prawa międzynarodowego – przybrać formę restytucji, kompensacji, czyli wypłaty odszkodowania w pieniądzu, ale jest to możliwe jedynie wówczas, gdy szkoda daje się oszacować jako wartość materialna. Można też żądać udzielenia satysfakcji, np. w formie uroczystych przeprosin, co miało miejsce w przywoływanej już sprawie incydentu w cieśninie Korfu. Wyliczone powyżej rekompensaty mogą pojawiać się samodzielnie, jak również występować wspólnie w razie niemożności uzyskania pełnego naprawienia szkody przy wykorzystaniu tylko jednego z powyższych środków<sup>28</sup>.

## Podsumowanie

Z uwagi na postępującą informatyzację wszystkich sfer życia publicznego oraz prywatnego bezpieczeństwo systemów służących do transmisji i przetwarzania danych cyfrowych nabiera obecnie kluczowego znaczenia. Mimo to odpowiedzialność za spowodowanie celowych zakłóceń w funkcjonowaniu infrastruktury służącej do obsługi przesyłu informacji przez Internet nadal nie jest do końca uregulowana. Podobnie nie znaleziono jeszcze uniwersalnego mechanizmu pozwalającego na stosowanie środków przeciwdziałania przeciwko państwu-naruszycielowi. Jednakże ze względu na znaczenie strategiczne połączeń internetowych oraz coraz większy nacisk na bezpieczeństwo danych jest niemalże pewne, iż wkrótce spory zaistniałe na gruncie stanów faktycznych podobnych do kazusu estońskiego staną się przedmiotem rozstrzygnięć sądów międzynarodowych.

Być może trudności z przypisaniem państwu odpowiedzialności za działanie osób i organizacji, spotykane często w „klasycznych” kazusach, a jeszcze bardziej skomplikowane na gruncie nowoczesnych technologii, spowodują zrewidowanie kwestii przypisywania odpowiedzialności za czyny tego rodzaju podmiotów. Jedno jest pewne – społeczność międzynarodowa jeszcze

---

<sup>28</sup> D. Shelton, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, „American Journal of International Law” 2002, nr 96, s. 833 i nast.

nie jest przygotowana na skuteczne przeciwdziałanie i piętnowanie ataków hakerskich dokonywanych przez jednego z ich członków, co rodzi niebezpieczną sytuację, która w niedługim czasie będzie wymagała pilnego rozwiązania.

## Literatura

- Delibasis D., *The Right to National Self-defense: In Information Warfare Operations*, Bury St. Edmunds 2007.
- Franzese P. W., *Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist?*, „Air Force Law Review” 2009, vol. 64.
- Gawinecki J., Hołyst B., *Identyfikacja i przeciwdziałanie zagrożeniom cyberprzestrzeni*, [w:] B. Hołyst (red.), *Technika kryminalistyczna w pierwszej połowie XXI wieku. Wybrane problemy*, Warszawa 2014.
- Kulesza J., Kulesza J., *Odpowiedzialność państw za podejmowane w cyberprzestrzeni działania zagrażające międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2011, t. 33
- Schmitt M., *“Below the Threshold” Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law*, „Virginia Journal of International Law”, vol. 54, nr 3.
- Shelton D., *Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, „American Journal of International Law” 2002, nr 96.
- Smolski W., *Cyberterrorizm jako współczesne zagrożenie bezpieczeństwa państwa*, Wrocław 2015.
- Szubrycht T., *Cyberterrorizm jako nowa forma zagrożenia terrorystycznego*, „Zeszyty Naukowe AMW” 2005, nr 1 (160).
- White K. C., *Cyber-Terrorism: Modem Mayhem*, Carlisle 1998.
- Wierzbicki B. (red.), *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Białystok 2008.
- Wyrozumska A., Czapliński W., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999.
- Zbaraszewska A., *Dylematy międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 1.

## Summary

### *Cyber attacks as a violation of the international law*

**Key words:** cyber attack, hacking, internet war, international law, State's responsibility.

The 21<sup>st</sup> century is the age, when using Internet to administrate the State is no longer a science fiction, but rather new reality, with which the legal system has to cope with. However, despite having many advantages, relying on digital data transfer may also cause some significant threats, one of which is undoubtedly being a victim of a cyber attack.

The case of a great importance is especially situation, when electronic systems owned by one of States is getting hacked by the other State, which may be recognised as an internationally wrongful act.

The article is aimed to describe the types of threats that appear in connection with the digital world, explain the basis of claim the State responsible for an attack as well as a conditions of such a statement. Also some place is devoted to describe possibilities of the use of countermeasures and ways of restitution of damages caused by the cyber attack.



**Anna Kañciak**

Katedra Prawa Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

## **Unia Europejska na drodze do zwiększenia ochrony cyberprzestrzeni – wybrane zagadnienia prawne\***

### **Wprowadzenie**

Cyberprzestrzeń z uwagi na jej znaczenie dla ekonomicznego, społecznego oraz technologicznego rozwoju i stabilności państw członkowskich Unii Europejskiej stała się priorytetem w agendzie unijnego ustawodawcy w 2015 r.<sup>1</sup> Jeszcze większy nacisk na tę kwestię położono w programie pracy Komisji na 2016 r.<sup>2</sup> Charakter tego obszaru, będącego otwartym środowiskiem wielopodmiotowej i wieloprzedmiotowej działalności, wymaga zatem wspólnych wysiłków Rady, Komisji i Parlamentu Europejskiego. Dodatkowym utrudnieniem w wymiarze prawnym jest zarządzanie cyberprzestrzenią. Wiodącą rolę i kompetencje mają w tym zakresie rządy, w zależności od modelu, przy aktywnym udziale sektora prywatnego i społeczeństwa. Zapewnienie ochrony temu obszarowi wymaga również na poziomie krajowym wielostronnego działania i połączenia interesów zaangażowanych stron przy równoczesnym poszanowaniu unijnych wartości oraz praw i wolności jej użytkowników.

W programie pracy na 2016 r. na dziesięć priorytetów (na rzecz zatrudnienia, wzrostu, sprawiedliwości oraz zmian demokratycznych) cztery poświęcono systemom technologii informacyjno-komunikacyjnej (dalej: TIK),

---

\* Artykuł przygotowany w ramach projektu badawczego, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, pt. „Zwalczanie cyberprzestępczości w oparciu o system hybrydowy, czyli połączenie modelu Cyber PDCA ze zdecentralizowanym system instytucjonalnym”, nr UMO-2013/11/N/HS5/04029 ramach programu PRELUDIUM 6.

<sup>1</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Commission Work Programme 2015. A New Start, COM(2014) 910 final.

<sup>2</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Commission Work Programme 2016. No time for business as usual, COM(2015) 610 final.

znajomości technologii cyfrowych i potrzebie podnoszenia ochrony cyberprzestrzeni. W świetle aktualnych podstaw prawnych szczególnego znaczenia nabiera deklaracja Komisji o wysunięciu na pierwszy plan prowadzenia intensywnej zmian legislacyjnych<sup>3</sup>. Aktywność w tym zakresie, z uwagi na wielowątkowość, fragmentaryczność oraz niespójność działań Unii Europejskiej<sup>4</sup> w dziedzinie ochrony cyberprzestrzeni, będzie miała istotne znaczenie dla budowania spójnego systemu działania w wymiarze nie tylko unijnym, ale też krajowym.

Unia Europejska dąży do łączenia aktywności państw członkowskich w obszarze ochrony systemów TIK oraz bezpieczeństwa użytkowników cyberprzestrzeni. W rezultacie skupia się na dwóch kierunkach<sup>5</sup>. Pierwszy jest poświęcony problematyce sieci i informacji oraz wyznaczeniu procedur ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej w Europie. Drugi wymiar odnosi się do ustanowienia minimalnych zasad w zakresie czynów zabronionych oraz współpracy organów ochrony porządku publicznego z uwzględnieniem koordynacyjnej roli agencji unijnych właściwych w dziedzinie bezpieczeństwa sieci i informacji. Nieformalny, choć ugruntowany przez lata podział znajduje odzwierciedlenie w wymiarze legislacyjnym oraz instrumentach typu *soft law* w ochronie cyberprzestrzeni. Nie jest to kierunek popierany przez ekspertów<sup>6</sup>. Dorobek unijny w przedmiotowym zakresie nie jest, co do zasady, źle oceniany, ale jego skuteczność i użyteczność podkreśla się wyłącznie w teorii<sup>7</sup>.

Na poziomie strategicznym Komisja Europejska wypracowała dokumenty, które uwzględniają elementy ochrony sieci i systemów informatycznych oraz bezpieczeństwa użytkowników w cyberprzestrzeni. Kluczowym dokumentem i przykładem sprawnego połączenia wspomnianych dwóch kierunków jest Strategia Bezpieczeństwa Cybernetycznego UE<sup>8</sup>, a w szerszym wymiarze Europejska Agenda Bezpieczeństwa<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>4</sup> N. van der Meulen, E.A. Jo, S. Soesanto, *Cybersecurity in the European Union and Beyond: Exploring the Threats and Policy Responses*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels 2015, s. 116.

<sup>5</sup> M.D. Cavelty, *A Resilient Europe for an Open, Safe and Secure Cyberspace*, "UI Occasional Papers", December 2013, nr 23, s. 4 [online] <[www.ui.se/eng/upl/files/99632.pdf](http://www.ui.se/eng/upl/files/99632.pdf)> (dostęp: 23.11.2016).

<sup>6</sup> A. Klimburg, *Cybersecurity and Cyberpower: Concepts, Conditions and Capabilities for Cooperation for Action within the EU*, European Parliament's Policy Department DG External Policies, Brussels 2011, s. 29.

<sup>7</sup> M. D. Cavelty, op. cit., s. 5.

<sup>8</sup> Wspólny komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – Strategia bezpieczeństwa cybernetycznego Unii Europejskiej: otwarta, bezpieczna i chroniona cyberprzestrzeń, JOIN (2013) 1 wersja ostateczna.

<sup>9</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Europejska agenda bezpieczeństwa, KOM(2015) 185 wersja ostateczna.



## **Zwiększanie odporności sieci na ataki oraz zdolność reagowania na zdarzenia w cyberprzestrzeni**

Wysoki poziom bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni wymaga zapewnienia odporności systemów TIK na zagrożenia. Osiągnięcie tego celu możliwe jest przez ograniczanie negatywnych skutków incydentów w cyberprzestrzeni oraz lepsze im przeciwdziałanie. Czynności o charakterze prewencyjnym powinny być związane z podnoszeniem poziomu ochrony sieci i informacji, co wymaga zaangażowania sektora prywatnego i organów administracji publicznej<sup>10</sup>.

Ochrona sieci i informacji to problem wieloaspektowy, w którym przeplatają się elementy techniczne, organizacyjne, ekonomiczne i socjalne oraz działania prewencyjne, ochronne, przygotowawcze i naprawcze. Bardzo istotne jest tworzenie systemów i sieci komputerowych z elementów odpornych na awarie, mających jak najmniejsze prawdopodobieństwo uszkodzenia. Wskazuje to, że problematyka odporności sieci oraz reagowania na zdarzenia im zagrażające ma w głównej mierze charakter techniczny. Z kolei w wymiarze prawnym odpowiadają jej działania związane z zapewnieniem wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji.

## **Bezpieczeństwo sieci i informacji**

Ochrona cyberprzestrzeni w wymiarze wzmacniania jej odporności na zagrożenia wiąże się z pracami nad koncepcją bezpieczeństwa sieci i informacji, wywodzącą się z budowy społeczeństwa informacyjnego oraz cyfrowego rynku wewnętrznego<sup>11</sup>. Połączenie tych elementów oraz ich wzajemną zależność Komisja przedstawiła w komunikacie z 2001 r. „Bezpieczeństwo sieci i informacji: Propozycje na rzecz europejskiego podejścia”<sup>12</sup>. W dokumencie wyjaśniono, że na bezpieczeństwo sieci i informacji składają się cztery powiązane ze sobą cechy: dostępność, autentyczność, integralność zapewniająca kompletność i niezmienność wysłanych, otrzymanych i przechowywanych informacji oraz poufność. W rezultacie bezpieczeństwo sieci i informacji

---

<sup>10</sup> R.A. Wessel, *Towards EU Cybersecurity Law: Regulating a New Policy Field*, [w:] N. Tsagourias, R. Buchan (red.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing Cheltenham 2015, s. 416.

<sup>11</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 11 grudnia 2012 r. w sprawie stworzenia jednolitego rynku cyfrowego (2012/2030 INI), Stworzenie jednolitego rynku cyfrowego, P7 TA(2012)0468, s. 21-22.

<sup>12</sup> Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – Bezpieczeństwo sieci i informacji: Propozycje na rzecz europejskiego podejścia, KOM(2001)298 wersja ostateczna.

odniesiono do zdolności sieci bądź systemów informacyjnych do odparcia, na danym poziomie poufności, niezamierzonych wydarzeń oraz umyślnych działań, które zagrażają dostępności, autentyczności, integralności i poufności przechowywanych bądź przetwarzanych danych oraz powiązanych z nimi usług oferowanych bądź dostępnych za pośrednictwem tych sieci i systemów<sup>13</sup>. Zaprezentowane podejście znalazło odzwierciedlenie w kolejnych komunikatach Komisji Europejskiej, tj. „i2010 – Europejskie społeczeństwo informacyjne do 2010 r.”<sup>14</sup> oraz „Strategii na rzecz bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego – Dialog, partnerstwo i przejmowanie inicjatywy”<sup>15</sup>.

Równocześnie Komisja rozwijała inicjatywy poświęcone ochronie infrastruktury krytycznej, coraz widoczniej odchodząc od wcześniejszego stanowiska w kwestii potrzeby działania na rzecz bezpieczeństwa sieci i informacji. Zintensyfikowano prace nad infrastrukturą krytyczną, do których włączono elementy uprzednio uwzględnione w ramach bezpieczeństwa sieci komunikacyjnych i systemów informacyjnych. Przyczyniło się to do powstania opinii o zastąpieniu tego zagadnienia koncepcją ochrony infrastruktury krytycznej<sup>16</sup>. Komisja do wyjściowego stanowiska jednak powróciła w 2013 r., przedkładając projekt dyrektywy w sprawie środków mających na celu zapewnienie wspólnego wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji w obrębie Unii<sup>17</sup>. Założono w nim, że osiąganie wskazanego poziomu bezpieczeństwa będzie odbywało się poprzez zobowiązanie do zwiększenia gotowości i ulepszenia wzajemnej współpracy, podejmowanie inicjatyw mających na celu przeciwdziałanie zagrożeniom bezpieczeństwa oraz zgłaszanie poważnych incydentów właściwym organom krajowym<sup>18</sup>.

W lipcu 2016 r. została przyjęta dyrektywa 2016/1148 w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (dalej: dyrektywa 2016/1148)<sup>19</sup>. Istotnym jej elementem jest art. 4 zawierający definicje użytych w dokumencie

<sup>13</sup> Ibidem, s. 9.

<sup>14</sup> Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – „i2010 – Europejskie społeczeństwo informacyjne na rzecz wzrostu i zatrudnienia”, KOM(2005) 229 wersja końcowa, s. 3.

<sup>15</sup> Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – Strategia na rzecz bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego „Dialog, partnerstwo i przejmowanie inicjatywy”, KOM(2006) 251 wersja ostateczna.

<sup>16</sup> Directorate-General for External Policies, *Study. Cybersecurity and Cyberpower: Concepts, Conditions and Capabilities for Cooperation for Action within the EU*, April 2011, s. 32.

<sup>17</sup> Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków mających na celu zapewnienie wspólnego wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji w obrębie Unii, KOM(2013) 48 wersja ostateczna, 7.02.2013.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 2.

<sup>19</sup> Dyrektywa 2016/1148 w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz. Urz. UE L 194, s. 1).

pojęć. Unijny ustawodawca w formie jednego terminu ujął sieci i systemy informatyczne oraz zdefiniował pojęcie ich bezpieczeństwa, które zaledwie z niewielką zmianą jest wprost przeniesione z komunikatu Komisji sprzed ponad dekady, odnoszące się do bezpieczeństwa sieci i informacji<sup>20</sup>.

Identyfikując zagrożenia dla bezpieczeństwa sieci i informacji, ustawodawca zmierza do osiągnięcia dyrektywą 2016/1148 trzech celów przedłożonego wniosku. Pierwszy z nich wiąże się ze zmianami strukturalnymi i strategicznymi, nakładając na państwa obowiązek powołania właściwych organów ds. bezpieczeństwa sieci i informacji oraz utworzenia zespołów reagowania na incydenty komputerowe (art. 8). Dyrektywa 2016/1148 zobowiązuje również do przyjęcia krajowej strategii w zakresie bezpieczeństwa sieci i informacji (art. 7), która będzie wskazywała cele strategiczne oraz konkretne środki polityczne i regulacyjne zmierzające do osiągnięcia i utrzymania wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji. Obligatoryjnym elementem strategii będzie plan współpracy, którego minimalne wymogi określono w projekcie dyrektywy. Dwa pozostałe cele odnoszą się do wymiany informacji, budowy sieci umożliwiającej koordynację oraz współpracę z sektorem prywatnym.

Dyrektywa 2016/1148, co sama Komisja podkreśliła, ma szeroki zakres. Kontrowersje, które spowodowały przedłużenie się prac legislacyjnych, mają jednak bardziej złożony kontekst. Pierwszy problem dotyczył proponowanej terminologii. Rozbieżność pojawiła się między tytułem dokumentu wskazującym, że jego przedmiotem jest bezpieczeństwo sieci i informacji, podczas gdy w definicjach skoncentrowano się na określeniu sieci i systemów informatycznych, co nie jest pojęciem tożsamym. W kontekście zapisu na temat przygotowania krajowej strategii w zakresie bezpieczeństwa sieci i informacji oraz planu współpracy pojawia się pytanie o zakres i znaczenie już istniejących krajowych strategii bezpieczeństwa cybernetycznego. Mimo że wniosek dyrektywy został przedstawiony w 2013 r. łącznie ze wspólnym komunikatem Komisji i Wysokiego Przedstawiciela Unii ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa w sprawie europejskiej strategii bezpieczeństwa cybernetycznego, Komisja nie potrafiła wyjaśnić zależności pomiędzy tymi dokumentami. Tymczasem współistnienie takich strategii stwarza problemy w zakresie zmian strukturalnych i powoływania właściwych organów ds. bezpieczeństwa. Państwa członkowskie, które opracowały strategię bezpieczeństwa cybernetycznego, wyznaczyły podmioty i ich zakresy kompetencyjne w kontekście zagrożeń oraz zapewnienia bezpieczeństwa domeny cyfrowej. W dokumentach tych doprecyzowano również zadania zespołów reagowania na incydenty komputerowe.

---

<sup>20</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Bezpieczeństwo Sieci i Informacji: propozycja polityki europejskiej, KOM(2001) 298 wersja ostateczna, s. 9.

Joanna Kulesza zwraca uwagę na nierówne rozłożenie praw i obowiązków na podmioty prywatne i państwowe oraz finansowanie nowych obowiązków spoczywających na przedsiębiorcach<sup>21</sup>. Obciążenie sektora prywatnego będzie bowiem podwójne. Zgodnie z proponowanymi przepisami, przedsiębiorcy będą zobowiązani samodzielnie zagwarantować bezpieczeństwo świadczonych usług na wskazanym przez UE poziomie. Ponadto będą musieli dzielić się z instytucjami państwowymi informacjami o aktualnych zagrożeniach i odnotowanych atakach na infrastrukturę pozostającą w ich dyspozycji.

Powyższe problemy to tylko niektóre powody, dla których hamowano prace nad dyrektywą 2016/1148, budzącą wiele kontrowersji również w opinii Parlamentu Europejskiego<sup>22</sup>. Na etapie prac legislacyjnych nad projektem omawianej dyrektywy negatywną opinię przedstawił również polski rząd, wskazując na niedopracowanie oraz niespójność z przepisami innych dyrektyw, zarówno już wdrożonych, jak i projektowanych. Zarzucono temu dokumentowi także wysoki poziom ogólności, uniemożliwiający dokonanie rzetelnej oceny skutków regulacji<sup>23</sup>.

Państwa członkowskie mają 21 miesięcy na implementację dyrektywy 2016/1148, czyli przyjęcie i publikację w terminie do dnia 9 maja 2018 r. przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do jej wykonania. Z kolei od 10 maja 2018 r. państwa członkowskie stosują te środki (art. 25).

## Ochrona krytycznej infrastruktury informatycznej

Po atakach cybernetycznych w Estonii w 2007 r. zdefiniowano listę priorytetów w obszarze ochrony infrastruktury krytycznej, skupiając się przede wszystkim na strategicznym planowaniu oraz tworzeniu podstaw prawnych ochrony TIK. W nowym podejściu uwzględniono krytyczną infrastrukturę informatyczną. Ponadto koncepcję ochrony w tym zakresie oparto na solidnej strategii, która wyznacza wytyczne strategiczne<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> J. Kulesza, *Coraz bliżej unijnego cyberbezpieczeństwa*, [online] <<http://di.com.pl/coraz-blizej-unijnego-cyberbezpieczenstwa-53962>> (dostęp: 11.12.2016).

<sup>22</sup> Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków mających na celu zapewnienie wspólnego wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji w obrębie Unii, COM(2013) 48 – C7-0035/2013 – 2013/0027(COD), A7-0103/2014, [online] <[www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0103+0+DOC+PDF+V0//PL](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0103+0+DOC+PDF+V0//PL)> (dostęp: 10.12.2016).

<sup>23</sup> Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji, Projekt stanowiska RP, Wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków mających na celu zapewnienie wspólnego wysokiego poziomu bezpieczeństwa sieci i informacji w obrębie Unii, [online] <<https://mac.gov.pl/files/wp-content/uploads/2013/03/Stalowisko-RP.pdf>> (dostęp: 17.1.2016).

<sup>24</sup> M. Dion, *Keeping Cyberspace Professionals Informed, The Law and Policy of protecting our critical information infrastructures*, CyberPro, Smithfield USA, December 2009, s. 3 [online] <[www.nsci-va.org/WhitePapers/2009-12-CyberPro-Maeve%20Dion.pdf](http://www.nsci-va.org/WhitePapers/2009-12-CyberPro-Maeve%20Dion.pdf)> (dostęp: 11.12.2016).

Wyrazem nowego podejścia był komunikat Komisji z 2009 r. w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej (ang. *Critical Information Infrastructures – CII*)<sup>25</sup>, czyli ochrony systemów informacyjno-komunikacyjnych, które same w sobie są infrastrukturami krytycznymi lub są niezbędne do obsługi infrastruktur krytycznych (urządzeń telekomunikacyjnych, komputerów/ oprogramowania, Internetu, satelitów itp.)<sup>26</sup>.

W zakresie zwiększania bezpieczeństwa i odporności CII na ataki i zakłócenia cybernetyczne Komisja zidentyfikowała cztery obszary.

Pierwszy wiąże się ze zróżnicowanym i nieskoordynowanym podejściem państw członkowskich do ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej, które opracowują politykę wyłącznie z perspektywy krajowej. W rezultacie fragmentaryczność wynikająca ze zróżnicowanych krajowych rozwiązań przekłada się na nieefektywność na poziomie państw członkowskich oraz UE. Komisja podkreśliła przy tym bezpośrednią zależność, zgodnie z którą im niższy poziom bezpieczeństwa CII w jednym państwie, tym większa podatność na zagrożenia w innych.

Drugi obszar dotyczy trudności w zarządzaniu informatyczną infrastrukturą krytyczną, co przekłada się na współpracę państw członkowskich z sektorem prywatnym. Zarządzanie w wymiarze europejskim wsparłoby zaangażowanie sektora prywatnego w proces określania strategicznych celów politycznych w tym zakresie.

Trzeci problem wiąże się z brakiem wymiany informacji dotyczących konkretnych przypadków naruszenia bezpieczeństwa. Współpraca między państwami członkowskimi w dziedzinie ochrony CII ma bardzo ograniczony wymiar i niezadowalający poziom. Konsekwencją tego jest brak ponadnarodowych inicjatyw oraz spadek zdolności wczesnego ostrzegania i reagowania.

Ostatnie wyzwanie wiąże się z brakiem odpowiedniej współpracy międzynarodowej w szerszym, światowym wymiarze. Z uwagi na charakter Internetu jako globalnej, ponadgranicznej sieci, najpierw wymagany jest konsensus odnośnie do europejskich priorytetów w zakresie odporności Internetu, a w dalszej kolejności działania należy rozwijać i wdrażać z aktywnym udziałem społeczności międzynarodowej.

---

<sup>25</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej – Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznymi: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności, KOM(2009) 149 wersja ostateczna.

<sup>26</sup> Dokument roboczy służb Komisji, Dokument uzupełniający Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej „Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznymi: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności”, SEK(2009) 400, s. 2.

Komisja zaproponowała rozwiązanie powyższych problemów w ramach pięciu filarów<sup>27</sup>, które zostały opracowane w planie działania zakładającego zwiększenie taktycznej i operacyjnej współpracy na szczeblu europejskim. Dwa lata później podsumowała działania w tym obszarze, prezentując wyniki osiągnięte od momentu przyjęcia planu działania na rzecz ochrony krytycznej infrastruktury teleinformatycznej w 2009 r. W komunikacie ogłoszonym w marcu 2011 r.<sup>28</sup> pojawiły się kolejne inicjatywy do zrealizowania na poziomie europejskim i międzynarodowym podtrzymujące układ pięcioletni. Uwzględniając charakterystykę cyberprzestrzeni oraz krytycznej infrastruktury informatycznej, Komisja szczególną uwagę poświęciła globalnemu kontekstowi, ponadgranicznym problemom związanym z zapewnieniem ochrony oraz potrzebie współpracy między państwami członkowskimi a sektorem prywatnym na poziomie krajowym, europejskim i międzynarodowym. Przedmiotowy komunikat Komisji z marca 2011 r. zyskał szerokie poparcie Parlamentu Europejskiego, który w rezolucjach z 2012 r.<sup>29</sup> pozytywnie ocenił podjęte działania i zaplanowane kolejne zadania.

Inicjatywy podejmowane na poziomie europejskim ukierunkowane na rozwój, ochronę oraz funkcjonalność systemów TIK zasadniczo nie odnosiły się do problematyki bezpieczeństwa użytkowników, w tym zwiększania zaufania do Internetu oraz prowadzonych w nim operacji. Stanowi to wyraźny dowód na konsekwencję w prowadzeniu unijnej polityki odrębności, wyznaczonej przez Komisję w Zielonej Księdze z 2005 r.<sup>30</sup> oraz zaproponowanej w niej terminologii. Przeprowadzona analiza aktów prawnych oraz instrumentów *soft law* związanych z rozwojem, ochroną oraz funkcjonalnością sieci i informacji pozwala obalić zarzut Parlamentu Europejskiego<sup>31</sup> o braku precyzyjności prowadzonych prac w UE. Problematyka bezpieczeństwa sieci i informacji została bowiem wyraźnie oddzielona od prac nad ochroną użytkowników i ich aktywności w cyberprzestrzeni.

<sup>27</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej – Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznymi: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności, KOM(2009) 149 wersja ostateczna, s. 8–9.

<sup>28</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury teleinformatycznej „Osiągnięcia i dalsze działania na rzecz globalnego bezpieczeństwa cyberprzestrzeni, KOM(2011) 163 wersja ostateczna.

<sup>29</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 czerwca 2012 r. w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury teleinformatycznej – Osiągnięcia i dalsze działania na rzecz globalnego bezpieczeństwa cyberprzestrzeni, (2011/2284 INI), P7\_TA(2012)0237.

<sup>30</sup> Zielona Księga w sprawie Europejskiego Programu Ochrony infrastruktury Krytycznej, KOM(2005) 576 wersja końcowa.

<sup>31</sup> P. Bąkowski, *Briefing. Cyber Security in the European Union*, 130658REV1, European Parliamentary Research Service 12/11/2013, s. 4 [online] <[www.europarl.europa.eu/eplibrary/Cyber-security-in-the-European%20Union.pdf](http://www.europarl.europa.eu/eplibrary/Cyber-security-in-the-European%20Union.pdf)> (dostęp: 10.12.2016).

## Ochrona cyberprzestrzeni przed przestępczością

Drugi kierunek prac Unii Europejskiej w ramach ochrony cyberprzestrzeni, wiążący się z dążeniem do zapewnienia wyższego poziomu bezpieczeństwa użytkowników, z uwzględnieniem budowy zaufania do Internetu oraz prowadzonych w nim operacji, okazał się znacznie większym wyzwaniem. Wynika to głównie z charakteru zagadnień stanowiących element polityki bezpieczeństwa narodowego, która zgodnie z art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej<sup>32</sup> (dalej: TUE) pozostaje w wyłącznej odpowiedzialności każdego państwa członkowskiego. Taka interpretacja mogła prowadzić do przeświadczenia o braku kompetencji UE do aktywnego budowania bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Takie stanowisko byłoby jednak błędne, szczególnie w świetle przepisów tytułu V Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>33</sup> (dalej: TFUE).

Zagrożenia w cyberprzestrzeni przekraczają zasięg działania krajowych organów ochrony porządku publicznego, a zatem mają charakter transgraniczny. Unia Europejska uzyskała zatem właściwość do podejmowania działań zmierzających do promowania wspólnego podejścia w kwestii nielegalnej aktywności w cyberprzestrzeni. W rezultacie zapobieganie i zwalczanie cyberprzestępczości stało się istotnym elementem przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (dalej: PWBis). Kompetencje UE do synchronizowania krajowych systemów prawnych w sprawach karnych o wymiarze transgranicznym oraz podejmowania współdziałania pomiędzy państwami członkowskimi określone zostały w art. 83 TFUE.

## Przeciwdziałanie atakom na systemy informatyczne

Aktem uznawanym za przełomowy w zakresie zbliżania zasad prawa karnego w państwach członkowskich w związku z zagrożeniem przestępczością w cyberprzestrzeni była decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne<sup>34</sup> (dalej: decyzja ramowa). Jej znaczenie podkreśla fakt, że została nazwana unijną wersją Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości<sup>35</sup> (dalej: Konwencja)<sup>36</sup>, która sta-

<sup>32</sup> Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326), s. 1.

<sup>33</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326), s. 1.

<sup>34</sup> Dyrektywa Ramowa Rady 2005/222/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.Urz. UE L 69, s. 67).

<sup>35</sup> J. De Muynck, *The Directive on Attacks against Information Systems. A Good Practice Collection for the Implementation and Application of this Directive*, ENISA P/28/12/TCD, s. 5 [online] <[www.enisa.europa.eu/publications/the-directive-on-attacks-against-information-systems/at\\_download/fullReport](http://www.enisa.europa.eu/publications/the-directive-on-attacks-against-information-systems/at_download/fullReport)> (dostęp: 10.12.2016).

<sup>36</sup> ETS 185 – Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001, Council of Europe, European Treaty Series, No. 185, [online] <[www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561)> (dostęp: 26.11.2016).

nowi model dla krajowych i regionalnych przepisów w sprawie cyberprzestępczości<sup>37</sup>.

Rada w preambule decyzji ramowej odwołała się do dowodów na występowanie ataków na systemy informatyczne, podkreśliła przy tym szczególne zagrożenia wynikające ze wzrostu przestępczości zorganizowanej. Uznano to za istotne przeszkody dla osiągnięcia bardziej bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego oraz przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Zwrócono również uwagę na bezpośrednią zależność pomiędzy ponadgranicznym charakterem nowoczesnych systemów informatycznych a transgraniczną przestępczością. Najistotniejsze dla Rady okazały się jednak luki i różnice w przepisach prawnych państw członkowskich, które przekładają się na spadek efektywności zwalczania zagrożeń.

Rada poprzez użycie w decyzji ramowej sformułowania „dziedzina ataków na systemy informatyczne” wyznaczyła nowy obszar w ramach współpracy policyjnej i sądowej<sup>38</sup> określonej w art. 29–31 Traktatu<sup>39</sup>. Tym samym podstawowym celem tego aktu prawnego było zbliżenie prawa karnego w nowej dziedzinie ataków na systemy informatyczne na rzecz zapewnienia współpracy policyjnej i sądowej w zakresie szerszego zadania związanego z walką z przestępczością zorganizowaną i terroryzmem.

Rada w art. 1 decyzji ramowej zawarła definicje kluczowych dla tej problematyki pojęć, wyjaśniając znaczenie takich terminów, jak systemy informatyczne czy dane komputerowe. Jednak akt ten zyskał na znaczeniu z uwagi na zdefiniowanie trzech rodzajów czynów zabronionych, tj. przestępstwa nielegalnego dostępu do systemu informatycznego, nielegalnej ingerencji w system informatyczny oraz nielegalnej ingerencji w dane. Rada zaliczyła wskazane czyny do kategorii przestępczości komputerowej, w zwalczaniu której powinna być zapewniona skuteczna współpraca sądowa. W tym celu w decyzji określono sankcje oraz warunki odpowiedzialności.

Prace nad decyzją ramową trwały w sumie trzy lata i dokonano wielu zmian, w szczególności dotyczących terminologii. Mimo to końcowy efekt nie został oceniony pozytywnie. W literaturze przedmiotu akt ten oceniany jest bądź w zestawieniu z postanowieniami Konwencji, bądź w jej świetle, z konkluzją podważającą w zasadzie sens jej przyjęcia<sup>40</sup>. Rozbieżne opinie poja-

<sup>37</sup> Szerzej: [online] [h<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=URI-SERV:133193&from=EN>](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=URI-SERV:133193&from=EN) (dostęp: 20.11.2016).

<sup>38</sup> Art. 29 Tytuł VI TUE.

<sup>39</sup> Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz.Urz. WE C 340, s. 1).

<sup>40</sup> P. de Hert, G. Gonzales Fuster, B.-J. Koops, *Fighting Cybercrime in the Two Europes. The Added Value of the EU Framework Decision and the Council of Europe Convention*, *International Review of Penal Law*, [online] <[www.researchgate.net/publication/251058766\\_Fighting\\_cybercrime\\_in\\_the\\_two\\_Europes\\_The\\_added\\_value\\_of\\_the\\_EU\\_framework\\_decision\\_and\\_the\\_Council\\_of\\_Europe\\_convention](http://www.researchgate.net/publication/251058766_Fighting_cybercrime_in_the_two_Europes_The_added_value_of_the_EU_framework_decision_and_the_Council_of_Europe_convention)> (dostęp: 20.11.2016).



wiają się też odnośnie do skutków decyzji w kontekście wykonania jej postanowień oraz dotrzymania terminu transpozycji do krajowych porządków prawnych. Względnie pozytywna ocena Komisji, zaprezentowana w sprawozdaniu sporządzonym w 2008 r.<sup>41</sup>, została jednak sceptycznie skomentowana w literaturze przedmiotu<sup>42</sup>. Wskazano wręcz powód do zmian legislacyjnych w tym zakresie<sup>43</sup>.

Krytyczne uwagi zostały uwzględnione w sprawozdaniu na temat skutków decyzji ramowej. Na tej podstawie Komisja Europejska w 2010 r. przygotowała pakiet materiałów składający się z wniosku dotyczącego dyrektywy w sprawie ataków na systemy informatyczne i uchylającej decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW wraz z dwoma dokumentami roboczymi na temat oceny skutków proponowanej dyrektywy<sup>44</sup>. Komisja nawiązała do dobrej oceny z transpozycji decyzji. Uznała przy tym, że cyberataki na dużą skalę, jakich doświadczyła Europa od 2007 r., oraz wzrost przestępczości w cyberprzestrzeni wymagają podjęcia adekwatnych do poziomu zagrożenia działań. Wyjaśniając wątpliwości, jakie pojawiały się odnośnie do decyzji ramowej, Komisja nawiązała do Konwencji, której Unia Europejska nie jest stroną, oraz do nowych ram prawnych wprowadzonych Traktatem z Lizbony<sup>45</sup>.

Parlament Europejski poparł cele oraz założenia inicjatywy Komisji. Wniósł przy tym poprawki<sup>46</sup>, zwracając uwagę na konieczność zapewnienia lepszej wymiany informacji dotyczących bezpieczeństwa cybernetycznego między państwami oraz podjęcia działań i lepszej koordynacji reakcji, inicjatyw i programów na szczeblu UE. W tym celu Parlament Europejski poparł koncepcję powołania koordynatora ds. bezpieczeństwa cybernetycznego UE, który ułatwiłby integrację i koordynację różnych europejskich działań i inicjatyw podejmowanych na szczeblu UE.

Po trzech latach konsultacji oraz prac legislacyjnych w 2013 r. przyjęto dyrektywę 2013/40/UE dotyczącą ataków na systemy informatyczne, która

---

<sup>41</sup> Report from the Commission to the Council Based on Article 12 of the Council Framework Decision of 24 February 2005 on attacks against information systems, COM(2008) 448 final.

<sup>42</sup> R. Wong, *Data Security Breaches and Privacy in Europe*, Springer, London 2013, s. 31–32.

<sup>43</sup> A.A. Gillespie, *Cybercrime: Key Issues and Debates*, Routledge, Oxon 2015, s. 59.

<sup>44</sup> Commission Staff working document Impact Assessment Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on attacks against information systems, and repealing Council Framework Decision 2005/222/JHA, SEC(2010) 1122 final.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>46</sup> Opinia Komisji Spraw Zagranicznych dla Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej ataków na systemy informatyczne i uchylającej decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (COM(2010)0517 – C7-0293/2010 – 2010/0273(COD), 2010/0273(COD) z 28 listopada 2011.

uchyliła decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (dalej: dyrektywa)<sup>47</sup>. Akt ten, którego podstawą traktatową jest art. 83 TFUE, określa przestępstwa w dziedzinie ataków na systemy informatyczne oraz ustanawia reguły minimalne dotyczące kar za takie przestępstwa. Uzasadniając działania na szczeblu Unii Europejskiej, zgodnie z zasadą pomocniczości, odwołano się do wymiaru ponadnarodowego cyberprzestępczości, w tym do ataków na systemy informatyczne, które przekraczają granice jednego państwa członkowskiego. Wobec transgranicznego charakteru zjawiska wyłącznie działania UE będą stanowiły adekwatną reakcję na ataki na dużą skalę w Europie i na świecie<sup>48</sup>.

Dyrektywa przejęła główne założenia oraz wiele postanowień decyzji ramowej, uzupełniając ją o nowe elementy<sup>49</sup>. Po pierwsze, dyrektywa penalizuje wytwarzanie, sprzedaż, dostarczanie w celu używania, przywóz, dystrybucję oraz inne sposoby udostępniania urządzeń/ narzędzi służących do popełniania rozpatrywanych przestępstw<sup>50</sup>. Zawiera okoliczności obciążające przeprowadzanie ataków na wielką skalę w kontekście tworzenia tzw. botnetów, tj. działań polegających na uzyskaniu zdalnej kontroli nad znaczną liczbą komputerów przez wprowadzenie do nich złośliwego oprogramowania za pomocą ukierunkowanych cyberataków.

W dyrektywie zmieniono definicje rodzajów przestępstw<sup>51</sup>, uszczegóławiając znamiona poszczególnych czynów zabronionych, oraz dodano nowe przestępstwo niezgodnego z prawem przechwytywania<sup>52</sup>. Wprowadzone zmiany w brzmieniu artykułów poświęconych poszczególnym rodzajom przestępstw nie dotyczyły przepisów umożliwiających kryminalizację wyłącznie tych czynów, które nie są przypadkami mniejszej wagi. Ten element ma na celu pozostawienie poza obrębem regulacji przypadków, które *in abstracto* objęte byłyby podstawową definicją, ale nie są uznawane za szkodliwe dla chronionych interesów prawnych.

Charakter cyberprzestępczości, której przeciwdziałanie wymaga wspólnych działań państw członkowskich, przyczynił się do wprowadzania środków mających poprawić współpracę europejskich wymiarów sprawiedliwości

---

<sup>47</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne i zastępująca decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW (Dz.Urz.UE L 218, s. 8).

<sup>48</sup> Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca ataków na systemy informatyczne i uchylająca decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW, KOM(2010) 517 wersja ostateczna 2010/0273 (COD), s. 8-9.

<sup>49</sup> M. Turner, N. Pantlin, L. Pugh, Ch. Young, *EU Cyber Crime Directive Takes a Tougher Stance against Attacks on Information Systems*, Herbert Smith Freehills LLP 2013, [online] <[www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3863b21-3c3b-419e-8a8f-2b007acb3a10](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3863b21-3c3b-419e-8a8f-2b007acb3a10)> (dostęp: 20.11.2016).

<sup>50</sup> Art. 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE.

<sup>51</sup> Art. 3: Niezgodny z prawem dostęp do systemów informatycznych; art. 4: Niezgodna z prawem ingerencja w systemy; art. 5: Niezgodna z prawem ingerencja w dane.

<sup>52</sup> Art. 6 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE.

w sprawach karnych. Praktycznym tego wyrazem jest udoskonalenie obecnej struktury całodobowych punktów kontaktowych. Ich działania, zgodnie z art. 14 dyrektywy, będą wspierały systemy rejestrowania i dostarczania danych statystycznych w ramach monitorowania skali zagrożenia.

Unijny ustawodawca uznał, że osiągnięcie celu dyrektywy będzie możliwe poprzez zaostrzenie przepisów krajowych, surowsze sankcje karne i zacieśnienie współpracy między właściwymi organami. Jednak znaczenie wprowadzonych tym aktem prawnym zmian bywa w literaturze oceniane dość krytycznie<sup>53</sup>. Zwraca się szczególną uwagę na niewyjaśnienie pojęcia użytego w samym tytule, tj. „ataki na systemy informatyczne”, nieuwzględnienie nowych typów przestępstw, takich jak kradzież tożsamości, spam, czy wykorzystanie Internetu dla celów terrorystycznych oraz powtórzenie zapisów Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości w zbyt szerokim zakresie.

## **Zwalczanie cyberprzestępczości**

Przedstawienie podstaw prawnych dotyczących zwalczania cyberprzestępczości jest problematyczne. Nie ma bowiem na poziomie UE jednego aktu, który regulowałby przeciwdziałanie, zwalczanie i reagowanie na cyberprzestępczość. Źródłem problemu jest zapożyczenie samego pojęcia z nauk politologicznych, socjologicznych czy kryminologicznych na grunt prawa. W efekcie pojawiło się oczekiwanie wobec unijnego prawodawcy wiążące się z uregulowaniem tego zjawiska. Jest to ściśle związane z terminem „cyberprzestępczość”, którego znaczenie stanowi przedmiot licznych analiz w literaturze przedmiotu. Jak dotąd bez konsensusu w tym zakresie.

Dostępnych jest wiele publikacji na temat cyberprzestępczości czy nawet prawa dotyczącego cyberprzestępczości (ang. *cybercrime law*). Autorzy nie podejmują się przy tym wyjaśnienia, dlaczego w prawie UE nie ma aktu, który wzorem Konwencji stanowiłby podstawę jego zwalczania. Dyrektywa 2013/40/UE, stanowiąca odpowiednik Konwencji na gruncie prawa unijnego, nie reguluje przeciwdziałania cyberprzestępczości, a unijny ustawodawca uznał za bardziej właściwe przyjęcie jako przedmiotu regulacji ataków na systemy informatyczne. Wydaje się, że jest to celowy zabieg i wynika z dążenia do zapewnienia mocnego związku aktu prawa pochodnego z art. 83 ust. 1 TFUE i wskazanej w nim dziedziny przestępczości komputerowej.

Problem ten trafnie ujęła Litska Strikwerda, odwołując się do ontologii prawnej, która nie tylko wyjaśnia, w jaki sposób istniejące zjawiska są ure-

---

<sup>53</sup> A. C. Moise, *Analysis of Directive 2013/40/EU on Attacks against Information Systems in the Context of Approximation of Law at the European Level*, „Journal of Law and Administrative Sciences”, Special Issue 2015, Bucharest, s. 9.

gulowane prawem, ale również w jaki sposób nowe zagadnienia poddawać prawnej kwalifikacji<sup>54</sup>.

Na gruncie prawa międzynarodowego aktualnie jedynym i najbardziej znanym aktem prawa karnego w dziedzinie cyberprzestępczości jest wspomniana Konwencja Rady Europy z 2001 r. wraz z Protokołem Dodatkowym do niej<sup>55</sup>, który penalizuje przestępstwa dotyczące rozpowszechniania materiałów rasistowskich i ksenofobicznych przy użyciu systemów komputerowych. Drugim aktem jest Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych<sup>56</sup>. Przywołane akty mogłyby posłużyć za podstawę do sformułowania listy czynów zabronionych zaliczanych do kategorii cyberprzestępstw z uwzględnieniem tych, których przedmiotem ochrony są poszczególne elementy cyberprzestrzeni inne niż systemy i dane informatyczne czy prawa autorskie i prawa pokrewne. Ważne jest bowiem unikanie zawężania wykazu cyberprzestępstw, gdyż nie odpowiadałoby zakresowi najogólniejszej definicji cyberprzestępczości, rozumianej jako każde działanie z wykorzystaniem komputera, które jest niezgodne z prawem.

Wskazanie podstaw prawnych zwalczania cyberprzestępczości w UE możliwe jest dopiero po uwzględnieniu czterech elementów. Po pierwsze, zacząć należy od powyżej przywołanych międzynarodowych aktów prawnych, które wskazują na określone rodzaje cyberprzestępstw. Po drugie, w art. 83 ust. 1 TFUE unijny ustawodawca włączył przestępczość komputerową do zamkniętej listy dziedzin przestępczości objętych harmonizacją prawa karnego w drodze zwykłej procedury ustawodawczej<sup>57</sup>. Pojęcie przestępczości komputerowej nie jest terminem jednoznacznym. Ze względu na próbę określenia podstaw prawnych cyberprzestępczości na uwagę zasługuje spotykany w literaturze brak rozróżnienia między cyberprzestępczością a przestępczością komputerową oraz zamienne ich używanie<sup>58</sup>. Po trzecie, istotnym uzupełnieniem jest definicja cyberprzestępczości, którą zaproponowała Ko-

---

<sup>54</sup> L. Strikwerda, *When Should Virtual Cybercrime Be Brought under the Scope of the Criminal Law?*, [w:] M.K. Rogers, K.C. Seigfried-Spellar (red.), *Digital Forensics and Cyber Crime. 4th International Conference, ICDF2C 2012, Lafayette, IN, USA, October 25–26, 2012*, Revised Selected Papers, Berlin 2013, s. 110.

<sup>55</sup> Protokół Dodatkowy do Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości dotyczący penalizacji czynów o charakterze rasistowskim lub ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych, sporządzony w Strasburgu dnia 28 stycznia 2003 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 730).

<sup>56</sup> Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote, 25.10.2007, Council of Europe Treaty Series – No. 201.

<sup>57</sup> S. Summers, Ch. Schwarzenegger, G. Ege, F. Young, *The Emergence of EU Criminal Law: Cyber Crime and the Regulation of the Information Society*, Hart Publishing, Oxford 2014, s. 233.

<sup>58</sup> Przykładowo: A. Lach, *Współpraca w obszarze prawa karnego materialnego w ramach Rady Europy i Unii Europejskiej*, [w:] A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz (red.), *Europejskie prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 356–361.

misja w strategii bezpieczeństwa cybernetycznego: „cyberprzestępczość ogólnie odnosi się do szerokiego wachlarza różnych rodzajów działalności przestępczej, w przypadku której komputery i systemy informatyczne stanowią podstawowe narzędzie przestępcze lub są głównym celem działania przestępczego”<sup>59</sup>. Po czwarte, przestępczość w przestrzeni cyfrowej należy osadzić w przyjętym na gruncie unijnym podziale ochrony cyberprzestrzeni na dwa kierunki. Zgodnie z nim cyberprzestępczość należy do obszaru dotyczącego zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników w przestrzeni cyfrowej, w tym zwiększania zaufania do Internetu oraz prowadzonych w nim operacji.

Dodatkowo poprzez włączenie przestępczości komputerowej do dziedzin uwzględnionych w art. 83 ust 1 TFUE unijny prawodawca wskazał właściwą procedurę stanowienia prawa w ramach harmonizacji prawa karnego materialnego<sup>60</sup>. Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony środkiem do tego wykorzystywanym były decyzje ramowe. Obecnie prace nad przyjmowaniem norm minimalnych w zakresie przestępczości w cyberprzestrzeni polegają na zastosowaniu zwykłej procedury ustawodawczej i przyjmowaniu aktów prawnych w formie dyrektyw<sup>61</sup>.

Na podstawie przywołanych czterech elementów do podstaw prawnych zwalczania cyberprzestępczości w UE należą również akty prawne dotyczące fałszowania i oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi, zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej, ochrony danych osobowych i prywatności oraz kradzieży tożsamości.

Aktem, który wyznacza minimalne wymogi określania znamion przestępstw związanych z fałszowaniem i oszustwami dotyczącymi wszelkich form bezgotówkowych środków płatniczych oraz ogólne zasady ponoszenia odpowiedzialności za ich popełnienie jest decyzja ramowa Rady 2001/413/WSiSW<sup>62</sup>. Głównym jej celem było uznanie czynów związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi, wskazanych w art. 2-4, za przestępstwa we wszystkich państwach członkowskich przy jednoczesnym określeniu skutecznych, proporcjonalnych i zniechęcających sankcji<sup>63</sup>. Decyzja ramowa, do-

<sup>59</sup> Wspólny Komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – Strategia bezpieczeństwa cybernetycznego..., s. 3.

<sup>60</sup> W. Perron, *Perspective of the Harmonization of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union*, [w:] E. J. Husabø, A. Strandbakken (red.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen 2005, s. 16.

<sup>61</sup> D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel i in., *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, art. 1-89, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 1227.

<sup>62</sup> Decyzja Ramowa Rady z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania fałszowania i oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi, 2001/413/WSiSW (Dz.Urz. UE L 149, s. 1).

<sup>63</sup> S. Miettinen, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Routledge, Abingdon 2013, s. 155.

tychczas niezmieniona<sup>64</sup>, stanowi jeden z wielu aktów i inicjatyw poświęconych walce z oszustwami w zakresie kart płatniczych, zgodnie z dwutorowym podejściem. Po pierwsze, poprzez harmonizację postanowień umownych regulujących stosunki między wystawcami kart a ich właścicielami oraz regulujących procedury dokonywania płatności. Drugi kierunek wiąże się określeniem skutecznych i zniechęcających kar za przestępstwa popełniane za pomocą kart płatniczych.

W raporcie z 2008 r. Komisja na podstawie dwóch sprawozdań w sprawie środków przyjętych przez państwa członkowskie w celu wdrożenia decyzji ramowej wskazała, że sankcje stosowane w niektórych państwach członkowskich są zbyt łagodne, by miały charakter zniechęcający<sup>65</sup>. Na tej podstawie Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny zalecił sprawdzenie, czy państwa członkowskie uwzględniły w swoich przepisach karnych rodzaje przestępstw określonych w decyzji ramowej Rady 2001/413/WSiSW<sup>66</sup>.

W końcu do aktów prawnych dotyczących ochrony użytkowników w cyberprzestrzeni należy zaliczyć dyrektywę w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej<sup>67</sup>. Rozwój technologii informatycznych ułatwił bowiem produkcję i dystrybucję zdjęć zawierających przejawy niegodziwego traktowania dzieci w celach seksualnych przy zachowaniu anonimowości przestępców i rozłożeniu odpowiedzialności pomiędzy różne jurysdykcje. Wychodząc naprzeciw temu problemowi, Komisja przedłożyła stosowny wniosek<sup>68</sup>. Przyjęta w 2011 r. dyrektywa<sup>69</sup>, poza ułatwieniem ścigania przestępstw przeciwko dzieciom, zastępuje decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW<sup>70</sup>. Powodem zmiany dotychczasowego aktu było przede wszystkim

---

<sup>64</sup> Zmiana wynikająca z art. 9 Protokół nr 36. Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej – Protokoły – Protokół (nr 36) w sprawie postanowień przejściowych (Dz.Urz. UE C 115, s. 322–326).

<sup>65</sup> Dokument roboczy służb Komisji Raport na temat oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi: realizacja planu działania 2004–2007, SEC(2008) 511.

<sup>66</sup> Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie walki z oszustwami i fałszerstwami dotyczącymi bezgotówkowych środków płatniczych, 2009/C 100/04 (Dz.Urz. UE C 100, s. 22).

<sup>67</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz.Urz. UE L 335, s. 1).

<sup>68</sup> Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, uchylająca decyzję ramową 2004/68/WSiSW, KOM(2010)94 wersja ostateczna.

<sup>69</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW.

<sup>70</sup> Decyzja ramowa Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. dotycząca zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (Dz.Urz. UE L 13, s. 44).

nieuwzględnienie problemu nowych form niegodziwego traktowania i wykorzystywania dzieci, które opierają się na technologiach informatycznych. Nowy akt uzupełnił realizowane lub dopiero wprowadzane w życie inicjatywy UE mające związek z przestępstwami seksualnymi popełnianymi wobec dzieci, szczególnie w zakresie zwalczania pornografii dziecięcej w Internecie<sup>71</sup> oraz ustanowienia wieloletniego programu wspólnotowego na rzecz promowania bezpieczniejszego korzystania z Internetu i nowych technologii sieciowych<sup>72</sup>. Zachowując spójność z programem na rzecz ochrony dzieci korzystających z Internetu<sup>73</sup>, ustanowionym w celu promowania bezpieczniejszego użytkowania Internetu i nowych technologii internetowych przez nieletnich, dyrektywa zmienia i rozszerza zakres przepisów decyzji ramowej 2004/68/WSiSW, uzupełniając je o nowe przestępstwa popełniane w środowisku technologii informacyjnych.

W rezultacie nastąpiła kryminalizacja nowych form przestępstw w postaci niegodziwego traktowania i wykorzystywania w celach seksualnych, których popełnienie ułatwia zastosowanie systemów technologii informacyjno-komunikacyjnej, w tym nagabywanie dzieci *online* w celach seksualnych za pośrednictwem portali internetowych sieci społecznościowych i czatroomów<sup>74</sup>. Zmienione zostały normy jurysdykcyjne w celu zapewnienia ścigania obywateli UE i osób mających w niej miejsce zwykłego pobytu, które wykorzystują seksualnie dzieci, nawet jeżeli popełnią przestępstwo poza UE – w ramach tzw. turystyki seksualnej. Dyrektywa została uzupełniona o nowe przepisy dotyczące ochrony pokrzywdzonych w ujęciu ogólnym w celu zapewnienia pokrzywdzonym łatwego dostępu do środków ochrony prawnej oraz wyeliminowania cierpień z powodu udziału w postępowaniach karnych.

Dyrektywa 2011/92/UE uzupełniła listę przestępstw ściganych w UE w ramach zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników cyberprzestrzeni o prawie dwadzieścia czynów zabronionych, wyznaczając przy tym wysokie standardy karania<sup>75</sup>. Podkreśla się też jej wymiar prewencyjny oraz edukacyjny – wspierający kampanie na rzecz zwiększania świadomości społecznej<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Decyzja Rady 2000/375/WSiSW z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie zwalczania pornografii dziecięcej w Internecie (Dz.Urz. UE L 138, s. 1).

<sup>72</sup> Decyzja 854/2005/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego programu wspólnotowego na rzecz promowania bezpieczniejszego korzystania z Internetu i nowych technologii sieciowych (Dz.Urz. UE L 149, s. 1).

<sup>73</sup> Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1351/2008/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego wspólnotowego programu ochrony dzieci korzystających z Internetu oraz innych technologii komunikacyjnych (Dz.Urz. UE, L 348, s. 118).

<sup>74</sup> Pkt 12 Dyrektywy 2011/92/UE.

<sup>75</sup> RAND, *Feasibility Study for a European Cybercrime Centre. Technical Report*, Brussels 2012, s. 28.

<sup>76</sup> Komisja Europejska, Komunikat prasowy. Parlament Europejski wspiera zaostrożenie przepisów dotyczących wykorzystywania seksualnego dzieci, s. 1.

## Podsumowanie

Oceniając osiągnięcia UE w kwestii ochrony cyberprzestrzeni, rok 2016 z pewnością można zaliczyć do przełomowych. Po kilkuletnich wysiłkach Komisji udało się wypracować konsensus wobec dyrektywy 2016/1148 oraz zakończyć prowadzoną od 2012 r. reformę polityki ochrony danych osobowych<sup>77</sup>. Stanowi to niewątpliwy postęp z uwagi na palące problemy wynikające z zagrożeń dla cyberprzestrzeni, zarówno dla sieci i informacji, jak i ich użytkowników. Przyjęte w 2016 r. akty prawne wejdą w życie bądź – w przypadku dyrektyw środki je implementujące – będą obowiązywały od 2018 r. Państwa członkowskie mają zatem półtora roku na dostosowanie swoich systemów prawnych, zanim ochrona cyberprzestrzeni zacznie funkcjonować według nowych zasad. Będzie to właściwy moment na dokonanie oceny tych aktów. Dopiero rok później Komisja zamierza ocenić spójność podejścia przyjętego przez państwa członkowskie, a w 2021 r. sporządzić pierwsze sprawozdanie w tym zakresie.

Oznacza to, że na wnioski trzeba poczekać. Jednak już na podstawie analizy aktów prawnych oraz inicjatyw podejmowanych w zakresie ochrony cyberprzestrzeni, na dotychczasowe wysiłki UE podjęte na rzecz ochrony cyberprzestrzeni należy spojrzeć z umiarkowanym optymizmem. Wątpliwości wkradają się bowiem z uwagi na przewlekłość prac UE, na co w obszarze rozwoju technologicznego unijny ustawodawca nie powinien sobie pozwalać. Trudno zignorować fakt, że tempo wprowadzania zmian w prawie UE nie odpowiada rozwojowi przestrzeni cyfrowej. Prawo, mimo że jest dynamiczne, to jednak zmienia się znacznie wolniej niż stosunki społeczne i gospodarcze.

Podsumowaniem powyższych rozważań niech zatem będzie pytanie: czy istnieje możliwość wprowadzenia takiego mechanizmu, który zapewni jednoczesną weryfikację i modyfikację rozwiązań prawnych dokonywanych paralelnie do analizy kierunków i tendencji rozwoju systemów TIK?

---

<sup>77</sup> Z uwagi na ramy artykułu problematyka ochrony danych osobowych w UE nie została omówiona w niniejszym materiale. W ramach reformy polityki ochrony danych osobowych w 2016 r. zostały przyjęte dwa akty: Rozporządzenie 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu tych danych oraz uchylająca dyrektywę 95/46 oraz Dyrektywa 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW.



## Literatura

- Bąkowski P., *Briefing. Cyber security in the European Union*, 130658REV1, European Parliamentary Research Service 12/11/2013, [online] <[www.europarl.europa.eu/eplibrary/Cyber-security-in-the-European%20Union.pdf](http://www.europarl.europa.eu/eplibrary/Cyber-security-in-the-European%20Union.pdf)>.
- Cavelty M.D., *A Resilient Europe for an Open, Safe and Secure Cyberspace*, "UI Occasional Papers", December 2013, nr 23.
- De Muyneck J., *The Directive on Attacks against Information Systems. A Good Practice Collection for the Implementation and Application of this Directive*, ENISA P/28/12/TCD, [online] <[www.enisa.europa.eu/publications/the-directive-on-attacks-against-information-systems/at\\_download/fullReport](http://www.enisa.europa.eu/publications/the-directive-on-attacks-against-information-systems/at_download/fullReport)>.
- Dion M., *Keeping Cyberspace Professionals Informed, The Law and Policy of protecting our critical information infrastructures*, CyberPro, Smithfield USA, December 2009, [online] <[www.nsci.va.org/WhitePapers/2009-12-CyberPro-Maeve%20Dion.pdf](http://www.nsci.va.org/WhitePapers/2009-12-CyberPro-Maeve%20Dion.pdf)>.
- Gillespie A.A., *Cybercrime: Key Issues and Debates*, Routledge, Oxon 2015.
- Hert P. de, Gonzales Fuster G., Koops B.-J., *Fighting Cybercrime in the Two Europes. The Added Value of the EU Framework Decision and the Council of Europe Convention*, *International Review of Penal Law*, [online] <[www.researchgate.net/publication/251058766\\_Fighting\\_cybercrime\\_in\\_the\\_two\\_Europes\\_The\\_added\\_value\\_of\\_the\\_EU\\_framework\\_decision\\_and\\_the\\_Council\\_of\\_Europe\\_convention](http://www.researchgate.net/publication/251058766_Fighting_cybercrime_in_the_two_Europes_The_added_value_of_the_EU_framework_decision_and_the_Council_of_Europe_convention)>.
- Klimburg A., *Cybersecurity and Cyberpower: Concepts, Conditions and Capabilities for Cooperation for Action within the EU*, European Parliament's Policy Department DG External Policies, Brussels 2011.
- Kulesza J., *Coraz bliżej unijnego cyberbezpieczeństwa*, [online] <<http://di.com.pl/coraz-blizej-unijnego-cyberbezpieczenstwa-53962>>.
- Lach A., *Współpraca w obszarze prawa karnego materialnego w ramach Rady Europy i Unii Europejskiej*, [w:] A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz (red.), *Europejskie prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Meulen N. van der, Jo E.A., Soesanto S., *Cybersecurity in the European Union and Beyond: Exploring the Threats and Policy Responses*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels 2015.
- Miąsik D., Półtorak N., Wróbel A. i in., *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz, t. 1, art. 1-89*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Miettinen S., *Criminal Law and Policy in the European Union*, Routledge, Abingdon 2013.
- Moise A.C., *Analysis of Directive 2013/40/EU on Attacks against Information Systems in the Context of Approximation of Law at the European Level*, "Journal of Law and Administrative Sciences", Special Issue, Bucharest 2015.
- Perron W., *Perspective of the Harmonization of Criminal Law and Criminal Procedure in the European Union*, [w:] E. J. Husabø, A. Strandbakken (red.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen 2005.
- Strikwerda L., *When Should Virtual Cybercrime Be Brought under the Scope of the Criminal Law?*, [w:] M.K. Rogers, K.C. Seigfried-Spellar (red.), *Digital Forensics and Cyber Crime. 4<sup>th</sup> International Conference, ICDF2C 2012, Lafayette, IN, USA, October 25-26, 2012*, Revised Selected Papers, Berlin 2013.
- Summers S., Schwarzenegger Ch., Ege G., Young F., *The Emergence of EU Criminal Law: Cyber Crime and the Regulation of the Information Society*, Hart Publishing, Oxford 2014.

- Turner M., Pantlin N., Pugh L., Young Ch., *EU Cyber Crime Directive Takes a Tougher Stance against Attacks on Information Systems*, Herbert Smith Freehills LLP 2013, [online] <[www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3863b21-3c3b-419e-8a8f-2b007acb3a10](http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d3863b21-3c3b-419e-8a8f-2b007acb3a10)>.
- Wessel R.A., *Towards EU Cybersecurity Law: Regulating a New Policy Field*, [w:] N. Tsagourias, R. Buchan (red.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing Cheltenham 2015.
- Wong R., *Data Security Breaches and Privacy in Europe*, Springer, London 2013.

## Summary

### *The European Union on the road to increase the protection of cyberspace – chosen legal issues)*

**Key words:** EU law, international law, cyberspace, cybercrime, Internet.

The European Commission in 2010 planned in total 14 actions<sup>78</sup> as a part of the cyberspace protection that might be divided in two directions, i.e. the development, the protection and the functionality of systems of information-communications technologies on the one hand as well as and ensuring the high level of security of users, including increasing the confidence in the Internet and operations conducted in it.

In frames of the first tract of action the Commission pointed out strengthening security policy in terms of the network and information and fighting cyberattacks on computer systems. In terms, the second direction was dedicated to among others carrying out an analysis on forming the European centre for cybercrime, strengthening the fight against crimes in cyberspace and cyberattacks on the international level, reinforcing the cybersecurity and creating the pan-European team of reacting to computer incidents.

Despite the six years passed since the starting point of that works, the European Union has still been trying to fulfil the assumptions and strive to develop the legal basis of cyberspace protection.

---

<sup>78</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions – The Digital Agenda for Europe - Driving European growth digitally, COM(2012) 784 final.

**Agnieszka Wedel-Domaradzka**

Instytut Historii i Stosunków Międzynarodowych

Wydział Humanistyczny Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego

## **Ochrona przed „nowoczesnym niewolnictwem” – współczesne uniwersalne i regionalne działania na rzecz ofiar handlu ludźmi**

### **Wprowadzenie**

Pomimo coraz bardziej intensywnych prac związanych z przeciwdziałaniem handlowi ludźmi, wciąż jest to – jak wskazują raporty ONZ<sup>1</sup> – zbrodnia zawstydzająca współczesny świat. Z tego względu ważne wydaje się ukazanie inicjatyw realizowanych zarówno przez państwa, jak i inne podmioty prawa międzynarodowego. Szczególną uwagę zwrócić należy na działania w zakresie przeciwdziałania handlowi ludźmi, wskazanie kierunków rozwoju współpracy i postulatywną wizję międzynarodowego sądownictwa.

Problematyka handlu ludźmi nie jest zagadnieniem nowym – od lat wzbudza duże zainteresowanie badaczy zajmujących się prawami człowieka czy prawem karnym<sup>2</sup>. Jednak z uwagi na dużą dynamikę uwarunkowań determinujących popełnianie tego typu przestępstw nadal wymaga działań o charakterze systematyzacyjnym, a nawet wskazania konkretnych zmian. Konieczna wydaje się analiza i systematyzacja rozwiązań prawnych, które mogą służyć ofiarom handlu ludźmi. Jest to motywowane faktem, że osoby te często nie mają świadomości przysługujących im praw, a nawet jeśli, to boją

<sup>1</sup> *The 2016 UNODC Global Report on Trafficking in Persons*, New York, 2016 oraz wcześniejsze wydane od 2009 r.

<sup>2</sup> Przykładowo: D. Charko, *Proceder handlu ludźmi*, „Prokurator” 2011, nr 3–4; W. Górowski, *Przestępstwo handlu ludźmi (wybrane zagadnienia)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12; K. Karzniczki, *Handel kobietami w Niemczech*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12; F. Radoniewicz, *Przestępstwo handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10; M. Dudzicz, *Handel ludźmi – zarys problematyki*, „Chorzowskie Studia Polityczne” 2014, nr 7; M. Pawłowski, *Międzynarodowe standardy ścigania handlu ludźmi i ochrony jego ofiar*, Warszawa 2014; M. Ligęza-Turlakiewicz, *Człowiek jako dobro extra commercium w przestępstwie handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 5; J. Markiewicz-Stanny, *Międzynarodowe zobowiązania Polski w zakresie zakazu niewolnictwa, poddaństwa i handlu istotami ludzkimi*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8.

się z nich korzystać, nie wierząc w efektywności wymiaru sprawiedliwości.

Odnosząc się do pierwszych regulacji prawnych, trzeba podkreślić, iż problem handlu ludźmi zaczął być identyfikowany na przełomie XIX i XX wieku. Początkowo jednak regulacje były dość mało precyzyjne i zróżnicowane, zaś akty prawne posługiwały się określeniem „handel białymi niewolnikami”<sup>3</sup> lub też (z uwagi na podmioty najczęściej objęte naruszeniami) „handel dziećmi i kobietami”<sup>4</sup>. Sam termin „handel ludźmi”<sup>5</sup> został doprecyzowany dopiero w 2000 r. podczas prac nad tzw. Protokołem z Palermo<sup>6</sup>. Kwestie definicyjne wydają się być istotne z powodu modyfikacji działań odnoszących się do handlu ludźmi, który to określany jest obecnie jako „nowoczesne” (czy jak w niektórych opracowaniach „współczesne”) niewolnictwo. Na czym polega owa „nowoczesność” czy też „współczesność”? Odnosi się ona do tego, że zmianie uległ charakter czynu. Nie mamy już do czynienia z realizacją uprawnień właścicielskich w stosunku do jednostki, czas trwania niewoli nie jest nieokreślony czy dożywotni, ofiary mogą otrzymywać pewne gratyfikacje za swoją pracę, jednak nie zmienia to faktu, że doszło do istotnego naruszenia ich praw. Należy też zauważyć, że pojęcie niewolnictwa w klasycznym, „właścicielskim” ujęciu zawężałoby rozumienie pojęcia „handel ludźmi”. Zwraca na to uwagę chociażby ETPC, wskazując, że wykorzystywanie siły roboczej to jedna z form wyzysku w ramach definicji handlu ludźmi<sup>7</sup>. Należy też wspomnieć, że zdecydowanie unowocześniły się metody popełniania tego przestępstwa: powstały zorganizowane grupy rekruterów, transporterów, pośredników i wreszcie odbiorców, do celów rekrutacyjnych stosuje się nowe technologie, a do fałszowania dokumentacji coraz nowocześniejszy sprzęt. To jednak nie tylko kwestie definicji czy obszerność regulacji są tutaj wiodące, a fakt, że handel ludźmi cechuje niska wykrywalność.

Współczesny świat – tak bardzo zglobalizowany i pozwalający na szybki i łatwy, a jednocześnie anonimowy kontakt między ludźmi – sprzyja tworzeniu się środowisk przestępczych, dla których handel ludźmi stanowi bardzo dochodowy proceder. Do tego dochodzi zróżnicowanie w poziomie życia i ko-

---

<sup>3</sup> Porozumienie międzynarodowe z 18 maja 1904 r. w sprawie zwalczania handlu białymi niewolnikami.

<sup>4</sup> Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi z dnia 30 września 1921 r. oraz Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji z dnia 21 marca 1950 r.

<sup>5</sup> Szerzej na temat definicji handlu ludźmi w aktach międzynarodowych: M.J. Sokołowska-Walewska, *Definicja handlu ludźmi na tle prawa międzynarodowego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5, oraz A. Sakowicz, *Przestępstwo handlu ludźmi z perspektywy regulacji międzynarodowych*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 3.

<sup>6</sup> U. Kozłowska, *Problematyka prawna – handel ludźmi w dokumentach międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę*, [w:] *Handel ludźmi w Polsce*. Materiały do Raportu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa 2007. W tym miejscu należy dodać, iż Rzeczpospolita Polska ratyfikowała ten dokument dopiero w 2003 r.

<sup>7</sup> Sprawa *Choudury i in. przeciwko Grecji* nr 21884/15, wyrok z dnia 30 marca 2017 r., [online] <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172365\\_s\\_93](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172365_s_93)> (dostęp: 10.08.2017).

nieczność zmiany miejsca zamieszkania w celu poszukiwania pracy, co sprawia, że nie brakuje ludzi chętnych do korzystania z nadarzających się „okazji”. Zasadne jest zatem, by inicjatywy przeciwdziałające handlowi ludźmi podejmowane były w wielu sferach, tak aby ustanowiony mechanizm był przede wszystkim skuteczny. Biorąc pod uwagę obowiązujące regulacje prawne oraz inicjatywy pozaprawne, należy podkreślić, iż obejmują one kilka kręgów.

Pierwszy to regulacje o charakterze uniwersalnym, powstające jako normy prawa międzynarodowego publicznego, następnie mamy regulacje o charakterze regionalnym, odnoszące się do wydzielonej części terytorium, takie jak regionalne standardy praw człowieka, w której to grupie znaczącą rolę odgrywać będą inicjatywy podjęte pod auspicjami Rady Europy. Inną, również regionalną, aczkolwiek specyficzną grupą regulacji są działania na rzecz ofiar podejmowane w ramach UE.

## Pozycja ofiary w standardach uniwersalnych

Ze współczesnych regulacji odnoszących się do handlu ludźmi i mających status dokumentów o charakterze uniwersalnym na uwagę zasługuje Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (tzw. Protokół z Palermo), uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>8</sup>. Założeniem twórców tejże regulacji było stworzenie instrumentu prawnego o charakterze uniwersalnym, którego postanowienia odnoszą się do wszystkich aspektów handlu ludźmi. Sam Protokół bardzo dokładnie precyzuje cele, dla jakich został opracowany. W myśl art. 2 należą do nich: zapobieganie i zwalczanie handlu ludźmi, ze szczególnym uwzględnieniem handlu kobietami i dziećmi; ochrona i pomoc ofiarom takiego handlu, przy pełnym poszanowaniu przysługujących im praw człowieka oraz rozwijanie współpracy pomiędzy państwami-stronami dla osiągnięcia tych celów.

Protokół, poza systematyzacją i unifikacją działań, ma jeszcze jedną bardzo istotną zaletę, a mianowicie wprowadza definicję zjawiska, jakim jest handel ludźmi. Zgodnie z jego postanowieniami, handel ludźmi oznacza werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub ko-

<sup>8</sup> Preambuła, Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15 listopada 2000 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 18, poz. 160).

rzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów (art. 3 pkt a).

Analizując zawarte w definicji czyny, należy podkreślić, że zostały one określone w bardzo szeroki sposób. Obejmują także działania mające na celu nakłonienie ofiary lub zmuszenie jej do poddania się woli sprawcy, przy jednoczesnym wskazaniu minimum przyczyn, dla których tego typu działania są podejmowane. Nie bez znaczenia jest fakt, że definicja uwzględnia wszystkie potencjalne ofiary handlu ludźmi, stanowiąc – z uwagi na swoją jednoznaczność, kompleksowość i brak luk – silne wsparcie na rzecz ograniczenia handlu ludźmi<sup>9</sup>. Zdecydowano się również na objęcie ochroną nawet tych ofiar, które zgodziłyby się na zamierzone wykorzystanie do czynów rozumianych jako handel ludźmi.

W sposób bardziej kompleksowy została też w protokole uregulowana kwestia udzielania pomocy i wsparcia ofiarom przestępstwa handlu ludźmi. Poza zobowiązaniami do ochrony prywatności i tożsamości, znalazło się wiele regulacji odnoszących się do zabezpieczenia sytuacji ofiary, takich jak zapewnienie realizacji podstawowej potrzeby bezpieczeństwa oraz pomocy o charakterze materialnym, medycznym czy psychologicznym. Państwa zobowiązały się do umożliwiania ofiarom, w zależności od potrzeb, kształcenia się lub zatrudnienia. W dokumencie zawarto też postanowienia odnoszące się do postępowań, poczynając od obowiązków informacyjnych, przez prawo do bycia wysłuchanym (w tym zapewnienie tłumaczeń), możliwość uzyskania porady (w szczególności w zakresie przysługujących ofierze praw) czy wreszcie umożliwienie uzyskania zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Nie pominięto również kwestii repatriacji, zapewniając, że państwa mają obowiązek ułatwienia i przyjęcia własnych obywateli, którzy byli przedmiotem handlu ludźmi. Powrót ten powinien uwzględniać standardy bezpieczeństwa i być – co wydaje się słabo zabezpieczone – w miarę możliwości dobrowolny.

Uznano, że dla ochrony ofiar handlu ludźmi istotne znaczenie mają działania profilaktyczne i informacyjne. Państwa zobowiązane zostały do polityk i programów, a także podjęcia działań na rzecz zapobiegania i zwalczania handlu, jak też ochrony ofiar przed ich ponownym wykorzystaniem. Przykładowe inicjatywy w tym zakresie obejmować mogą prowadzenie badań, kampanii informacyjnych i medialnych oraz podejmowanie inicjatyw społecznych

<sup>9</sup> J. G. Raymond, *The New UN Trafficking Protocol*, "Women's Studies International Forum" 2002, vol. 25, nr 5, s. 493–495, a także *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, Nowy Jork 2004, s. 259.

i gospodarczych. Natomiast organy ścigania i organy imigracyjne mają obowiązek ustalenia, czy osoby przekraczające lub usiłujące przekroczyć granicę państwa i posługujące się dokumentami podróży należącymi do innych osób lub bez dokumentów podróży są sprawcami lub ofiarami handlu ludźmi, a także informowania się wzajemnie o stwierdzonych naruszeniach dotyczących dokumentów, jak też środków i metod stosowanych przez zorganizowane grupy przestępcze zajmujące się handlem ludźmi (art. 10 pkt a Protokołu). Z pewnością jak na akt uniwersalny znalazło się w tym dokumencie dość dużo gwarancji, jednak nie są one wyczerpujące. Po pierwsze, brakuje procedury identyfikacji osoby jako ofiary handlu ludźmi, jak również rozwiązań skierowanych do grup szczególnie narażonych na ten proceder, czyli kobiet i dzieci. Zagwarantowano jedynie, że państwa, chroniąc ofiary handlu ludźmi, powinny brać pod uwagę ich wiek i płeć oraz szczególne potrzeby, zwłaszcza potrzeby dzieci (art. 6 ust. 4).

Drugi Protokół dodatkowy do Konwencji to Protokół przeciwko przemutowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną<sup>10</sup>. Choć przemyt migrantów nie jest zjawiskiem tożsamym z handlem ludźmi (wówczas wobec ofiar stosowane są różne formy przymusu), to jednak penalizacja związanych z nim czynów może pozostawać w ścisłym związku z wykorzystywaniem do pracy przymusowej<sup>11</sup>. Tym samym ważne są przewidziane przez II Protokół gwarancje niekaralności osób będących przedmiotem przemytu, jak również działania mające na celu zapewnienie im humanitarnego traktowania oraz wdrożenie mechanizmów chroniących je przed nieludzkim lub poniżającym traktowaniem.

W sferze dokumentów uniwersalnych na szczególną uwagę zasługuje Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r.<sup>12</sup> Po pierwsze, jest to dokument ratyfikowany przez największą liczbę państw na świecie, a po drugie, dotyczy dzieci, czyli tych podmiotów, które bardzo często stają się ofiarami nielegalnej adopcji, jak też komercyjnego wykorzystywania w sferze prostytucji, pornografii i pracy przymusowej<sup>13</sup>. Sama Konwencja nakazuje państwom-stronom podejmować kroki w celu przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlowi dziećmi dla jakichkolwiek celów i w jakiegokolwiek formie (art. 35 Konwencji). Dnia 25 maja 2000 r. Zgromadzenie

<sup>10</sup> Protokół przeciwko przemutowi migrantów drogą lądową, morską i powietrzną, uzupełniająca Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej (Dz.U. z 2005 r., nr 18, poz. 162); więcej na ten temat: J. G. Raymond, op. cit., s. 491–502.

<sup>11</sup> B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski (red.), *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 358 i nast.

<sup>12</sup> Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526).

<sup>13</sup> M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski, *Analiza przepisów prawa dotyczących zapobiegania i przeciwdziałania zjawisku handlu dziećmi*, Warszawa, 2010, [online] <[www.old.mcps.com.pl/plik.php?plik=Analiza\\_Prawna\\_handel.pdf](http://www.old.mcps.com.pl/plik.php?plik=Analiza_Prawna_handel.pdf)> (dostęp: 10.03.2017).

Ogólne ONZ przyjęło w Nowym Jorku Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii<sup>14</sup>. W dokumencie tym zdecydowano się na wprowadzenie definicji zjawiska, jakim jest handel dziećmi. Zgodnie z art. 2 Protokołu, oznacza on „jakiegokolwiek działanie lub transakcję, w drodze której dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek osobę lub grupę osób innej osobie lub grupie za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną rekompensatą”. Przesłstwo to zostało objęte tzw. represją wszechświatową, polegającą na tym, że państwa będące stronami Protokołu zobowiązały się do „pełnego objęcia swoim prawem kryminalnym lub karnym następujących czynności i działań, bez względu na to, czy przestępstwa takie popełnione zostały w tym kraju, czy też za granicą, przez pojedyncze osoby lub w sposób zorganizowany”. Państwa zobowiązały się również do bardzo szeroko zakrojonej wzajemnej pomocy. Działania pomocowe obejmować będą „prowadzenie śledztw lub postępowań karnych lub ekstradycyjnych wszczętych w związku z przestępstwami, w tym pomoc w zbieraniu w pozostających w ich dyspozycji dowodów niezbędnych dla tych postępowań” (art. 6).

W ramach swojej aktywności państwa-strony zobowiązały się także do podjęcia środków w celu ochrony praw i interesów ofiar praktyk zakazanych Protokółem na wszystkich etapach postępowania karnego. W szczególności działania te powinny obejmować obowiązki informacyjne na temat praw dzieci, działania mające na celu podkreślenie ich znaczenia jako podmiotów postępowania, w tym „umożliwienie przedstawienia i uwzględnienia opinii, potrzeb i trosk dzieci-ofiar w postępowaniach”. W zakresie ww. regulacji znajdują się również procedury traktowania dzieci jako świadków, a także działania na rzecz ochrony prywatności i tożsamości ofiar. W tym aspekcie istotną wydaje się identyfikacja dzieci jako ofiar handlu ludźmi (art. 8. ust. 1 e)<sup>15</sup>. Podkreślono konieczność ochrony przed zastraszaniem i zemstą. Nie bez znaczenia jest fakt, że państwa-strony mają podjąć środki, by zapewnić odpowiednie szkolenie, zwłaszcza prawne i psychologiczne, osób pracujących z ofiarami przestępstw (art. 8 ust. 4).

---

<sup>14</sup> Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz.U. z 2007 r., nr 76, poz. 494), na ten temat także S. Scarpa, *Child Trafficking: International Instruments to Protect the Most Vulnerable Victims*, „Family Court Review” 2006, vol. 44(3).

<sup>15</sup> Zob. także *United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council, Substantive Sess. 2002, U.N. Doc. E/2002/68/Add.1, s. 10–11.*



## **Standardy regionalne – działania na rzecz ofiar handlu ludźmi na kontynencie europejskim**

Standardy regionalne są związane głównie z dwoma podmiotami: Radą Europy oraz Unią Europejską. Podstawowym dokumentem, który powstał w ramach pierwszej z tych organizacji, jest Konwencja w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi<sup>16</sup>. W dokumencie tym odwołano się do Protokołu z Palermo, podając tę samą definicję handlu ludźmi i wyliczając zachowania sprawcy, zastosowane środki i cele. Podobnie nie ma znaczenia zgoda ofiar, a w przypadku dzieci karalność nie zależy od zastosowania wymienionych środków. Za istotną modyfikację dotychczasowych regulacji uznać trzeba wyraźne wskazanie, iż handel ludźmi nie jest tylko i wyłącznie przestępstwem o charakterze transgranicznym, a jego sprawcami mogą być również podmioty niedziałające w ramach przestępczości zorganizowanej (art. 2).

Osobne regulacje odnoszą się do penalizacji czynów związanych z handlem ludźmi, a odnoszących się do fałszowania dokumentów podróży lub tożsamości, podrabiania lub dostarczania takich dokumentów, zatrzymywania, usuwania, ukrywania, uszkodzania lub niszczenia dokumentów podróży lub tożsamości należących do innej osoby (art. 20).

Szereg obowiązków o charakterze pozytywnym z zakresu współdziałania z innymi podmiotami został nałożony na państwa-strony Konwencji. Po pierwsze, państwa mają obowiązek podjąć działania w sferze programowej, takie jak badania, informacje, kampanie uświadamiające, edukacyjne i promocyjne, inicjatywy społeczne i gospodarcze oraz programy szkoleniowe. Po drugie, muszą określić i wzmocnić działania w celu ustanowienia lub wzmocnienia koordynacji krajowej pomiędzy różnymi organami odpowiedzialnymi za zapobieganie i zwalczanie handlu ludźmi oraz podjąć działania, które mogą okazać się konieczne do umożliwienia legalnej migracji, w szczególności poprzez rozpowszechnianie dokładnych informacji o warunkach umożliwiających legalny wjazd i pobyt na jej terytorium. Po trzecie, państwa mają obowiązek podjęcia działań, które doprowadziłyby do zredukowania stopnia narażenia dzieci na stanie się ofiarami handlu.

Z uwagi na większe ryzyko zostania ofiarami omawianego przestępstwa szczególną ochroną zdecydowano się otoczyć dzieci. W stosunku do nich każda ze stron winna zadbać o należyte reprezentowanie (przez kuratora lub odpowiedni organ), ustalenie tożsamości i obywatelstwa oraz zlokalizowanie rodziny. W Konwencji znalazły się również zobowiązania do tego, by podjąć takie ustawodawcze lub inne działania, jakie mogą być konieczne do odzyskania równowagi fizycznej, psychicznej i społecznej. Pomoc ta powinna obej-

---

<sup>16</sup> Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (Dz.U. z 2009 r., nr 20, poz. 107).

mować co najmniej zapewnienie odpowiednich warunków życia, otoczenie pomocą psychologiczną i materialną, dostęp do pomocy medycznej w nagłych wypadkach, udzielenie poradnictwa i informacji na temat praw przysługujących ofiarom oraz dostępnych świadczeń w języku dla nich zrozumiałym, zaś dzieci winny mieć dostęp do edukacji. Ofiarom trzeba zapewnić pomoc tłumacza oraz umożliwić przedstawienie i rozpatrzenie ich praw i interesów na odpowiednim etapie postępowania karnego prowadzonego przeciwko sprawcom, jak też zadbać o bezpieczeństwo i ochronę ofiar (art. 12).

Istotne z punktu widzenia gwarancji prawnych jest podejście do problematyki ofiar handlu ludźmi. Podobnie jak w rozwiązaniach amerykańskich<sup>17</sup>, Konwencja gwarantuje wprowadzenie w prawodawstwie wewnętrznym trzydziestodniowego okresu przeznaczanego na powrót do równowagi oraz na zastanowienie się nad kierunkiem dalszego postępowania (tzw. prawo do namysłu). W szczególności chodzi tutaj o uwolnienie spod wpływu innych osób, które mogą zastraszać, szantażować, próbować wywrzeć wpływ na samo zgłoszenie przestępstwa czy też dalsze postępowania dowodowe. W okresie tym nie jest dopuszczalne podejmowanie jakichkolwiek działań, które mogłyby skutkować wydaniem nakazu wydalenia ofiary, a wręcz przeciwnie – sygnatariusze Konwencji zobowiązali się do umożliwienia im pozostania na własnym terytorium (art. 13 Konwencji).

Zgodnie z art. 15 Konwencji, ofiary mają prawo do odszkodowania oraz prawnego zadośćuczynienia. W tym celu państwo-strona zapewnia:

- a) od momentu pierwszego kontaktu z właściwymi organami – dostęp do informacji dotyczących stosownych postępowań sądowych i administracyjnych w języku dla ofiar zrozumiałym;
- b) w swoim prawie wewnętrznym – prawo do uzyskania bezpłatnej pomocy prawnej na warunkach określonych w jej prawie wewnętrznym;
- c) w swoim prawie wewnętrznym – prawo do uzyskania odszkodowania od sprawców.

Tak szerokie podejście gwarantuje nie tylko większą wykrywalność tego typu przestępstw, ale również większą efektywność karania sprawców. Po

---

<sup>17</sup> Mechanizm taki został przewidziany w regulacjach prawa USA – ofiarom handlu ludźmi przyznawana jest tak zwana T-visa, na podstawie której można pozostać na terenie Stanów Zjednoczonych i brać czynny udział w postępowaniu. Niestety, uzyskanie tego dokumentu jest bardzo trudne; w latach 2002–2003 wydano ich jedynie 300 na 14 500 zdiagnozowanych przypadków handlu ludźmi, więcej na ten temat: S.K. Mohajerin, *Human Trafficking: Modern Day Slavery in the 21<sup>st</sup> Century*, „Canadian Foreign Policy Journal” 2006, vol. 12, s. 128 i nast.; N. Jani, *Analyzing Legal Paradoxes in Anti-Trafficking Policies*, „Journal of Comparative Social Welfare” 2010, vol. 26, nr 1, s. 23–33; M.N. Bump, *Treat the Children Well: Shortcomings in the United States’ Effort to Protect Child Trafficking Victims*, „Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy” 2009, vol. 23, s. 78. W roku 2016 wydano ok 500 tego typu wiz, za: *Report of the Visa Office 2016*, [online] <<https://travel.state.gov/content/visas/en/law-and-policy/statistics/annual-reports/report-of-the-visa-office-2016.html>> (dostęp: 10.03.2017).

pierwsze dlatego, że ofiary przekonane będą o możliwości uzyskania pomocy, po drugie – będą nie tylko chętniej świadczyły przeciwko sprawcom, ale z uwagi na kompleksową pomoc ich zeznania i zarzuty będą odpowiednio i logicznie przedstawione i udokumentowane. Warto w tym miejscu podkreślić, iż szerokie podejście do problematyki handlu ludźmi przyjął też Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzekając w sprawie *Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji*<sup>18</sup>, uznał, że handel ludźmi narusza art. 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który to zakazuje niewolnictwa i pracy przymusowej. Jest to więc kolejna możliwość uzyskania ochrony prawnej.

Specyfika źródeł europejskiej integracji powodowała, że Unia Europejska przez wiele lat nie podejmowała problematyki handlu ludźmi. Nie oznacza to jednak, że na terytoriach państw członkowskich taki proceder nie miał miejsca, jednakże ściganie i karanie pozostawiano organom krajowym. W pierwszych regulacjach handel ludźmi był postrzegany przez Unię Europejską tak jak w systemie ONZ, czyli jako przestępstwo w sposób ścisły powiązane z przestępczością zorganizowaną<sup>19</sup>. Regulacje bezpośrednio odnoszące się do tego proceduru znalazły się dopiero w Traktacie z Amsterdamu<sup>20</sup>, który stanowi, że zapewnienie bezpieczeństwa w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości możliwe będzie poprzez „zapobieganie i zwalczanie przestępczości zorganizowanej lub innej, zwłaszcza terroryzmu, handlu ludźmi i przestępstw przeciwko dzieciom, nielegalnego handlu narkotykami oraz nielegalnego handlu bronią, korupcji i nadużyć finansowych” (art. 29 Traktatu). Pozostałe dokumenty w tej materii mają charakter prawodawstwa wtórnego.

W roku 1998 decyzją Rady<sup>21</sup> wprowadzono do Konwencji o Europolu definicję handlu ludźmi, która była dużo węższa, jeśli porównać ją z późniejszymi regulacjami – szczególnie z definicją zawartą w Protokole z Palermo. Przede wszystkim posługiwała się dość ogólnym pojęciem „poddania kontroli innych osób”, zawierała też mało precyzyjne pojęcie „intrygi” jako działania stanowiącego jeden ze sposobów popełnienia przestępstwa. Słabością definicji było również to, iż bardzo skupiała się na aspekcie seksualnym handlu ludźmi, całkowicie pomijając kwestię niewolnictwa czy transplantacji. Cztery lata później opublikowano kolejną decyzję Rady o charakterze ramo-

<sup>18</sup> Sprawa *Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji*, nr 25965/04, wyrok z dnia 7 stycznia 2010, [online] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96549>>, s. 200, 283 (dostęp: 10.03.2017).

<sup>19</sup> U. Kozłowska, *Problematyka prawna – handel ludźmi w dokumentach międzynarodowych...*

<sup>20</sup> Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty, [online] <[eur-lex.europa.eu/pl/treaties/dat/11997D/word/11997D](http://eur-lex.europa.eu/pl/treaties/dat/11997D/word/11997D)> (dostęp 10.03.2017).

<sup>21</sup> Decyzja Rady z dnia 3 grudnia 1998 r. uzupełniająca definicję kategorii przestępstw „handel ludźmi” w Załączniku do Konwencji o Europolu (Dz. Urz. WE, nr C 26/21).

wym<sup>22</sup>. W dokumencie tym odwołano się do ustaleń zawartych w Protokole z Palermo i zobowiązano państwa członkowskie do karania wszelkich czynów, które wypełniają znamiona przestępstwa handlu ludźmi – zgodnie z postanowieniami Protokołu. Decyzja określiła również minimalną karalność czynów dotyczących handlu ludźmi na 8 lat oraz wprowadziła odpowiedzialność osób prawnych.

W roku 2010 Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie zwalczania handlu ludźmi<sup>23</sup>. Wprawdzie dokument ten z punktu widzenia prawa międzynarodowego stanowi *soft law*, czyli jest niewiążący, to jednak o jego znaczeniu świadczy fakt przyjęcia go przez najbardziej legitymowaną z instytucji UE. W treści rezolucji odwołano się do podstawowych dokumentów z zakresu praw człowieka, wykorzystując je do przedstawienia koniecznych działań. Po pierwsze, stwierdzono, iż konieczne jest, aby Rada i Komisja opracowały stosowne działania zwalczające handel ludźmi, szczególnie w kontekście kryzysu gospodarczego i w odniesieniu do grupy najbardziej potrzebującej ochrony, czyli dzieci. Po drugie, na podmioty działające w ramach struktur UE nałożono obowiązek przedstawiania raportów z działań trzech najbardziej newralgicznych w tym zakresie agencji, czyli Eurojustu, Europolu i Fronteksu. Po trzecie, podkreślono znaczenie kampanii informacyjnych i uświadamiających, które powinny być przeprowadzane zarówno w państwach członkowskich, jak i w krajach trzecich. Po czwarte, wezwano do podjęcia działań mających na celu stworzenie kompleksowych ram prawnych obejmujących strategię polityczną na rzecz zwalczania cyberprzestępczości powiązanej z handlem ludźmi, a także w zakresie ustalania wysokości kar i innych sankcji związanych z popełnieniem tego przestępstwa. Wreszcie po piąte, zaapelowano o zwrócenie szczególnej uwagi na ofiary przestępstwa handlu ludźmi jako na te, w stosunku do których wsparcie państwa musi przybrać szczególne formy, takie jak:

- pozwolenie na pobyt,
- utrzymanie,
- dostęp do rynku pracy,
- zapewnienie bezpieczeństwa,
- usługi medyczne,
- usługi wsparcia specjalistycznego,
- pomoc prawna,
- kontakt z rodziną i uproszczona procedura łączenia z rodziną,
- dostęp do kształcenia dzieci.

---

<sup>22</sup> Decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej (2002/629/WSiSW) z 19 lipca 2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz. Urz. WE, L 203/1).

<sup>23</sup> Parlamentu Europejskiego z dnia 10 lutego 2010 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz. Urz. UE, C 341 E/18).

W preambule dyrektywy przyjętej w 2011 r.<sup>24</sup> podkreślono, iż „handel ludźmi jest poważnym przestępstwem, popełnianym często w ramach przestępczości zorganizowanej i z rażącym naruszeniem praw podstawowych, wyraźnie zakazanym przez Kartę Praw Podstawowych. Zapobieganie handlowi ludźmi i zwalczanie tego procederu jest priorytetem dla Unii i państw członkowskich”. Na potrzeby dyrektywy wprowadzono również zakres penalizowanych czynów, określając je jako „werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób, w tym wymiana lub przekazanie kontroli nad tymi osobami, z zastosowaniem groźby lub przemocy bądź innych form przymusu, uprowadzenia, oszustwa, podstępu, poprzez nadużycie uprawnień lub wykorzystanie sytuacji bezbronności, lub też wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby sprawującej kontrolę nad inną osobą, w celu wyzysku”. Jednocześnie zdefiniowano sytuację bezbronności jako stan, „gdy dana osoba nie ma innego – realnego lub możliwego do zaakceptowania – wyboru niż poddanie się nadużyciu”. Karalnością objęto podżeganie, pomocnictwo i usiłowanie popełnienia wskazanych czynów. Dyrektywa ustanawia wymiar kary za te przestępstwa – co najmniej pięć lat pozbawienia wolności. Zawiera również wskazanie, aby na co najmniej 10 lat pozbawienia wolności skazywano sprawców w przypadku stwierdzenia następujących okoliczności obciążających związanych z popełnieniem przestępstwa. Zaliczono do nich popełnienie przestępstwa: przeciwko ofierze, która była szczególnie bezbronna (obejmuje to w szczególności ofiary będące dziećmi), w ramach organizacji przestępczej poprzez działanie umyślne lub niedbalstwo narażono życie pokrzywdzonego, z użyciem poważnej przemocy lub wyrządzenie pokrzywdzonemu szczególnie dotkliwej szkodę.

Podobnie jak wcześniejsze regulacje, dyrektywa zawiera wskazanie, aby karalności podlegały także osoby prawne odnoszące korzyść z popełnionego przestępstwa handlu ludźmi. W odróżnieniu jednak od decyzji ramowej Rady w dyrektywie znajdziemy również katalog kar, jakim podlegać mają osoby prawne. Istotnie rozbudowano również część poświęconą ochronie ofiar. Przede wszystkim podkreślono, iż zasługują one na pomoc i wsparcie zarówno przed rozpoczęciem postępowania karnego, w jego trakcie i przez odpowiedni czas po jego zakończeniu

Ponadto państwa mają za zadanie zadbać o wprowadzenie mechanizmów, które pozwoliłyby na identyfikację ofiar i szybkie udzielanie im wsparcia przy zachowaniu zasady zgody ofiary na określone działania. Działania pomocowe obejmować powinny „zapewnienie standardu życia gwarantującego ofierze środki utrzymania, w formie odpowiedniego i bezpiecznego zakwa-

---

<sup>24</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE nr L 101/1).

terowania i pomocy materialnej, jak również potrzebnej opieki medycznej, w tym pomocy psychologicznej, doradztwa i informacji, a w odpowiednich przypadkach – także usług tłumaczy” (art. 11 dyrektywy). Za szczególnie ważne należy uznać rozbudowanie sfery ochrony przed powrotem do rozpałmiętywania traumatycznych przeżyć poprzez ograniczenie zbędnego powtarzania przesłuchań w trakcie śledztwa, zbędnych pytań dotyczących życia prywatnego czy nawet kontaktu wzrokowego ofiary z oskarżonymi, także w trakcie składania zeznań.

Osobne regulacje przewidziano w zakresie pomocy dzieciom jako ofiarom przestępstwa handlu ludźmi. Uznano m.in. za niezbędne wyznaczenie dla każdego z nich własnego przedstawiciela, chyba że możliwe będzie by dziecko reprezentowane było przez osobę sprawującą w stosunku do niego władzę rodzicielską. Wprowadzono również dwie gwarancje na etapie postępowania przygotowawczego, wskazując, iż przesłuchania dzieci-ofiar powinny odbywać się bez nieuzasadnione zwłoki, a w razie potrzeby w specjalnie przygotowanych pomieszczeniach i z udziałem specjalistów. Zwrócono uwagę na konieczność ograniczenia liczby przesłuchań do niezbędnego minimum, jak też zapewnienia, by przesłuchaniom takim towarzyszyła zawsze osoba, która jest przedstawicielem dziecka lub została przez nie wybrana.

Dostrzegając znaczenie zapobiegania przestępstwom, dyrektywa precyzuje również szereg obowiązków o charakterze prewencyjnym. Zaliczyć do nich należy dbałość o szkolenia na temat handlu ludźmi, szczególnie w ramach tych grup zawodowych i społecznych, które mają szansę zetknąć się z ofiarami, jak też konieczność podjęcia współpracy z organizacjami pozarządowymi i wspólne organizowanie kampanii mających na celu uświadamianie, badanie i edukowanie w celu podniesienia świadomości społecznej.

Ofiary handlu ludźmi są beneficjentami gwarancji zawartych w Dyrektywie ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw<sup>25</sup>. Akt ten nie jest wprawdzie dedykowany ofiarom handlu ludźmi, ale część z jego postanowień – co podkreśla preambuła – jest dla nich szczególnie istotna. Wśród gwarancji przewidzianych dla ofiar przestępstw znalazły się prawo do rozumienia i bycia rozumianym, które ma być realizowane w kontaktach z organami państwa, prawo do otrzymywania informacji zarówno na temat możliwego zakresu pomocy, jak i toczącej się z ich inicjatywy sprawy. Szczegółowo odniesiono się również do gwarancji wsparcia, które powinno być realizowane przez bezpłatne i poufne specjalistyczne służby. Przewidziany przez dyrektywę zakres ich działania obejmuje doradztwo w zakresie korzystania z krajowych systemów odszkodowań, przygotowanie

---

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

i pomoc podczas procesu sądowego, udzielanie informacji o wszelkich możliwych systemach wsparcia (socjalnego, psychologicznego, finansowego), jak również ochronę przed wtórną i ponowną wiktymizacją, zastraszeniem oraz odwetem ze strony sprawców przestępstwa. Należy uznać, że podejście, które prowadzi do ujednoczenia procedur w ramach pomocy ofiarom przestępstw, z jednoczesnym uwzględnieniem – co jest często podkreślane w tekście dyrektywy – potrzeb szczególnych grup, ma szansę zagwarantować, że udzielana pomoc będzie skuteczna i umożliwi ofiarom powrót do normalnego życia. Jak wynika z raportu Europolu<sup>26</sup>, istotne jest zniwelowanie różnic między systemami krajowymi w zakresie pomocy i identyfikacji ofiar.

Warto podkreślić, że Komisja, określając strategię europejską na rzecz wyeliminowania handlu ludźmi na lata 2012–2016<sup>27</sup>, przyjęła pięć priorytetów, wokół których mają skupiać się działania państw. Należą do nich: rozpoznawanie ofiar handlu ludźmi, chronienie ich i udzielanie im pomocy, lepsza prewencja w zakresie handlu ludźmi, intensywniejsze ściganie handlarzy, ściślejsza koordynacja i współpraca z najważniejszymi podmiotami oraz spójność strategii, większa wiedza o pojawiających się nowych problemach związanych ze wszystkimi formami handlu ludźmi oraz skuteczniejsza reakcja na te problemy. Przyjmując, iż Unia Europejska dysponuje mechanizmami zapewniającymi efektywność podejmowanych w ramach jej prawodawstwa działań, należy uznać, iż wskazane w priorytetach oraz w dyrektywie z 2011 r. działania zostały osiągnięte w większości państw<sup>28</sup>.

## Podsumowanie

Odnosząc się do mechanizmów zabezpieczenia praw ofiar handlu ludźmi, należy zauważyć, że z punktu widzenia regulacji prawnych zarówno system uniwersalny, jak i system regionalny są przygotowane do wdrażania skutecznych mechanizmów ochronnych. Niestety, nawet przy uznaniu, że dla typowych przypadków wykorzystania łatwowierności czy też porwania regulacje mogą być skuteczne, to jednak wciąż pojawiają się nowe problemy, na które prawodawstwo nie jest w pełni przygotowane.

---

<sup>26</sup> *Situation Report Trafficking in human beings in the EU*, The Hague, 2016, ref no: 765175, [online] <[www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu](http://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu)> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>27</sup> *The EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*, [online] <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0286>> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>28</sup> Report from the Commission to the European Parliament and the Council assessing the extent to which Member States have taken the necessary measures in order to comply with Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims in accordance with Article 23 (1), Brussels, 2.12.2016, COM(2016) 722 final.

Po pierwsze, należy stwierdzić, że brakuje mechanizmów dedykowanych poszkodowanym w szczególnie trudnym położeniu. O ile udało się opracować regulacje poświęcone dzieciom, o tyle brakuje działań na rzecz kobiet oraz osób w złym stanie zdrowia. Grupy te są szczególnie narażone na marginalizację i nieodpowiednie dobranie środków pomocowych nawet w przypadku stwierdzenia, że są ofiarami handlu ludźmi. Chociaż gwarancje przewidują powrót ofiar do ich państw pochodzenia, to europejski system ochrony praw człowieka przyjmuje humanitarne podejście do osób chorych i sprzeciwia się decyzjom o powrocie osób, które nie mogłyby liczyć we własnym państwie na odpowiednią opiekę<sup>29</sup>.

Drugi problem to wciąż zbyt mało mechanizmów sprzyjających aktywności organizacji pozarządowych. Należy pamiętać, że ofiary handlu ludźmi mają niewielki stopień zaufania do organów państwa, tym samym o wiele łatwiej byłoby im współpracować z osobami rekrutującymi się niejako „spoza systemu”. W dalszych etapach pomocy – już po zdobyciu zaufania i upewnieniu się, że ofiara czuje się bezpieczna – istotne byłoby skorzystanie ze wsparcia pracowników pomocy społecznej<sup>30</sup>.

Po trzecie, systemy prawne, tak uniwersalne, jak i regionalne, muszą być przygotowane na nowe formy handlu ludźmi. Pojawiające się praktyki surogacyjne czy adopcja ze wskazaniem w państwach, w których brak jest stosownych regulacji, mogą prowadzić do poważnych nadużyć. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem przestępstwa jest tutaj dziecko, często bardzo małe i niemające świadomości zaistniałych naruszeń, trudno zapewnić mu efektywną ochronę. Należy też pamiętać, że w praktyce pojawia się kwestia powiązania handlu ludźmi z działalnością zorganizowanych grup przestępczych, które nie tylko zajmują się pośrednictwem czy wykorzystywaniem kobiet w celach prostytucyjnych, ale również organizują działania (będące swoistym „efektem domina”) polegające na handlu dziećmi kontrolowanych przez siebie prostytutek. W grupie zagrożeń pojawiają się także sytuacje nadzwyczajne, szczególnie działania wojenne i klęski żywiołowe. Sprzyjają one powstawaniu chaosu, który bezwzględnie wykorzystywany jest przez handlarzy. Podają się oni za pracowników szpitali czy podmiotów opiekuńczych, zdobywają zaufanie dzieci, a następnie je wywożą<sup>31</sup>. Kolejnym zagadnieniem jest problematyka handlu narządami, która może stanowić – jak

---

<sup>29</sup> Między innymi wyroki ETPC w sprawach: *D. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 30240/96 wyrok z dnia 2 maja 1997 r.; *S.J. przeciwko Belgii* skarga nr 70055/10, wyrok (skreślenie z listy) z dnia 19 marca 2015.

<sup>30</sup> Takie wsparcie zostało uznane za pożądane przy ocenie polskich regulacji, *Compendium of Good Practices on the Implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Council of Europe, 2017, s. 17.

<sup>31</sup> M. Pomarańska-Bielecka, M. Wiśniewski, op. cit.



w przypadku sprawy z 2010 r. – regularne źródło dochodu kliniki transplontologicznej<sup>32</sup>.

Należy też wskazać na konieczność prowadzenia kampanii szkoleniowych i informacyjnych, tak by dane osoby zostały zauważone jako ofiary handlu ludźmi. Często brak jest takiej świadomości i ofiary handlu ludźmi, które znajdują się na terytorium innego państwa nielegalnie, nie znają ani języka, ani kultury danego obszaru, a z uwagi na rodzaj działań, do jakich są wykorzystywane, często też przepełnione są uczuciem zawstydzienia, nie mają szans zostać dostrzeżone. Wspomniane w treści opracowania przysługujące im prawa można by zamknąć w jednym: prawie do bycia ofiarą. To właśnie ten aspekt, mający swoje źródło w fundamentalnej zasadzie poszanowania godności ludzkiej, pozwoli nie tylko na uzyskanie sprawiedliwego wyroku dla sprawców, ale także umożliwi ofierze handlu ludźmi powrócić do normalnego życia.

## Literatura

- Allain J., *Commentary, Trafficking of Persons for Removal of Organs and the Admission of Guilt of a South African Hospital, The State v. Netcare Kwa-Zulu (Pty) Limited*, “Medical Law Review” 2011, nr 19.
- Bump M.N., *Treat the Children Well: Shortcomings in the United States’ Effort to Protect Child Trafficking Victims*, “Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy” 2009, vol. 23.
- Charko D., *Proceder handlu ludźmi*, „Prokurator” 2011, nr 3–4.
- Górowski W., *Przestępstwo handlu ludźmi (wybrane zagadnienia)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12.
- Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R. (red.), *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Dudzic M., *Handel ludźmi – zarys problematyki*, „Chorzowskie Studia Polityczne” 2014, nr 7.
- Jani N., *Analyzing Legal Paradoxes in Anti-Trafficking Policies*, „Journal of Comparative Social Welfare” 2010, vol. 26, nr 1.
- Karsznicki K., *Handel kobietami w Niemczech*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 12.
- Kozłowska U., *Problematyka prawna – handel ludźmi w dokumentach międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę*, [w:] *Handel ludźmi w Polsce*. Materiały do Raportu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa 2007.
- Ligeża-Turlakiewicz M., *Człowiek jako dobro extra commercium w przestępstwie handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 5.
- Markiewicz-Stanny J., *Międzynarodowe zobowiązania Polski w zakresie zakazu niewolnictwa, poddaństwa i handlu istotami ludzkimi*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8.

---

<sup>32</sup> J. Allain, *Commentary, Trafficking of Persons for Removal of Organs and the Admission of Guilt of a South African Hospital, The State v. Netcare Kwa-Zulu (Pty) Limited*, “Medical Law Review” 2011, nr 19, s. 117–118.

- Mohajerin S.K., *Human Trafficking: Modern Day Slavery in the 21<sup>st</sup> Century*, „Canadian Foreign Policy Journal” 2006, vol. 12.
- Pawłowski M., *Międzynarodowe standardy ścigania handlu ludźmi i ochrony jego ofiar*, Warszawa 2014.
- Pomarańska-Bielecka M., Wiśniewski M., *Analiza przepisów prawa dotyczących zapobiegania i przeciwdziałania zjawisku handlu dziećmi*, Warszawa, 2010, [online] <[www.old.mcps.com.pl/plik.php?plik=Analiza\\_Prawna\\_handel.pdf](http://www.old.mcps.com.pl/plik.php?plik=Analiza_Prawna_handel.pdf)>.
- Radoniewicz F., *Przestępstwo handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10.
- Raymond J.G., *The New UN Trafficking Protocol*, “Women’s Studies International Forum” 2002, vol. 25, nr 5.
- Sakowicz A., *Przestępstwo handlu ludźmi z perspektywy regulacji międzynarodowych*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 3.
- Scarpa S., *Child Trafficking: International Instruments to Protect the Most Vulnerable Victims* „Family Court Review” 2006, vol. 44(3).
- Sokołowska-Walewska M.J., *Definicja handlu ludźmi na tle prawa międzynarodowego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5.

## Summary

### ***Protection against “modern slavery” – contemporary universal and regional activities for victims of human trafficking***

**Key words:** human trafficking, victim, organized crime.

The article contains an overview and analysis of the most important legal instruments in the field of prevention of human trafficking in terms of regulations on the rights of victims. The problem of human trafficking is not a new one, but each year its dimension changes. Thanks to the development of new forms and new ways of recruiting and the signs and scope of criminal acts are also changing. The aim of the work is to highlight the multidimensional initiatives, but also to draw attention to the need to integrate action at the universal and regional levels (European example).

**Joanna Jarecka**

doktorantka

Katedra Postępowania Karnego i Kryminalistyki

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

## **Kryminalna analiza zjawiska „odwróconego łańcucha dystrybucji leków”**

Handel lekami ewoluował wraz z nowymi osiągnięciami w dziedzinie medycyny. Nie ulega wątpliwości, iż odkrycia naukowe skutkowały rozwojem sektora farmaceutycznego, zaś przystępowanie nowych państw do Unii Europejskiej poszerzało rynek zbytu leków na zasadzie swobody przepływu towarów. W niniejszym artykule podjęto próbę zanalizowania zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji leków, wskazując przy tym na niebezpieczeństwa związane z tym procederem. Niefortunne rozwiązania legislacyjne mogą stać się przyczyną złagodzenia prawa, a w konsekwencji prowadzić do zwiększenia pewności siebie przestępców i wzrostu liczby czynów zabronionych. W podsumowaniu przedstawione zostaną propozycje zmian prowadzących do poprawy sytuacji na rynku farmaceutycznym.

Prawidłowa dystrybucja leków powinna rozpoczynać się od producenta, następnie lek powinien być przekazywany do hurtowni, potem do apteki i na końcu trafić do pacjenta. Od momentu wstąpienia Polski do Unii Europejskiej w 2004 r.<sup>1</sup> możliwa stała się współpraca z innymi państwami UE w ramach tzw. importu równoległego leków, tj. sprowadzania ich z państw, gdzie są one tańsze, do państw, gdzie kosztują więcej<sup>2</sup>. To legalna procedura opierająca się na zasadzie swobodnego przepływu towarów w Unii Europejskiej.

Leki w Polsce są stosunkowo tanie i z jednej strony to oczywiście dobrze, bo pacjenci mają dostęp do tańszego leczenia, z drugiej jednak strony ten stan rzeczy stwarza wiele zagrożeń. Dla zdrowia i życia pacjentów niebezpieczny jest tzw. odwrócony łańcuch dystrybucji leków. To pojęcie powstało na określenie nieprawidłowego kierunku przepływu produktów leczniczych,

<sup>1</sup> P. Szetela, *Import równoległy produktów leczniczych w Polsce – 10 lat doświadczeń i rozwoju*, „Zarządzenie Publiczne” 2015, nr 2 (30), s. 207–222.

<sup>2</sup> A. Zimmermann, P. Malach, *Import równoległy produktów leczniczych*, „Prawo w Farmacji” 2009, nr 8(65), s. 535.

np. od apteki do hurtowni i leki, które powinny trafić do pacjentów, trafiają na eksport<sup>3</sup>. Z prawnego punktu widzenia jest to nielegalna praktyka pozyskiwania środków leczniczych na eksport i polskie prawo zabrania aptekarzom sprzedawania leków do hurtowni. Jednakże przestępcy, stosując różnego rodzaju triki, próbują obejść ten zakaz. Na przykład twierdzą, iż leki zostaną poddane utylizacji w związku z niewłaściwym przechowywaniem lub wycofano je do hurtowni na skutek błędów w zamówieniach<sup>4</sup>. Zdarzało się również wykupowanie leków przez „pacjentów” zaopatrzonych w całe pliki recept. Najbardziej bulwersującym zjawiskiem jest tworzenie fikcyjnych przychodni lekarskich tylko w tym celu, aby pozyskać konkretne leki poprzez zgłoszenie na nie zapotrzebowania. Takie podmioty medyczne z założenia nie mają na celu przyjmowanie pacjentów, a jedynie pozyskiwanie medykamentów<sup>5</sup>.

Czym skutkuje odwrócony łańcuch dystrybucji leków? Może doprowadzić do tego, że na rynku zabraknie środków ratujących zdrowie i życie pacjentów, a nawet z powodu niedostępności danego leku trzeba będzie przesunąć terminy zabiegów operacyjnych. Zwłaszcza pacjenci chorujący na przewlekłe choroby mogą czuć się zagrożeni.

## **Przyczyny występowania zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji środków leczniczych**

Główną przyczyną tego zjawiska jest oczywiście stosunkowo niska cena leków w Polsce. Prawo ma chronić obywateli przed nadmiernym wywożeniem środków leczniczych z kraju, jednakże ograniczenia te przyczyniły się do rozwoju szarej strefy i nielegalnego pozyskiwania leków w celach eksportowych. Niestety proceder ten jest trudny do wykrycia. Do Głównego Inspektora Farmaceutycznego zaczęły docierać informacje, iż pomimo zwiększenia ilości pewnych leków w Polsce, w niektórych regionach są one bardzo trudno dostępne.

Penalizacja zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji środków leczniczych odbywa się na mocy ustawy – Prawo farmaceutyczne<sup>6</sup>. Stanowi ona, iż zakazane jest zbywanie produktów leczniczych przez aptekę ogólnodostępną lub punkt apteczny hurtowni farmaceutycznej innej aptece ogólnodostępnej lub innemu punktowi aptecznemu (art. 86a).

---

<sup>3</sup> Zob. [online] <[www.poradnikzdrowie.pl/aktualnosci/archiwum/brak-leku-w-aptece-winnym-odwrocony-lancuch-dystrybucji\\_42555.html](http://www.poradnikzdrowie.pl/aktualnosci/archiwum/brak-leku-w-aptece-winnym-odwrocony-lancuch-dystrybucji_42555.html)>.

<sup>4</sup> D. Najmoła, K. Liszewski, *Eksport – import równoległy a odwrócony łańcuch dystrybucji leków*, „Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny” 2016, nr 3(28), s. 20.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2142).

## **Próby uniknięcia odpowiedzialności karnej przez przestępców**

W momencie, gdy opisany proceder zostaje wykryty, przestępcy próbują doprowadzić do wygaszenia zezwoleń na prowadzenie hurtowni farmaceutycznych oraz aptek. Działanie takie stanowi oczywistą próbę obejścia prawa<sup>7</sup>. Nawet po zawieszeniu działalności takich podmiotów i tak często prowadzą one nielegalny proceder. Nie oznacza to jednak, iż leki fizycznie trafiają z jednej placówki do następnej. Często „wędrówka” ta odbywa się wyłącznie na papierze<sup>8</sup>. W zasadzie nie wiadomo, w jakich warunkach i w jaki sposób trafiają one dalej. Dlatego kupowanie leków z importu równoległego może wiązać się z ryzykiem. W większości przypadków pacjenci nie mają nawet świadomości, czym jest i jak wygląda import równoległy leków. Przestępcy hurtownie farmaceutyczne zakładali nawet w lokalach, które miały zaledwie 20 m<sup>2</sup>. To świadczy o dużej zuchwałości i poczuciu bezpieczeństwa osób zajmujących się tym procederem<sup>9</sup>.

Inną metodą „wędrówki leków” jest fikcyjne przesuwanie środków medycznych pomiędzy kilkoma aptekami należącymi do jednego właściciela. W ten sposób tworzy się swego rodzaju sieć, która ma na celu zbieranie leków, a następnie przekazywanie ich do hurtowni. Przestępcy stosują również metodę wystawiania fikcyjnych faktur w celu ukrycia rzeczywistego obrotu środkami farmaceutycznymi. Oprócz faktur sprzedaży danego produktu leczniczego, niemalże w tym samym momencie wystawiane są faktury korygujące – informujące o tym, iż nastąpił zwrot. W rzeczywistości leki nie opuszczają hurtowni, a jedynie są przedmiotem fikcyjnego obrotu „na papierze”. Faktury mają za zadanie ukryć rzeczywisty kierunek przepływu leków.

## **Ściganie przestępczości związanej z importem równoległym leków**

Opisywany proceder pojawił się w Polsce stosunkowo niedawno, w momencie wejścia Polski do Unii Europejskiej. W związku z powyższym podmioty powołane do zwalczania przestępczości farmaceutycznej miały mało czasu, aby wypracować odpowiednie struktury do walki ze zjawiskiem odwróconego łańcucha dystrybucji leków. W grudniu 2013 r. podpisane zosta-

---

<sup>7</sup> Zob. [online] <<http://supernowosci24.pl/na-lekach-zarabiaja-lepiej-niz-na-narkotykach/>>.

<sup>8</sup> Zob. [online] <<http://nie.com.pl/archiwum/leki-uciekaja-z-apteki/>>.

<sup>9</sup> Zob. [online] <[http://wyborcza.pl/1,76842,17665401,Pierwsza\\_aptekarka\\_skazana\\_za\\_handel\\_lekami\\_z\\_hurtowniami.html](http://wyborcza.pl/1,76842,17665401,Pierwsza_aptekarka_skazana_za_handel_lekami_z_hurtowniami.html)>.

ło porozumienie pomiędzy Generalnym Inspektorem Kontroli Skarbowej a Głównym Inspektorem Farmaceutycznym dotyczące wymiany informacji i współpracy między organami kontroli skarbowej a Państwową Inspekcją Farmaceutyczną<sup>10</sup>. Do tego czasu Urzędy Kontroli Skarbowej mogły odmówić przekazania informacji do GIF-u, zasłaniając się tajemnicą skarbową.

Z informacji przedstawionych na stronie Najwyższej Izby Kontroli wynika, iż przed wprowadzeniem ustawy potocznie zwanej „antywywozową” niekontrolowany wywóz leków refundowanych osiągnął nieakceptowalny społecznie poziom i uniemożliwił zapewnienie pacjentom stałego dostępu do ważnych produktów leczniczych, których brak może doprowadzić do zagrożenia ich zdrowia i życia<sup>11</sup>. Najwyższa Izba Kontroli wskazuje, iż nie było odpowiedniego monitoringu tego, czy dany lek ratujący zdrowie i życie jest dostępny w Polsce. Dopiero 1 stycznia 2017 r. wprowadzono Zintegrowany System Monitorowania Obrotu Produktami Leczniczymi. Pozwoli on na sprawdzenie i przesłedzenie dostępności leku na danym obszarze<sup>12</sup>.

Czy ustawę antywywozową należy zatem ocenić pozytywnie? W ocenie autorki nie do końca. Krytycznie należy ocenić depenalizację art. 127 prawa farmaceutycznego (Dz.U. z 2008 r. nr 45, poz. 271 ze zm.). Wprowadzanie złagodzenia odpowiedzialności karnej lub jej całkowite zniesienie w przypadku przestępstwa, które może mieć konsekwencje dla zdrowia i życia społeczeństwa, jest niezasadne, a nawet absurdalne. W rzeczywistości depenalizacja przepisu znacznie poprawiła sytuację osób, przeciwko którym toczyły się procesy na mocy tego artykułu, gdyż te sprawy trzeba było umorzyć. Stało się tak właśnie dlatego, że art. 127 prawa farmaceutycznego przestał być przepisem karnym.

Brzmienie rzezonego przepisu przed zmianą: „Kto bez wymaganego zezwolenia podejmuje działalność w zakresie prowadzenia: 1) hurtowni farmaceutycznej lub 2) apteki ogólnodostępnej, lub 3) punktu aptecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Obecne brzmienie art. 127: „1. Karze pieniężnej podlega ten, kto bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom wykonuje działalność w zakresie prowadzenia: 1) hurtowni farmaceutycznej lub 2) apteki ogólnodostępnej lub 3) punktu aptecznego. 2. Karę pieniężną, o której mowa w ust. 1, wymierza się w wysokości do 500 000 zł, uwzględniając okoliczności oraz zakres naruszenia przepisów ustawy”.

Dodany art. 127d: „Kary pieniężne, o których mowa w art. 127, art. 127b i art. 127c, nakłada Główny Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji.

<sup>10</sup> Zob. [online] <[www.gif.gov.pl/pl/aktualnosci/731,Odwrocony-lancuch-pytania-i-odpowie-dzi.html](http://www.gif.gov.pl/pl/aktualnosci/731,Odwrocony-lancuch-pytania-i-odpowie-dzi.html)>.

<sup>11</sup> Zob. [online] <[www.nik.gov.pl/do\\_druku/typ,0,id,2564.html?referer=https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-panstwowej-inspekcji-farmaceutycznej.html](http://www.nik.gov.pl/do_druku/typ,0,id,2564.html?referer=https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-panstwowej-inspekcji-farmaceutycznej.html)>.

<sup>12</sup> Ibidem.

Główny Inspektor Farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

W tym wypadku wystąpiła negatywna przesłanka procesowa z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Umorzenie postępowania następuje w związku z zasadą preferowania nowej ustawy. Warto zaznaczyć, iż nawet zakładając hipotetycznie, że doszło do skazania na mocy tego przepisu, to i tak skazanie ulega zatarciu zgodnie z art. 4 § 1 k.k. Z drugiej strony zmiana tej regulacji prawnej skutkowałą tym, iż odpowiedzialność prawną po nowelizacji ponoszą nie tylko osoby fizyczne, lecz także inne podmioty. We wcześniejszej regulacji przepis ów dotyczył wyłącznie osób fizycznych.

Jak widać, ustawa antywywozowa częściowo zaostrza przepisy dotyczące importu równoległego, a częściowo je łagodzi. Moim zdaniem ustawodawca zawsze powinien mieć na uwadze dalekosiężne konsekwencje dla społeczeństwa uchwalanego prawa.

## **Obrót nielegalnymi środkami farmaceutycznymi i sposoby zwalczania tego zjawiska**

Zwalczenie obrotu nielegalnymi środkami farmaceutycznymi odbywa się w Polsce na mocy kilku ustaw: Prawo farmaceutyczne, Prawo własności intelektualnej oraz Kodeks karny. Zjawisko odwróconego łańcucha dystrybucji leków wymaga dobrej organizacji i zaangażowania wielu osób. W procederze tym biorą udział hurtownicy, aptekarze, odbiorcy zagraniczni. Przestępczość farmaceutyczna może więc przybierać formy działania zorganizowanej grupy przestępczej. Wiąże się również z przepływem bardzo dużych sum pieniędzy, a następnie ukrywaniem ich. W związku z powyższym wykrycie tego typu przestępstwa jest trudne i wymaga zaangażowania różnych służb i organizacji, takich jak Policja, Urząd Skarbowy, Inspektorat Farmaceutyczny ONZ, Interpol, Międzynarodowa Federacja Farmaceutyczna itd.<sup>13</sup> Dopiero zintensyfikowane działania wielu służb mogą prowadzić do zniwelowania, a w dłuższej perspektywie – zlikwidowania tego procederu.

Osoby zarządzające aptekami są tak przebiegłe, iż w swoje działania angażują niekiedy nawet pacjentów. Właściciel kilku zamkniętych aptek w Poznaniu rozprowadzał ulotki, w których informował, że apteki zostały zamknięte w sposób niesprawiedliwy z powodu drobnych niedociągnięć formalnych. Działanie to wywołało oburzenie społeczne i zbulwersowani pacjenci zgłaszali do Inspektoratu Farmaceutycznego swoje uwagi na ten temat<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> D. Najmoła, K. Liszewski, op. cit., s. 25.

<sup>14</sup> Zob. [online] <<http://farmacja.net/blog/lukasz-waligorski/z-dziennika-farmaceuty-odwrocony-lancuch-dystrybucji>>.

Zjawisko odwróconego łańcucha dystrybucji leków, oprócz niedostępności niektórych środków, niesie za sobą jeszcze inne niebezpieczeństwo. Brak kontroli nad przewozem i przepakowaniem leków może wiązać się z tym, iż „po drodze” do kraju docelowego tracą one swoje właściwości lecznicze lub, co gorsza, staną się niebezpieczne dla zdrowia. Klient winien mieć zaufanie do apteki, że otrzymuje produkt pełnowartościowy. Przecież sam nie może sprawdzić, czy dany produkt jest oryginalny.

Odwrócony łańcuch dystrybucji leków może również prowadzić do sprzedawania sfałszowanych środków farmaceutycznych. Skoro przestępcom udaje się nielegalnie skierować na rynek farmaceutyki pochodzące pierwotnie z legalnej dystrybucji, to mogą się zdarzyć przypadki wprowadzenia sfałszowanych produktów leczniczych do obrotu gospodarczego. Mogą one zawierać mniejszą lub większą ilość substancji czynnej lub nie zawierać jej wcale. W ich składzie mogą być również różne inne groźne substancje. Leki takie mogą być bardzo niebezpieczne dla zdrowia i życia pacjentów.

Z badań przeprowadzonych przez zespół naukowców: Tomasza Zaprutko, Elżbietę Nowakowską, Bogusława Ratajczyka, Dorotę Koligat, Krzysztofa Kus i Annę Paczkowską wynika, iż cena jest bardzo ważnym czynnikiem przy podejmowaniu decyzji o kupnie leków we wszystkich krajach poddanych analizie. Znaczenie ceny podkreślali w ankietach zarówno pacjenci, jak i aptekarze<sup>15</sup>. Badania dowodzą, że więcej niż połowa pacjentów z Hiszpanii i Polski nie ma wiedzy na temat bezpieczeństwa środków farmaceutycznych z importu równoległego<sup>16</sup>. Pacjenci z Niemiec wyrażają największe obawy w związku z lekami pochodzącymi z innego kraju Unii Europejskiej. Również niemieccy aptekarze podchodzą z dystansem do tego rodzaju handlu. Wśród polskich farmaceutów dominuje pozytywne nastawienie do tego zjawiska<sup>17</sup>. Być może wynika to z faktu, iż w Niemczech system ten funkcjonuje od wielu lat, a doniesienia medialne o nieprawidłowościach wpływają na nastawienie społeczeństwa<sup>18</sup>.

Podsumowując, zjawisko odwróconego łańcucha dystrybucji leków jest niebezpieczne i może nieść za sobą bardzo poważne konsekwencje dla społeczeństwa. W cywilizowanym świecie nie powinno dochodzić do sytuacji, gdy pacjent nie może wykupić leku, chociaż środek ten funkcjonuje w obrocie gospodarczym. Godzi to w poczucie bezpieczeństwa i podważa zaufanie do państwa jako gwaranta podstawowych praw obywateli. Sytuacja z jednej strony jest korzystna dla pacjentów z uwagi na niskie ceny, lecz z drugiej

<sup>15</sup> T. Zaprutko, E. Nowakowska, B. Ratajczyk, D. Koligat, K. Kus, A. Paczkowska, *Ceny leków oraz znaczenie importu równoległego dla rynków farmaceutycznych w 3 krajach Unii Europejskiej*, „Nowiny Lekarskie” 2012, nr 81(2), s. 136–144.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.



może prowadzić do nadużyć spowodowanych nielegalnym wywożeniem leków za granicę. Państwo powinno dolożyć wszelkich starań, aby zabezpieczyć interesy swoich obywateli i uniemożliwić niekontrolowaną sprzedaż środków farmaceutycznych za granicę. Powinna też nastąpić poprawa wymiany informacji między podmiotami odpowiedzialnymi za ściganie przestępczości farmaceutycznej. Wysokość kary za tego typu przestępstwa powinna być wprost proporcjonalna do zagrożeń, jakie niesie ze sobą ten proceder. Ponadto należy edukować społeczeństwo, na czym polega i jakie niebezpieczeństwo stanowi odwrócony łańcuch dystrybucji leków. Pacjent posiadający odpowiednią wiedzę będzie mógł świadomie zdecydować, czy chce kupić lek z importu równoległego. Wymienione propozycje przyczyniłyby się do zmniejszenia zjawiska, jednakże całkowita eliminacja tego proceduru jest bardzo trudna. Niemniej państwo polskie powinno podjąć dodatkowe działania, aby chronić zdrowie i życie swoich obywateli.

### **Odpowiedzialność karna za wprowadzenie do obrotu gospodarczego środków farmaceutycznych niewiadomego pochodzenia**

Czy obecnie obowiązujące przepisy dotyczące obrotu farmaceutykami skutecznie chronią zdrowie i życie obywateli?

Wprowadzanie do obrotu środków, które mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia i życia człowieka, penalizowane jest na gruncie art. 165 k.k.<sup>19</sup>: „§ 1: Kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach: [...] 2) wyrabiając lub wprowadzając do obrotu szkodliwe dla zdrowia substancje, środki spożywcze lub inne artykuły powszechnego użytku lub też środki farmaceutyczne nieodpowiadające obowiązującym warunkom jakości, [...] podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. [...] § 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”. W odniesieniu do odwróconego łańcucha sprzedaży farmaceutyków sprowadzenie niebezpieczeństwa to uniemożliwianie lub znaczne utrudnienie dostępu do środków farmakologicznych ratujących życie pacjentów.

Omawiając odpowiedzialność karną za naruszenia związane z obrotem gospodarczym lekami, nie sposób nie przytoczyć art. 127a ustawy – Prawo farmaceutyczne:

„1. Kto bez uzyskania wpisu do Krajowego Rejestru Pośredników w Obrocie Produktami Leczniczymi prowadzi działalność w zakresie pośrednic-

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1137).

stwa w obrocie produktami leczniczymi, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

2. Kto bez wymaganego zezwolenia na prowadzenie apteki albo punktu aptecznego prowadzi wysyłkową sprzedaż produktów leczniczych, podlega grzywnie karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

3. Kto bez wymaganego zgłoszenia prowadzi działalność w zakresie wysyłkowej sprzedaży produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza, podlega grzywnie”.

Najbardziej istotny jest niewątpliwie art. 126b ustawy – Prawo farmaceutyczne. Przepis ów penalizuje odwracanie prawidłowego kierunku przepływu leków – grozi za to kara pozbawienia wolności do 2 lat. Oczywiście sąd wziąłby pod uwagę również skutek danego czynu zabronionego, zatem posiłkowałby się przy wymierzaniu kary przytoczonym wyżej art 165 k.k.

Art 126b stanowi: „Kto, narusza zakaz zbycia produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego do hurtowni farmaceutycznej, innej apteki ogólnodostępnej lub innego punktu aptecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Wskazane wyżej rozwiązania legislacyjne mają na celu skuteczną ochronę zdrowia i życia obywateli. Jednakże, zdaniem autorki, przepisy te są zbyt łagodne, aby czynić to skutecznie. Zaostrzenie odpowiedzialności karnej za przestępstwa farmaceutyczne skutkowałoby zmniejszeniem liczby takich zachowań przestępnych. Relatywnie niskie kary za tak poważne przekroczenia prawa mogą stanowić zachętę do podejmowania czynów zabronionych. Handel środkami farmaceutycznymi przynosi milionowe dochody. Niedobór leków może natomiast skutkować pogorszeniem zdrowia lub nawet śmiercią pacjentów. Zdaniem autorki wysokie kary na gruncie prawa karnego powinny być uzupełnione przez kary administracyjne. Wysokie obciążenia finansowe mogą zniechęcić do popełniania czynów zabronionych i wywożenia środków farmaceutycznych za granicę.

## Literatura

- Najmoła D., Liszewski K., *Eksport – import równoległy a odwrócony łańcuch dystrybucji leków*, „Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny” 2016, nr 3(28).
- Szetela P., *Import równoległy produktów leczniczych w Polsce – 10 lat doświadczeń i rozwoju*, „Zarządzanie Publiczne” 2015, nr 2 (30).
- Zaprutko T., Nowakowska E., Ratajczyk B., Koliat D., Kus K., Paczkowska A., *Ceny leków oraz znaczenie importu równoległego dla rynków farmaceutycznych w 3 krajach Unii Europejskiej*, „Nowiny Lekarskie” 2012, nr 81(2).
- Zimmermann A., Malach P., *Import równoległy produktów leczniczych*, „Prawo w Farmacji” 2009, nr 8(65).

## Summary

### *Criminal analysis of the phenomenon of the “reverse drug distribution chain”*

**Key words:** parallel import, medicines, pharmacy, European Union, pharmaceutical offenses.

One of the most serious problems is the shortage of pharmaceuticals on the Polish market. This poses an immediate threat to the health and well-being of patients. The author tries to answer the question whether the system created to fight against pharmaceutical crime in Poland is sufficiently efficient and does not require any correction. Difficulties in the fight against pharmaceutical crime were also highlighted and the proposals for solutions to this problem. The author sees the need to increase international cooperation in the fight against fraudulent drug dealers (specially when comunitated within organised crime phenomen).



**Marta Kowalczyk-Ludzia**

Katedra Procesu Karnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Realizacja uprawnień pokrzywdzonego w świetle uchybień procesowych (zagadnienia wybrane)**

### **Wprowadzenie**

Respektowanie uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu karnym jest właściwym wyrazem realizacji zasady równouprawnienia stron. Zgodnie ze wspomnianą zasadą, strony powinny być traktowane w sposób niewyróżniająco żadnej z nich (tzw. *audiatur et altera pars*), a dowody powoływane przez nie powinny być w równym stopniu rozpatrzone. Analogiczne traktowanie uprawnień i obowiązków stron staje się gwarantem procesu sprawiedliwego, sprzyjającego realizacji zarówno celów procesowych (art. 2 § 1 k.p.k.), jak i zasady prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.).

Urzeczywistnienie wskazanych zasad procesowych ma przede wszystkim przyczynić się do jednakowego poszanowania uprawnień przyznanych oskarżonemu (art. 71 § 2 k.p.k.), jak też pokrzywdzonemu (art. 2 § 1 pkt 3 w zw. z art. 300 § 2 k.p.k.). Zgodnie ze wskazaniami ustawowymi<sup>1</sup>, za pokrzywdzonego uważa się osobę fizyczną lub prawną, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49 § 1 k.p.k.). O ważkiej roli, jaką w procesie karnym odgrywa osoba pokrzywdzonego, świadczą nie tylko wymienione unormowania, ale również interdyscyplinarny charakter nauk penalnych. Zasadnie podkreśla się bowiem, iż „siłą rzeczy kryminologia interesuje się pokrzywdzonym jak gdyby pośrednio, natomiast stosunkowo młoda (bo powstała na przełomie pierwszej i drugiej połowy XX w.) wiktymologia jest wprost nauką o ofierze przestępstwa. Stąd też bez wątpienia powstanie wiktymologii łączy się w istocie z podję-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 89, poz. 555). Zob. także: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 182 i nast.

ciem dociekań naukowych nad pokrzywdzonym, które w konsekwencji znajdują odzwierciedlenie w rozwiązaniach ustawowych i praktyce wymiaru sprawiedliwości”<sup>2</sup>.

Wśród wielu uprawnień przysługujących pokrzywdzonemu w postępowaniu przygotowawczym należy wymienić m.in. możliwość składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia (jak również możliwość uczestniczenia we wspomnianych czynnościach), ustanowienie pełnomocnika (art. 300 § 2 w zw. z art. 78 k.p.k.), wzięcie udziału w mediacji (art. 300 § 2 w zw. z art. 23a k.p.k.), uzyskanie informacji o możliwościach naprawienia szkody przez oskarżonego lub uzyskania kompensaty państwowej, dostępie do pomocy prawnej, dostępnych środków ochrony, możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony, uczestniczenie w organizacjach wsparcia pokrzywdzonych oraz informowanie o możliwości zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu (art. 300 § 2 k.p.k.)<sup>3</sup>.

O ile wskazane regulacje bezpośrednio odnoszą się do uprawnień przyznanych konkretnie pokrzywdzonemu, o tyle możliwość skorzystania z pomocy tłumacza wskazuje na niejednolity charakter tej regulacji. Jednym z fundamentalnych uprawnień stron procesowych powinna być zatem możliwość skorzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza (art. 72 § 1 w zw. z art. 204 § 1 i 300 k.p.k.). Zgodnie z ustawą, należy wezwać tłumacza, jeżeli zachodzi potrzeba przesłuchania: głuchego lub niemego, a nie wystarczy porozumienie się z nim za pomocą pisma (art. 204 § 1 k.p.k.) lub w przypadku, gdy osoba przesłuchiwana nie włada językiem polskim (art. 204 § 2 k.p.k.). Przesłuchanie z udziałem tłumacza w postępowaniu karnym przyczynia się w znaczącym stopniu do wyrównania szans procesowych stron, które występując przed polskim sądem, nie posługują się poprawną polszczyzną z uwagi na swoje pochodzenie. Przy czym należy nadmienić, że zgodnie z poglądami Sądu Najwyższego, „Warunkiem uzasadniającym potrzebę wezwania tłumacza jest stwierdzenie, że osoba przesłuchiwana bądź nie rozumie w stopniu dostatecznym zadawanych jej pytań, bądź też na tle słabej znajomości języka polskiego nie może sformułować myśli odtwarzających przebieg zdarzeń, stanowiących przedmiot przesłuchania”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 28, cyt. za: E. Bieńkowska, *Wiktyologia. Koncepcje, kierunki badań, perspektywy*, Wrocław 1992, s. 11. Zob. także: B. Hołyst, *Wiktyologia*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 17–41.

<sup>3</sup> Zob. także: B. Wójcicka, *Sytuacja pokrzywdzonego w procesie karnym po zmianach w prawie karnym w latach 2015–2016 (wybrane zagadnienia)*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba Volant, Scripta Manent. Proces karny, Prawo karne skarbowe i Prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona profesor Monice Zbrojewskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 508 i nast.

<sup>4</sup> Wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1970 r., sygn. akt III KR 45/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 150.

Procesowa rola tłumacza w postępowaniu karnym regulowana jest w rozdziale 22 kodeksu postępowania karnego wraz z unormowaniami odnoszącymi się do biegłych i specjalistów. Można zatem skonkludować, iż „tłumacz, jak i specjalista, o którym mowa w art. 205 k.p.k., jest pomocnikiem organu procesowego. Występowanie w sprawie tłumacza umożliwiła przeprowadzenie określonej czynności dowodowej oraz pozwala na faktyczną realizację funkcji komunikacyjnej, umożliwiając uczestnikowi procesu rzeczywistą realizację praw i wykonywanie nałożonych obowiązków”<sup>5</sup>. Jeśli zatem przypisać tłumaczowi rolę pomocnika procesowego w postępowaniu karnym, to należałoby zaznaczyć, iż „tłumacz nie jest źródłem dowodowym. Jest osobą, dzięki której organ procesowy ma możliwość porozumieć się z osobami przesłuchiwanymi”<sup>6</sup>.

Możliwość skorzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza gwarantuje sprawny przebieg procesu karnego, w którym każda ze stron może zaprezentować organowi procesowemu swoją wersję wydarzeń. Jednakże, analizując przedstawione założenie, należy zastanowić się nad rzeczywistym uprawnieniem pokrzywdzonego do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza. O ile wymieniony przywilej bezpośrednio wpisany jest w katalog uprawnień przyznanych oskarżonemu (art. 72 § 1 k.p.k. w zw. z art. 6 ust. 3 lit. e Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>7</sup>), o tyle wskazana możliwość nie została wyrażona *expressis verbis* wobec pokrzywdzonego. Przywołana wyżej norma art. 204 § 1 k.p.k. uprawnia organy procesowe do skorzystania z pomocy tłumacza „w razie uzasadnionej potrzeby”. Brak konkretnego wskazania ustawowego staje się przyczyną wielu niejednoznacznych sytuacji w omawianym zakresie. Słusznie podnosi się bowiem w literaturze przedmiotu, iż takie nieodprecyzowanie „prowadzi [...] do całkowitego zróżnicowania przysługujących wskazanym uczestnikom postępowania karnego uprawnień procesowych. Ponadto zauważalny jest odmienny cel obu zaprezentowanych norm prawnych. Pierwsza, wynikająca z treści przepisu art. 72 § 1 k.p.k., zmierza do zapewniania oskarżonemu prawa do obrony (spojrzenie przez pryzmat oskarżonego), z kolei norma prawna zdekodowana w treści przepisu art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k. zmierza do prawidłowości dokonania określonej czynności procesowej przesłuchania (spojrzenie przez pryzmat organów procesowych).

<sup>5</sup> P. Kruszyński (red.), M. Błoński, M. Zbrojewska, *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 187.

<sup>6</sup> J. Bańa, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 210.

<sup>7</sup> „Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie”. Zob. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

Na tle powyższych rozważań można wskazać, że pokrzywdzonemu występującemu w charakterze strony procesowej [...] uprawnienie do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza nie przysługuje, co z perspektywy zasady lojalności procesowej jako dyrektywy postępowania wzbudza zasadnicze wątpliwości”<sup>8</sup>.

Wspomnianą zasadę lojalności procesowej należy rozumieć m.in. jako „obowiązek informowania uczestników procesu karnego o ich prawach oraz o skutkach ich działań warto jest bowiem potraktować jako jeden z ważnych przejawów generalnego stosunku organów wymiaru sprawiedliwości i ścigania karnego do obywatela wyrażającego się w stosowaniu metod lojalnego, tj. uczciwego postępowania”<sup>9</sup>.

Mając powyższe na względzie, należałoby zatem poinformować pokrzywdzonego m.in. o możliwości przeprowadzenia przesłuchania go w uzasadnionych przypadkach z udziałem tłumacza (art. 300 § 2 w zw. z art. 16 k.p.k.). Należy bowiem dostrzec, iż możliwość skorzystania w trakcie przesłuchania z pomocy tłumacza sugerowane jest normą art. 300 § 2 k.p.k. Zgodnie z ustawowym założeniem, przed pierwszym przesłuchaniem poucza się pokrzywdzonego o posiadaniu statusu strony procesowej w postępowaniu przygotowawczym oraz o wynikających z tego uprawnieniach, w tym o możliwości skorzystania z normy art. 204 k.p.k. Nadto inne obowiązujące akty prawne uzasadniają możliwość skorzystania z pomocy tłumacza przy przesłuchaniu pokrzywdzonego. Można w tym miejscu wskazać choćby na regulacje ujęte w art. 5 ust. 2 ustawy o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z treścią wskazanej regulacji, osoba niewładająca w wystarczającym stopniu językiem polskim ma prawo do występowania przed sądem w znanym przez nią języku i bezpłatnego korzystania z pomocy tłumacza<sup>10</sup>.

Niemniej, teoretyczne rozbieżności interpretacyjne wskazanych unormowań nieraz znajdują swoje odzwierciedlenie w praktycznych aspektach prowadzonych postępowań karnych. Licznych wątpliwości w tym względzie dowodzi chociażby przedstawione niżej postępowanie. Sprawa rozpatrywana była przez Sąd Okręgowy w Olsztynie w 2013 r. Oskarżonym przedstawiono zarzut publicznego znieważenia, stosowania przemocy i wzięcia udziału w pobiciu obcokrajowca poprzez uderzanie pięściami, kopanie po głowie i ciele z powodu jego przynależności etnicznej i rasowej, przy czym narazili go na bezpośrednie niebezpieczeństwo skutku z art. 157 § 1 k.k. (art. 257 k.k.,

<sup>8</sup> M. Żbikowska, *Zasada lojalności w procesie karnym (odniesiona do pokrzywdzonego)*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2015, s. 347. Zob. także: R.A. Stefański, *Udział tłumacza w postępowaniu karnym jako przejaw rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 379 i nast.

<sup>9</sup> A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1994, s. 214.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 98, poz. 1070).



119 § 1 k.k., 157 § 1 k.k.)<sup>11</sup>. Pierwszy z oskarżonych nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu wyjaśniając, iż „Nie uderzył tego Murzyna na sto procent”. Drugi oskarżony stwierdził, że do popełnienia zarzucanego mu czynu przyznaje się częściowo – wyjaśnił, że poszedł po syna, który „szarpał się z Czarnoskórym”, jedynie z prośbą, by ten puścił syna. Wówczas, według wyjaśnień oskarżonego, „Pokrzywdzony zaczął się rzucać”. Trzeci oskarżony również przyznał się częściowo do popełnienia przestępstwa i wyjaśnił: „Może i uderzyłem tego Czarnoskórego. To było odruchowe”.

Wiele nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania przygotowawczego odnotowano w uzasadnieniu wyroku sądowego. Po pierwsze, dokonując oceny zeznań pokrzywdzonego, sąd stwierdził, że są one „częściowo wewnętrznie sprzeczne, w pewnym zakresie nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i cechują się brakiem konsekwencji (choćby to, że w pierwszej wersji twierdził, że został pobity przez 5–6 mężczyzn, a w następnym przesłuchaniu twierdził, że pobiło go 4 mężczyzn). [...] Podkreślić też należy, że zeznania świadków ewaluowały w toku postępowania, a wraz z upływem czasu świadek podawał coraz więcej szczegółów. Powyższe jest nielogiczne i całkowicie sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego – regułą jest bowiem, że świadek najwięcej szczegółów podaje, będąc słuchanym bezpośrednio po zdarzeniu, zaś upływ czasu powoduje, że każde kolejne zeznania są coraz bardziej niepełne i zawierają coraz mniej szczegółów”<sup>12</sup>.

Niejednolitość zeznań pokrzywdzonego nie może jednak stanowić wytlumaczenia dla uchybień w prowadzeniu postępowania przygotowawczego. Szczególna ochrona uprawnień przyznanych pokrzywdzonemu (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.) wynika przede wszystkim z wymogu realizacji zasady oficjalności. Zgodnie z przyjętą dyrektywą „[...] organy państwowe powołane do ścigania przestępstw działają niezależnie od zachowania osób pokrzywdzonych oraz z własnej inicjatywy, bez względu na to, jaka jest wola osób, które konkretnym przestępstwem zostały pokrzywdzone. Przestępstwo bowiem narusza państwowy porządek prawny. Prawo karania powinno być realizowane niezależnie od zachowania pokrzywdzonego”<sup>13</sup>.

Mając na względzie wymienioną zasadę, należy podkreślić, że wspomniana inicjatywa organów procesowych powinna odnosić się także do poszanowania każdego świadka w procesie, tym bardziej zaś świadka-pokrzywdzonego, który w wyniku działań sprawcy czynu zabronionego już doświadczył odeń szkody lub krzywdy. Warto podkreślić, iż „świadek jest ważnym pomocnikiem sądu w wykryciu prawdy materialnej. Należy go więc traktować w taki sposób, by uzmysłowił sobie ważną rolę w procesie karnym i z należy-

<sup>11</sup> Por. akt oskarżenia z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt 2 Ds 115/12.

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt II K 196/12.

<sup>13</sup> F. Prusak, *Postępowanie karne. Wprowadzenie. Zasady procesu karnego*, Oficyna Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego, Warszawa 2003, s. 169.

tym zrozumieniem oraz dobrą wolą wypełnił wszystkie ciężące na nim obowiązki<sup>14</sup>. Natomiast w przedstawionej sprawie trudność w dokonaniu prawidłowej weryfikacji zeznań pokrzywdzonego polegała na tym, iż w trakcie trwania postępowania przygotowawczego nie zapewniono mu należytego wsparcia tłumacza, dzięki czemu nie mógł w sposób konkretny i zrozumiały przedstawić swojej wersji wydarzeń. Interesujące spostrzeżenia ujęto w tym względzie w uzasadnieniu wyroku sądowego, w którym podkreślono, iż „w tym miejscu należy wskazać na kolejny błąd, jakiego dopuściły się organy ścigania prowadząc postępowanie przygotowawcze w przedmiotowej sprawie, a mianowicie: czynności z udziałem pokrzywdzonego, który nie włada biegle językiem polskim, były prowadzone bez udziału tłumacza języka obcego, np. języka francuskiego, którym pokrzywdzony posługuje się płynnie. Żona pokrzywdzonego stwierdziła, że pokrzywdzony językiem polskim nie włada dobrze. Fakt, że [...] pokrzywdzony mówi w języku polskim »tylko trochę« potwierdził również świadek [...], który słyszał wypowiedzi pokrzywdzonego wygłaszane podczas przedmiotowego zajścia. Także oskarżeni [...] podali, że pokrzywdzony mówił w języku polskim niewyraźnie, posługiwał się mieszaniną języka polskiego i jakiegoś języka »swojego«. Fakt, że pokrzywdzonemu trudno było porozumieć się w języku polskim potwierdził też funkcjonariusz Policji [...], który odbierał od pokrzywdzonego zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa<sup>15</sup>. Liczne niedomówienia w tym względzie spowodowały, że w ostatecznej konkluzji stwierdzono: „W ocenie sądu brak jest wystarczających dowodów pozwalających na jednoznaczne przyjęcie, iż pokrzywdzony został zaatakowany przez oskarżonych z powodu koloru skóry<sup>16</sup>”.

W toku dalszych czynności podjęto się wszczęcia postępowania odwoławczego. W apelacji sformułowanej przez oskarżyciela, powołując się na wystąpienie błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który mógł mieć wpływ na treść tegoż (art. 438 pkt 3 w zw. z art. 427 § 2 k.p.k.), podkreślono m.in.: „Zdaniem prokuratora oskarżeni stosowali wobec pokrzywdzonego przemoc w postaci uderzania pięściami po głowie oraz po tułowiu z powodu jego przynależności rasowej. W trakcie tego zdarzenia oskarżeni uderzali pokrzywdzonego i jednocześnie wyzywali go słowami typu: »czarnuch«, »asfalt« itp.<sup>17</sup>. Z kolei obrońca jednego z oskarżonych w apelacji zarzucił rozstrzygnięciu obrazę przepisów postępowania, która mogła mieć wpływ na treść orzeczenia oraz dostrzegł jego zdaniem istotny błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę tegoż (art. 438 pkt 2 i 3 k.p.k.). W treści wspomnianej apelacji podkreślono przede wszystkim, że „wyrok [...] jest niewłaściwy, albowiem ze zgromadzonego materiału dowo-

<sup>14</sup> A. Murzynowski, op. cit., s. 139

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 10 maja 2013r., sygn. akt II K 196/12.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Apelacja prokuratora z dnia 14 czerwca 2013 r.

dowego niniejszej sprawy nie wynika, iż oskarżony dopuścił się popełnienia przypisanego mu czynu<sup>18</sup>. obrońca drugiego z oskarżonych w złożonej apelacji wnosił o zmianę kwalifikacji na występki o charakterze chuligańskim. W środku odwoławczym podkreślił m.in.: „Obrona pragnie zauważyć, że sąd pierwszej instancji wiele uwagi poświęcił specyficie środowiska oskarżonego, w którym słowa wulgarne, powszechnie uznane za obraźliwe używa się w mowie potocznej, jako zwykle narzędzie komunikacji”<sup>19</sup>.

Analizując przedstawione środki odwoławcze, sąd uchylił zaskarżony wyrok odnośnie uniewinnienia pierwszego z oskarżonych od dokonania zarzucanego mu czynu, zaś w pozostałym zakresie uznał obydwie apelacje za oczywiście bezzasadne. Zgodnie z argumentacją sądu odwoławczego, „stwierdzić należy, że ma rację Prokurator, iż zaskarżone orzeczenie nie odpowiada rygorom określonym w dyspozycji art. 7 k.p.k., w szczególności w związku z dokonaniem przez sąd I instancji oceny treści zeznań pokrzywdzonego [...] i świadków [...], a w związku z tym nie sposób było je zaaprobować. Dokonana przez sąd *meritii* ocena wyżej wskazanych dowodów w zakresie, w jakim dotyczy odpowiedzialności uniewinnienia oskarżonego [...], jawi się jednoznacznie jako dowolna. [...] Tym bardziej że pokrzywdzony rozpoznał wszystkich oskarżonych, w tym [uniewinnionego<sup>20</sup>] i konsekwentnie zeznawał, że [on] pierwszy go zaatakował, uderzając w tył głowy”<sup>21</sup>.

Analizując powyższe, powinność powołania tłumacza przez przedstawicieli organów procesowych nie została należycie dopełniona, skutkiem czego wartościowanie zeznań świadka prowadziło do wielu interpretacyjnych rozbieżności. Powołanie tłumacza w omawianych przypadkach byłoby zatem uzasadnione nie tylko względami praktycznymi, ale przede wszystkim prawnymi (art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k.). Warto zatem podkreślić, że zgodnie z poglądami orzecznictwa, „konieczność wezwania tłumacza (art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k.) powstaje wówczas, gdy oskarżony nie może pojąć znaczenia i sensu dokonywanych czynności procesowych albo nie ma możliwości wysłowienia się w języku polskim, chyba że istnieją uzasadnione podstawy do przekonania, że wbrew deklaracjom w wystarczającym stopniu posługuje się językiem polskim”<sup>22</sup>. Mając na względzie wyrównanie szans stron procesowych, można skonkludować, iż wyszczególnione wskazania należałoby także odnieść do realiów przedstawionej sytuacji, tym bardziej że – jak dowodziły ustalenia

<sup>18</sup> Apelacja obrońcy oskarżonego z dnia 18 czerwca 2013 r.

<sup>19</sup> Apelacja obrońcy oskarżonego z dnia 14 maja 2013 r.

<sup>20</sup> Sformułowanie dodane przez autorkę dla zachowania konwencji tekstu. W uzasadnieniu wskazanego wyroku w tym miejscu podano dane osobowe oskarżonego, którego w pierwszej instancji uniewinniono.

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt II Aka 147/13.

<sup>22</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 lutego 2000 r., sygn. akt II Aka 484/99, OSA 2000, nr 10, poz. 74.

sądu w tym względzie – wielu uczestników tegoż procesu, w tym także oskarżeni przyznali, że pokrzywdzony doświadczył trudności w formułowaniu swoich wypowiedzi w języku polskim.

Świadectwem interpretacyjnych rozbieżności w przedstawionym względzie jest dalszy tok opisywanego postępowania, w którym ciągle nie umiano wyjaśnić powstałych wątpliwości. Po ponownym rozpoznaniu sprawy w uzasadnieniu kolejnego wyroku stwierdzono bowiem m.in., że: „zebrany w sprawie materiał dowodowy daje podstawę do przyjęcia, że oskarżony [...] wziął udział w pobiciu pokrzywdzonego, ale trudno dopatrzeć się w wypowiedzi oskarżonego cech znieważenia na tle rasowym”<sup>23</sup>. Natomiast, w zaskarżeniu przedstawionego wyroku, powołując się na obrazę przepisów postępowania (art. 438 pkt 2 k.p.k.), podkreślono: „Ustalenia poczynione przez sąd, jak również materiał dowody zgromadzony w niniejszej sprawie nie pozwala na stwierdzenie, że sprawstwo i wina oskarżonego odnośnie udziału w pobiciu pokrzywdzonego nie budzi żadnych wątpliwości”<sup>24</sup>. Z kolei w interpretacji Sądu Apelacyjnego w Białymstoku ustalenia poczynione w przedmiotowej sprawie należało ocenić jako właściwie, jako że „i tak sąd pierwszej instancji, wbrew wywiodom apelującego, w żaden sposób nie uchybił nakazom wynikającym z dyspozycji art. 7 k.p.k., dokonał wnikliwej i krytycznej oceny całokształtu materiału dowodowego, a zajęte stanowisko należycie i wyczerpująco uzasadnił”<sup>25</sup>.

Oceniając zatem zgromadzone w sprawie dowody (art. 7 k.p.k.), należy podkreślić, że wprawdzie zeznania pokrzywdzonego nie są jedynym dowodem w sprawie, niemniej trudno także zaprzeczyć twierdzeniu, iż zeznania świadka-pokrzywdzonego mają walor wypowiedzi o szczególnym charakterze, którą należy skrupulatnie przeanalizować, bowiem świadczy ona często o zamiarze sprawcy czynu zabronionego. Jeśli weryfikacja zeznań świadka-pokrzywdzonego jest jednak utrudniona, wówczas należałoby się odnieść do oceny pozostałych zgromadzonych w sprawie dowodów. Stąd też, postuluje się, że „[...] oceniający zeznania powinien posiadać dużą wiedzę o przebiegu zdarzenia, warunkach panujących w chwili popełnienia czynu, w tym także warunkach czynienia obserwacji. Informacje te powinny być potwierdzone z innych źródeł, np. w drodze czynności procesowych – oględzin, wizji lokalnej, przeszukania, zeznań innych osób czy działań pozaprocessowych, operacyjno-rozpoznawczych”<sup>26</sup>.

Słuszność przedstawionego założenia nie zawsze potwierdzona zostaje w praktyce. Egzemplifikacją tegoż może być przebieg wspomnianego postę-

<sup>23</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 7 marca 2014 r., sygn. akt II K 210/13.

<sup>24</sup> Apelacja obrońcy oskarżonego z dnia 31 marca 2014 r.

<sup>25</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. akt II Aka 102/14.

<sup>26</sup> E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 180.

powania przygotowawczego. W wyniku braku należytego odebrania zeznań od pokrzywdzonego organy ścigania, zgodnie z przedstawionym postulatem, powinny skierować swoją uwagę na ocenę pozostałego materiału dowodowego. Tymczasem, jak podkreślono w uzasadnieniu wyroku skazującego, „zupełnie niezrozumiała dla sądu jest beczynność, jaką wykazały się organy ścigania bezpośrednio po zgłoszeniu przez pokrzywdzonego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa na jego szkodę, w tym niedokonanie zabezpieczenia kamer monitoringu, którym objęte jest miejsce zdarzenia. Ta czynność powinna być jedną z pierwszych czynności przeprowadzoną w sprawie. Powyższa beczynność jest tym bardziej niezrozumiała, iż pokrzywdzony zawiadomił organy ścigania nie o drobnym wykroczeniu, lecz o dokonaniu ważnego przestępstwa, podając, iż było ono dokonane z użyciem przemocy fizycznej, że doznał obrażeń ciała, że będzie jechał do szpitala celem udzielenia mu dalszej pomocy medycznej. [...] Gdyby takie czynności w postaci zabezpieczenia nagrań z monitoringu zostałyby przeprowadzone, pozwoliłoby to sądowi na ustalenie przebiegu stanu faktycznego zdarzenia, przynajmniej w sferze wizualnej, bez żadnych wątpliwości i przyczyniłoby się to do zweryfikowania wersji wydarzeń podawanych przez osoby: pokrzywdzonego, jak i oskarżonego”<sup>27</sup>.

Niemожność odniesienia się do wszystkich zgromadzonych w sprawie dowodów, a dodatkowo niepoprawne przeprowadzenie w postępowaniu przygotowawczym przesłuchania, powodują, iż prawidłowość przebiegu takiego postępowania staje się wysoce wątpliwa, zwłaszcza pod względem jego zgodności z unormowaniami ustawowymi. Brak właściwego przeprowadzenia czynności przesłuchania zastanawia tym bardziej, iż jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, wybór ofiary na tle rasistowskim nie jest odosobnionym przypadkiem: „najczęstszym kryterium wyboru ofiary okazała się jej dostępność, płeć, wiek, lokalizacja i rasa”<sup>28</sup>.

Wartościowanie zeznań pokrzywdzonego w postępowaniu dotkniętym licznymi uchybieniami prowadzi nieraz do podważenia autorytetu organów procesowych, a podjęte w takich postępowaniach czynności pozbawione są znaczenia prawnego. Zasadnie argumentuje się zatem, iż „brak prawidłowości w przeprowadzaniu czynności procesowych mających charakter niepotwarzalny może doprowadzić do uznania ich wyników za niewiarygodne i wyeliminowania tak uzyskanych dowodów z materiału dowodowego”<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 10 maja 2013r., sygn. akt II K 196/12.

<sup>28</sup> Badania przeprowadzone przez R.R. Hazelwood i J.L. Warren (*The Serial Rapist: His Characteristics and Victims*, „FBI Law Enforcement Bulletin” 1989, nr 2, s. 19–25) – cyt. za: M. Wysocka-Pleczyk, *Relacje między sprawcą a ofiarą w świetle wiktymologii*, [w:] M. Szpitalak, K. Kasparek (red.), *Psychologia sądowa. Wybrane zagadnienia*, Wyd. UJ, Kraków 2014, s. 118.

<sup>29</sup> A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania pism procesowych w sprawach karnych, cywilnych, gospodarczych i administracyjnych*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 31.

Postępowania karne obarczone uchybieniami przeczą także realizacji gwarancyjnej funkcji procesu karnego. Jeśli przyjąć, że „nie bez racji więc podkreśla się, że prawo karne procesowe pozostaje w ścisłym związku z prawem konstytucyjnym w części dotyczącej praw obywatelskich i stanowi w poważnej mierze ich konkretyzację”<sup>30</sup>, to gwarancja nadanych ustawowo uprawnień także dla osoby pokrzywdzonego powinna być zapewniona na każdym jego etapie. Można zatem skonkludować, iż rzetelny proces karny to proces, w przebiegu którego ochrona uprawnień pokrzywdzonego zapewniona jest w równorzędnym stopniu z respektowaniem uprawnień oskarżonego. Słusznie podkreśla się bowiem, że „nastawienie karnego wymiaru sprawiedliwości na prowadzenie uczciwego procesu powinno stanowić ważną dyrektywę postępowania organów procesowych, a także użyteczną dyrektywę interpretacyjną stosowanych przepisów prawa karnego procesowego. Pojęcia tego nie można też ograniczyć tylko do ochrony praw oskarżonego. Wprawdzie w procesie karnym należy przede wszystkim mieć na uwadze zabezpieczenie praw oskarżonego, którego pozycja jest w nim najsłabsza i którego proces ten w pierwszym rzędzie dotyczy, trzeba jednak również liczyć się z potrzebą zabezpieczenia praw pokrzywdzonego, a także innych uczestników postępowania karnego (np. świadków)”<sup>31</sup>.

Dyrektywa uczciwego procesu integralnie związana jest z rzetelną realizacją zasady kontradiktoryjności. Można przyjąć, że wskazana reguła, powtarzając za wskazaniami przedstawicieli doktryny, zachodzi wtedy, gdy zostaną spełnione następujące warunki, a mianowicie:

- należy dokładnie określić przedmiot sporu (procesu), czyli zakresienie stronom istoty odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo;
- powinien istnieć spór przeciwstawnych sobie stron oraz organ procesowy, który podejmuje się ów spór rozstrzygnąć;
- respektowane jest równouprawnienie stron prowadzących ze sobą spór;
- respektowane jest prawo stron do wpływania swoim zachowaniem zarówno na przebieg, jak i na wynik procesu<sup>32</sup>.

Realizacja wskazanych założeń integralnie wkomponowanych w zakres zasady kontradiktoryjności staje się gwarantem sporu prawnego realizowanego w sprawiedliwym i rzetelnym postępowaniu karnym. Przebieg i charakter takiego postępowania nie może jednak uwidaczniać faworyzowania uprawnień jedynie wybranej strony procesowej. Wszelkie uchybienia w przebiegu tegoż godzą nie tylko w fundamentalne prawa stron procesowych, ale również negatywnie kształtują wizerunek organów procesowych i krzewią wśród obserwatorów procesu niewłaściwie pojmowaną kulturę postępowania.

<sup>30</sup> K. Buchała, S. Waltoś, *Zasady prawa i procesu karnego*, PWN, Warszawa 1975, s. 226.

<sup>31</sup> A. Murzynowski, op. cit., s. 56.

<sup>32</sup> K. Buchała, S. Waltoś, op. cit., s. 291–292.

## Literatura

- Bafia J., Bednarzak J., Flemming M., Kalinowski S., Kempisty H., Siewierski M., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971.
- Buchała K., Waltoś S., *Zasady prawa i procesu karnego*, PWN, Warszawa 1975.
- Cempura A., Kasolik A., *Metodyka sporządzania pism procesowych w sprawach karnych, cywilnych, gospodarczych i administracyjnych*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Gruza E., *Psychologia sądowa dla prawników*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Holyst B., *Wiktymologia*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997.
- Kruszyński P. (red.), Błoński M., Zbrojewska M., *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1994.
- Prusak F., *Postępowanie karne. Wprowadzenie. Zasady procesu karnego*, Oficyna Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego, Warszawa 2003.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Stefański R.A., *Udział tłumacza w postępowaniu karnym jako przejaw rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, Warszawa 2009.
- Sych W., *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006.
- Wójcicka B., *Sytuacja pokrzywdzonego w procesie karnym po zmianach w prawie karnym w latach 2015–2016 (wybrane zagadnienia)*, [w:] T. Grzegorzcyk, R. Olszewski (red.), *Verba Volant, Scripta Manent. Proces karny, Prawo karne skarbowe i Prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona profesor Monice Zbrojewskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Wysocka-Pleczyk M., *Relacje między sprawcą a ofiarą w świetle wiktymologii*, [w:] M. Szpitalak, K. Kasperek (red.), *Psychologia sądowa. Wybrane zagadnienia*, Wyd. UJ, Kraków 2014.
- Żbikowska M., *Zasada lojalności w procesie karnym (odniesiona do pokrzywdzonego)*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2015.

## Summary

### *Implementation of the rights of the victim in the light of procedural errors*

**Key words:** victim, procedural errors, the authority of the procedural bodies, fairness in the criminal process, violation of rights of the victim.

The following discussion indicates the varied nature of criminal proceedings, that at least in the theoretical assumption should be conducted among to principles of material truth (Art. 2 § 2 k.p.k.), objectivity (Art. 4 k.p.k.), process loyalty and equality of the parties. The practice often shapes the

different assumptions and errors in its investigations and prosecutions give the wrong course of criminal process. Distortions in this regard were presented on the example of incorrectly performed actions in relation to the victim, which caused the estimation of the value of such actions is a difficult task, leading to a number of discrepancies in interpretation. The theoretical digressions were supported findings from the analysis of the results of the court files study.



**Marta Sagan**

Zakład Prawa Finansowego

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego

## Najnowsza próba reform konstytucyjnych we Włoszech

Mimo długoletnich i dobrze rozwiniętych kontaktów polsko-włoskich, zagadnienia związane z ustrojem konstytucyjnym Republiki Włoskiej nie cieszą się dużą popularnością wśród przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego<sup>1</sup>. W literaturze przedmiotu brakuje głębszych analiz związanych z aktualnymi próbami reform konstytucyjnych, które mimo tego, że nie doszły do skutku, są warte uwagi ze względu na swój szeroki zakres.

Mając na uwadze powyższe, podjęcie tej tematyki wydaje się być uzasadnione. Niniejsze opracowanie jest próbą przedstawienia w zarysie genezy proponowanych zmian oraz ich najważniejsze założenia (obszerność zagadnienia nie pozwala na omówienie wszystkich 47 projektowanych modyfikacji przepisów konstytucji) z uwzględnieniem wpływu zmian ustrojowych w proponowanym kształcie na sytuację finansów publicznych. Ta ostatnia, ze względu na wzajemne powiązania gospodarek krajów członkowskich Unii Europejskiej, nie jest bowiem wyłącznie wewnętrznym problemem Włoch.

Specyfika podjętej tematyki warunkuje korzystanie, oprócz nielicznych pozycji literatury przedmiotu, głównie ze źródeł internetowych, zarówno w postaci komentarzy mediów polskich i włoskich dotyczących bieżących wydarzeń, jak i dostępnych tekstów projektowanych oraz obowiązujących aktów prawnych. Wykorzystano również inne dostępne oficjalne dokumenty (ministerialne oraz rządowe). Nie bez znaczenia dla niniejszego opracowania są dokonane przez autorkę tłumaczenia materiałów źródłowych z uwzględnieniem specyfiki języka prawniczego.

---

<sup>1</sup> Warto zwrócić uwagę na prace Janiny Zakrzewskiej, *Włochy. Zarys ustroju*, Wrocław 1974 (ze względu na upływ czasu nie w pełni aktualne) oraz Zbigniewa Witkowskiego, który zainicjował wydawanie czasopisma „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie”, np. A. Gaca, Z. Witkowski, *Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Włoskiej*, Toruń 2012.

## Charakterystyka aktualnej sytuacji politycznej i gospodarczej we Włoszech oraz geneza reformy Boschi–Renzi

Reforma Boschi–Renzi<sup>2</sup> to propozycja zmian Konstytucji Republiki Włoskiej<sup>3</sup> zawartych w ustawie konstytucyjnej przyjętej przez włoski Parlament 12 kwietnia 2016 r.<sup>4</sup>, poddanych pod głosowanie w referendum zatwierdzającym.

Przepis art. 138 Konstytucji Republiki Włoskiej stanowi, iż nie przeprowadza się referendum, jeśli ustawa została uchwalona w drugim głosowaniu przez każdą z izb większością dwóch trzecich głosów, co nie miało miejsca w przypadku omawianej ustawy konstytucyjnej. Na 4 grudnia 2016 r. ustalono zatem datę referendum zatwierdzającego proponowane zmiany. Do wejścia w życie przyjętych przez Parlament reform nie było konieczne osiągnięcie określonego *quorum*. Zaaprobowanie ich nastąpiłoby, gdyby liczba głosów „za” była wyższa niż „przeciw” wprowadzeniu zmian<sup>5</sup>.

Reforma została zaprezentowana jako projekt ustawy przez rząd Matteo Renziego 8 kwietnia 2014 r.<sup>6</sup> Miała być remedium na permanentny paraliż legislacyjny we Włoszech – obecnie bowiem nowe prawo jest uchwalane dopiero wtedy, kiedy w jednakowym brzmieniu zostanie przyjęte przez Izbę Deputowanych oraz Senat (co Włosi nazywają *bicameralismo perfetto*, czyli „doskonałą dwuizbowością”). Mogłoby to także zapewnić stabilność rządów<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Określanych jako reforma Renzi-Boschi, ponieważ została przygotowana przez szefa rządu Matteo Renziego wraz z minister ds. reform konstytucyjnych i kontaktów z parlamentem Marią Eleną Boschi.

<sup>3</sup> Z. Witkowski, *Konstytucja Republiki Włoskiej z 1947 r. (w sześćdziesiątą rocznicę jej uchwalenia)*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6, s. 20; G. de Vergottini, *Geneza i ewolucja konstytucji Republiki Włoskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6, s. 39. W 2004 r. ówczesny prezydent Włoch Carlo Azeglio Ciampi w jednej ze swoich wypowiedzi odniósł się do wzrastającego przywiązania Włochów do symboli narodowych i konstytucji, ale – jak słusznie zauważa Zbigniew Witkowski – włoska konstytucja bez wątpienia będzie ewoluować, nawet jeśli przyjmie się w ślad za częścią włoskiej doktryny prawa konstytucyjnego, że zasady podstawowe konstytucji nie wymagają zmian i zachowują swoją wartość, to jednocześnie zauważalne są w niej narastające konkretne ograniczenia powodujące wzrost presji sił politycznych na reformy. Ponadto warto w tym miejscu zaznaczyć, że już kilkadziesiąt lat temu zarówno w życiu politycznym, jak i w rozważaniach teoretycznych toczyła się dyskusja o reformach ustawy zasadniczej, która z biegiem czasu nabierała coraz większego znaczenia. Do konstytucji w latach 1963–2003 wprowadzono 33 zmiany.

<sup>4</sup> Ustawa konstytucyjna *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*, „Gazzetta Ufficiale Serie Generale” nr 88 z 15 kwietnia 2016, [online] <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/15/16A03075/sg>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>5</sup> V. Onida, M.P. Gorlero, *Compendio di diritto costituzionale*, Rzym 2011, s. 188–193.

<sup>6</sup> Projekt ustawy konstytucyjnej C. 2613-D, [online] <[http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori\\_testo\\_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0038060&back\\_to](http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0038060&back_to)> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>7</sup> Zob. [online] <<http://www.gazetaprawna.pl/artykuly/983580,referendum-konstytucyjne-we-wloszech-zmiany-matteo-renzi.html>> (dostęp: 29.11.2016).

Szef włoskiego rządu, jeszcze przed referendum podkreślał, że jeśli zmiana ustawy zasadniczej zostanie odrzucona, to parlament włoski pozostanie „największym i najbardziej kosztownym na świecie”, a z budżetu państwa nadal będą wypłacane senatorom dożywotnie uposażenia. Wyraził opinię, że wzrost PKB uwarunkowany jest przeprowadzeniem reform. Dodał też, że jego rząd powstał właśnie po to, by reformować kraj, zaś przyjęcie proponowanych reform może wyznaczyć kierunek zmian. W czasie jednej z konferencji prasowych premier przypomniał, że w ciągu ostatnich 70 lat Włochy miały 63 rządy, a jego gabinet zajmuje czwarte miejsce pod względem długości pracy, po rządach Silvio Berlusconi i Bettino Craxiego<sup>8</sup>.

Warto dodać, że polityczna niestabilność sprzyjała rozrostowi biurokracji i politycznej korupcji. Plan Renziego miał ograniczyć rolę i rozmiar Senatu, co utrudniłoby blokowanie decyzji rządu i ułatwiło uchwalanie nowego prawa. Bez zmian instytucjonalnych<sup>9</sup> Włochy wciąż będą się borykać z problemem utrzymania stabilnego rządu oraz wcieleniem w życie koniecznych reform gospodarczych, które otworzyłyby drogę do mocniejszego wzrostu PKB i większego zatrudnienia. Choć włoska gospodarka powoli rośnie, wciąż jest mniejsza niż przed kryzysem z 2008 r., a stopa bezrobocia osiągnęła w 2015 r. 12%<sup>10</sup>. Chaos polityczny może bardzo szybko zmienić się w zamęt finansowy i gospodarczy.

Priorytetowe dla rządu Renziego kroki mające poprawić sytuację gospodarczą to – oprócz wskazanych powyżej – reforma rynku pracy, obniżenie klina podatkowego<sup>11</sup>, reforma administracji publicznej oraz zmiany w wymiarze sprawiedliwości. Ostatnia z wymienionych nie dotyczy bezpośrednio gospodarki, ale pośrednio ma na nią ogromny wpływ, m.in. oddziałując na możliwości inwestycyjne i zaangażowanie przedsiębiorców. Kluczowe dla pobudzenia gospodarki jest również przywrócenie zaufania przedsiębiorców, a co za tym idzie zagwarantowanie przewidywalności, jasnych ram prawnych oraz szybkiej reakcji systemu sprawiedliwości w sytuacjach konfliktowych<sup>12</sup>.

W komentarzach dotyczących projektowanych reform wskazywano, że jeśli reformy Renziego zostaną odrzucone, popchnie to Włochy w stronę recesji, masowego odpływu kapitału i wzrostu spreadów na obligacjach rządowych, na co Włochy nie mogą sobie pozwolić – i to nie tylko dlatego, że kraj

<sup>8</sup> Zob. [online] <<http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/wlochy-renzi-referendum-konstytucyjne-moze-zmienic-kraj,693096.html>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>9</sup> J. Wawrzyniak, *Reformy instytucjonalne we Włoszech*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6, s. 135. Początek historii reform instytucjonalnych datuje się zwykle już na koniec lat 70. XX w.

<sup>10</sup> Zob. [online] <<http://forsal.pl/artykuly/953961,kolejne-histeryczne-referendum-w-europie-dlaczego-glosowanie-we-wloszech-jest-tak-wazne.html>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>11</sup> W 2013 r. wynosił on 47,8%, zob. [online] <<https://www.nbportal.pl/sloownik/pozycje-slownika/klin-podatkowy>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>12</sup> Zob. [online] <<http://www.informatorekonomiczny.msz.gov.pl/pl/europa/wlochy/#gospodarka>> (dostęp: 29.11.2016).

przeżywa zawirowania gospodarcze, wśród których można wymienić katastrofalnie niską produktywność, porażkę w osiąganiu zakładanego tempa wzrostu oraz wyniki gospodarcze dużo gorsze od wyników pozostałych krajów europejskich. Także włoski system bankowy ma poważne problemy, ponieważ jest nękany balastem złych długów (spłacanych po terminie ustalonym przez bank) tak potężnym, że w kwietniu 2016 r. rząd pod presją bankowców, ubezpieczycieli i inwestorów obiecał zasilenie funduszu pomocowego dla najsłabszych banków. Monte dei Paschi di Siena, czyli najstarszy na świecie<sup>13</sup> i jednocześnie najsłabszy bank we Włoszech, jest obecnie w posiadaniu portfela złych kredytów w wysokości ok. 47 mld euro, co bardzo niepokoi Europejski Bank Centralny. Ta informacja spowodowała z kolei istotny spadek cen akcji wszystkich włoskich banków. W całym sektorze portfel złych długów to mniej więcej 300 mld euro<sup>14</sup>. Należy dodać, że włoski dług publiczny to obecnie ponad 130% PKB<sup>15</sup>. W strefie euro wyższy poziom zanotowano tylko w Grecji<sup>16</sup>.

## Katalog proponowanych reform

Na wstępie należy zaznaczyć, że przebieg planowanych reform jest powiązany z wprowadzeniem nowej ustawy regulującej tryb wyborów do Senatu – *l'Italicum*<sup>17</sup>, która została przyjęta 4 maja 2015 r., ale jej wejście w życie przesunięto w czasie do 1 lipca 2016 r.

Projekt ustawy przedstawiony przez rząd Matteo Renziego wprowadza modyfikacje do tytułów I, II, III, V i VI drugiej części Konstytucji Republiki Włoskiej. W sumie dotyczą one 47 na 139 artykułów, jednakże niektóre projektowane zmiany są tylko konsekwencjami zniesienia prowincji i odejścia od dwuizbowości równorzędnej w parlamencie. Pozostałe odnoszą się do funkcjonowania parlamentu<sup>18</sup>, procedury ustawodawczej, roli i składu Sena-

<sup>13</sup> Bank Monte dei Paschi di Siena, założony pod nazwą Il Monte di Pietà (Monte Pio), funkcjonuje od 1472 r.

<sup>14</sup> Zob. [online] <<http://businessinsider.com.pl/finanse/wlochy-przechodza-kryzys-bankowy-sa-bomba-z-opoznionym-zaplone/0zq3brw>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>15</sup> Analiza i tendencje finansów publicznych 2016. Dokument przygotowany przez włoskie Ministerstwo Ekonomii i Finansów, [online] <[http://www.rgs.mef.gov.it/\\_Documenti/VERSIONE-I/Attivit-i/Contabilit\\_e\\_finanza\\_pubblica/DEF/2016/DEF-2016-Sez-II-AnalisiETtendenzeDellaFinanzaPubblica.pdf](http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit-i/Contabilit_e_finanza_pubblica/DEF/2016/DEF-2016-Sez-II-AnalisiETtendenzeDellaFinanzaPubblica.pdf)> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>16</sup> Zob. [online] <<http://www.bankier.pl/wiadomosc/Zadluzenie-Unii-Europejskiej-przekracza-12-mln-euro-7300623.html>> (dostęp: 29.11.2016).

<sup>17</sup> Ustawa z 6 maja 2015 r., nr 52, „Gazzetta Ufficiale Serie Generale” nr 105 z 8 maja 2015, [online] <[www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDettaglioAtto/](http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/)> (dostęp: 30.11.2016).

<sup>18</sup> G. Rivosecchi, *Reformy instytucjonalne i system dwuizbowy we Włoszech – analiza stanu reform*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6, s. 95. W doktrynie akcentuje się istnienie dwóch zdecydowanie odmiennych tendencji, które mają wpływ na projekty reform we wskazanym zakresie.

tu, wyborów Prezydenta Republiki oraz warunków udzielenia wotum zaufania rządowi. Dodatkowo, zmiany w zakresie tytułu I dotyczą równego dostępu kobiet i mężczyzn do reprezentacji, obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej oraz referendum, a tytułu III – zniesienia Narodowej Rady Gospodarki i Pracy oraz wprowadzenia zasady przejrzystości do administracji publicznej. Liczne zmiany tytułu V mają za przedmiot przede wszystkim relacje państwa z władzami lokalnymi, a modyfikacje tytułu VI – wybór sędziów Sądu Konstytucyjnego.

### **Główne założenia projektowanych zmian Konstytucji Republiki Włoskiej z 27 grudnia 1947 r.**

Nowy system we włoskim parlamencie przyjmuje postać dwuizbowości asymetrycznej. Tylko Izba Deputowanych wykonuje w pełni funkcję ustawodawczą, wskazuje kierunki polityki i wykonuje funkcję kontrolną nad rządem, stając się wyłącznie uprawnioną do wyrażania rządowi wotum zaufania. Deputowani są w dalszym ciągu reprezentantami Narodu, podczas gdy Senat stanowi reprezentację władz lokalnych, wykonuje funkcje związane z relacjami państwa oraz wspólnot lokalnych, a także Unii Europejskiej, uczestnicząc tym samym w kształtowaniu i aktualizacji polityk wspólnotowych<sup>19</sup>. Nowy Senat ma za zadanie także ocenę prowadzonej polityki i działalności administracji publicznej, weryfikację wprowadzanych ustaw oraz wyrażanie opinii w sprawie nominacji rządowych. Wszystkie z wymienionych kompetencji wykonywane są wspólnie z Izłą Deputowanych, podobnie jak sprawowanie funkcji ustawodawczej w dziedzinach, w których na mocy znowelizowanego art. 70 Konstytucji Republiki Włoskiej zachowany został dotychczasowy tryb, to znaczy co do zasady przyjmowanie ustaw w tym samym brzmieniu przez obie izby<sup>20</sup>. Do dziedzin tych należy uchwalanie aktów

---

Pierwsza z nich podkreśla centralny charakter parlamentu jako instrumentu i siły napędowej reform Konstytucji oraz prawodawstwa, z kolei druga z nich skupia się na licznych trudnościach w reformowaniu we własnym zakresie i obrębie systemu polityczno-partyjnego, co jest przejawem tzw. paradoksu reform. Zjawisko to zakłada, że im bardziej dany system polityczny jest nieskuteczny, tym większe napotyka trudności w zreformowaniu się, jako że najlepszym świadectwem skuteczności jest dobra reforma.

<sup>19</sup> La riforma costituzionale – Schede di lettura, nr 216, [online] <<http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ac0500p.pdf>> (dostęp: 30.11.2016).

<sup>20</sup> Sformułowania „co do zasady” użyto ze względu na treść art. 72 Konstytucji Republiki Włoskiej, stanowiącego, że każdy projekt ustawy przedstawiony jednej z izb jest, stosownie do postanowień jej regulaminu, rozpatrywany przez jedną komisję, a następnie przez samą izbę, która uchwała go, głosując artykuł po artykule oraz całość projektu w głosowaniu końcowym. Regulamin ustala procedury skrócone dla projektów ustaw, które uznane zostały za pilne. Regulamin może też ustalić, w jakich sytuacjach i formach rozpatrzenie i uchwalenie projektów ustaw jest przekazywane komisjom, również stałym, utworzonym w sposób umożliwiający odzwierciedlenie proporcji grup

prawnych mających za przedmiot: rewizję konstytucji oraz ustawy konstytucyjne, o których mowa w niezmienionym art. 138 Konstytucji, wybory do Senatu z uwzględnieniem przypadków, w których senatorowie nie mogą zostać wybrani bądź ich wybór jest nieuprawniony, ustawy będące wykonaniem postanowień konstytucyjnych odnoszące się do ochrony mniejszości językowych, ustawy o referendum i innych formach konsultacji społecznych, ratyfikację traktatów związanych z obecnością Włoch w Unii Europejskiej i ustawy regulujące ogólne zasady, formy i terminy uczestnictwa Włoch w formułowaniu i wykonywaniu polityk wspólnotowych, ustawy dotyczące ustroju wspólnot lokalnych oraz ich relacji z państwem, wśród których należy wyróżnić te odnoszące się do ich funkcji w stosunku do odpowiadających im organów stanowiących i prawa wyborczego, przyznawania pewnych form autonomii, a także ich uczestnictwa w kształtowaniu i realizowaniu umów międzynarodowych i wspólnotowych aktów prawnych, wykonywania przez wspólnoty lokalne powierzonych im zadań, przyznawania prawa własności wspólnotom lokalnym, zmiany granic regionów oraz ich bezpośrednich kontaktów zagranicznych.

Według badań Openpolis<sup>21</sup> z listopada 2016 r., jeżeli nowy system ustawodawczy proponowany w reformie Renziego, zostałyby zastosowany w procesie stanowienia prawa, oznaczałoby to przyznanie wyłącznej kompetencji do uchwalania ustaw w 90% przypadków Izbie Deputowanych, a procedura znana dotychczas utrzymana zostałaby tylko dla 10%. Bezpośrednim skutkiem takich rozwiązań jest skrócenie czasu procedury ustawodawczej. W obecnej kadencji parlamentu średnio potrzebowano 237 dni dla uchwalenia ustawy, jednakże znaczne różnice zauważalne są w zależności od podmiotu występującego z inicjatywą ustawodawczą. Dla projektów rządowych było to średnio 172 dni, czyli mniej niż pół roku, a dla inicjatyw parlamentarnych – prawie półtora (504 dni)<sup>22</sup>.

Kolejne, istotne z punktu widzenia tego opracowania zmiany dotyczą składu Senatu. Reforma Boschi–Renzi zakłada zredukowanie liczby senato-

---

parlamentarnych. Również w takich sytuacjach, aż do chwili jego ostatecznego uchwalenia, projekt ustawy odsyła się do izby, jeśli Rząd albo jedna dziesiąta część składu izby lub jedna piąta składu komisji zażądała, żeby projekt był dyskutowany i głosowany przez samą izbę, albo też żeby był jej przedstawiony dla jego uchwalenia końcowego wyłącznie w drodze głosowania. Regulamin określa formy publikacji prac komisji. Procedura zwykła rozpatrywania i uchwalania bezpośrednio przez izbę jest zawsze stosowana do projektów ustaw w dziedzinie konstytucyjnej i wyborczej oraz do projektów ustaw dotyczących delegacji ustawodawczej, upoważnienia do ratyfikowania traktatów międzynarodowych, uchwalania budżetu i zamknięcia rachunków państwowych, [online] <<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wlochy.html>> (dostęp: 8.07.2017).

<sup>21</sup> Stowarzyszenie zajmujące się obserwacją życia politycznego we Włoszech, dostępem obywateli do danych publicznych, wspieraniem inicjatywy obywatelskiej i uczestnictwa obywateli w polityce. Hasło przewodnie stowarzyszenia to „Przejrzystość, którą widać”.

<sup>22</sup> Zob. [online] <<http://blog.openpolis.it/2016/11/23/quale-ruolo-avrebbe-il-senato-nel-fare-le-leggi-speciale-referendum/11027>> (dostęp: 30.11.2016).

rów do 100. Obecnie w tej izbie zasiada 315 członków oraz senatorowie dożywotni. 95 członków nowego Senatu miałyby reprezentować wspólnoty lokalne, a nie, jak dotąd, naród i być wybieranymi przez Rady Regionalne i Rady prowincji autonomicznych Trento i Bolzano. 74 ma być wybieranych spośród członków rad, a 21 spośród burmistrzów sprawujących urząd na danym terytorium – po jednym z 21 wskazanych<sup>23</sup>. Wybory bezpośrednie członków tej izby zostaną zastąpione wyborami pośrednimi (drugiego stopnia). Pięciu senatorów to osoby mianowane przez Prezydenta Republiki za najwyższe zasługi, które zastąpią dotychczasowych senatorów dożywotnich, a ich kadencja będzie trwała 7 lat bez możliwości ponownej nominacji. Utrzymano natomiast instytucję senatorów dożywotnich z mocy prawa dla emerytowanych Prezydentów Republiki. Przepisy przejściowe przewidują dalsze sprawowanie funkcji przez 4 nominowanych przed wejściem w życie reformy senatorów dożywotnich (Elena Cattaneo, Mario Monti, Renzo Piano i Carlo Rubbia), których liczba będzie uwzględniona w ogólnej liczbie 5 senatorów nominowanych przez Prezydenta Republiki.

Tytuł III przewiduje także zmiany polegające na dodaniu do zasad należytego funkcjonowania oraz bezstronności administracji publicznej także zasady przejrzystości.

Istotne dla niniejszego opracowania modyfikacje zostały przewidziane w tytule V i mają za przedmiot relacje państwa ze wspólnotami lokalnymi. Zagadnienia te były już poddawane pod głosowanie w roku 2001 w referendum zatwierdzającym rewizję Konstytucji, na podstawie której zwiększyła się decentralizacja administracji. Nowe regulacje zmierzają do ponownej centralizacji, przywracając państwu kompetencje stanowienia prawa w różnych dziedzinach, należących dotąd do uprawnień wspólnot lokalnych oraz wprowadzając klauzulę najszerszej władzy przysługującej państwu<sup>24</sup>. Z konstytucyjnego katalogu elementów tworzących Republikę usunięto prowincje, z wyjątkiem autonomicznych prowincji Trento i Bolzano.

W art. 116 Konstytucji, w celu możliwego przyznania szczególnych warunków autonomii regionom ustawą przyjętą przez obydwie izby, wymaga się, aby region znajdował się w stanie równowagi w odniesieniu do dochodów i wydatków przewidzianych w budżecie. Ponadto zredukowano zakres materii, w których mogą zostać przyznane szczególne formy autonomii regionom zwyczajnym. Art. 117 przewiduje zniesienie ustawodawstwa konkurencyjnego między państwem a regionami<sup>25</sup>. Dziedziny, które obejmowało dotych-

<sup>23</sup> Włochy dzielą się na 20 regionów, ale jak wspomniano, Trentino Alto-Adige to w zasadzie dwie autonomiczne prowincje, które uwzględnione oddzielnie dają łączną liczbę 21.

<sup>24</sup> E. Rossi, *Una costituzione migliore? – Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Piza 2016, s. 173–178.

<sup>25</sup> Polega ono na przyznaniu kompetencji ustawodawczej regionom pod warunkiem zachowania fundamentalnych zasad danej dziedziny. Ich stanowienie należy do kompetencji państwa.

czas, mają zostać rozdzielone pomiędzy kompetencje państwa oraz regionów, lecz większa część zostanie przyznana państwu.

## Argumenty zwolenników i przeciwników wprowadzeniu reform

Wśród powodów przemawiających za wprowadzeniem reform wskazuje się m.in. wprowadzenie szybszego trybu ustawodawczego, a tym samym ograniczenie wielokrotnego przekazywania między izbami projektów aktów prawnych określane jako *navetta parlamentare*, oszczędności szacowane na setki milionów euro, pochodzące ze zniesienia CNEL, zredukowania liczby senatorów oraz eliminacji ich dodatków finansowych, rozwiązanie wielu sporów kompetencyjnych między państwem a regionami przy wykonywaniu władzy ustawodawczej, zmianę zakresu autonomii regionalnej uzasadnioną w kontekście nagłaśnianych skandali finansowych i złego gospodarowania środkami publicznymi.

Przeciwnicy z kolei, krytykując sposób, w jaki ustawa została uchwalona – bez szerokiego konsensusu – oraz wątpliwą jakością zaproponowanego aktu prawnego, podkreślają ryzyko, że nowy Senat stanie się w istocie bezużyteczny, co wprowadziłoby komplikacje w systemie instytucji państwowych, złożoność nowego trybu ustawodawczego powiązaną z dużą liczbą możliwych procedur mogących powodować spory między izbami, niedostateczne lub nawet brak oszczędności oczekiwanych w związku z wprowadzeniem reformy, rezygnację z wyborów bezpośrednich senatorów, co w praktyce przełożyłoby się na oddalenie władz od obywateli, zbyt duże ograniczenie autonomii regionów, co stoi w sprzeczności z zasadą pomocniczości. Ryzyko dostrzegane przez niektórych przeciwników zmian to także możliwe wspieranie tendencji autorytarnych w nowej strukturze instytucjonalnej poprzez efekt wprowadzenia *Italicum*, jak i nowy kształt procedury ustawodawczej<sup>26</sup>.

Gustavo Zagrebelsky, były przewodniczący Sądu Konstytucyjnego, wskazuje na skomplikowanie struktury instytucjonalnej i postępowania, opisując reformę jako „degradację Senatu do roli izby o znaczeniu drugorzędnym”, co jego zdaniem, spowodowałoby „upokorzenie polityki” i ryzyko „postępującego wyczerpywania się demokracji”<sup>27</sup>. Francesco Clementi – prze-

<sup>26</sup> „Gazetta Italia” podaje, że działania premiera Matteo Renziego ukierunkowane są na wzmocnienie władzy rządu. Chce ograniczyć kontrolę swoich działań przez reformę Senatu, która ma na celu osłabienie tej izby parlamentu, [online] <<http://www.money.pl/gospodarka/wiadomosci/artukul/referendum-we-wloszech,222,0,2211550.html>> (dostęp: 12.06.2017).

<sup>27</sup> *Riforme, Gustavo Zagrebelsky contro il ddl Boschi: „Umilia il Parlamento, è il suicidio assistito della Costituzione”*, „L’Huffington Post” z 8 września 2015 r., [online] <[http://www.huffingtonpost.it/2015/09/08/zagrebelsky-riforme-ddl-boschi-umiliano-parlamento\\_n\\_8101538](http://www.huffingtonpost.it/2015/09/08/zagrebelsky-riforme-ddl-boschi-umiliano-parlamento_n_8101538)



ciwnie – utrzymuje, że reforma byłaby w stanie umieścić Włochy wśród „najlepszych liberalnych demokracji europejskich”<sup>28</sup>.

## Podsumowanie

Ostatecznie Włosi w referendum jednoznacznie sprzeciwili się planom premiera Matteo Renziego i odrzucili forsowane przez rząd propozycje zmian w Konstytucji. Frekwencja wyniosła ponad 65%, a przeciw wprowadzeniu reform opowiedziało się 59,11% głosujących<sup>29</sup>. Kryzysem już okrzyknęły sytuację na Półwyspie Apenińskim włoskie media<sup>30</sup>.

Premier Włoch Matteo Renzi wziął na siebie odpowiedzialność za porażkę w referendum konstytucyjnym i w związku z wynikami referendum konstytucyjnego, krótko po ich ogłoszeniu, złożył dymisję na ręce prezydenta Sergio Mattarelliego.

Reforma Konstytucji była główną misją tego rządu i miała spowodować, że proces ustawodawczy będzie szybszy i bardziej stabilny, a także pozytywnie wpłynie na szeroko rozumianą redukcję kosztów polityki i administracji. Włoski dług publiczny przekroczył 2 biliony 250 milionów euro<sup>31</sup>. To nominalnie najwyższy dług publiczny w Europie. W krajach Unii pod tym względem Włochy ustępują tylko Grecji.

Kraj ten wciąż nie wyszedł z kryzysu, który trwa tam od dekady. Na dość wysokim poziomie utrzymuje się stopa bezrobocia, niewątpliwie niekorzystnymi zjawiskami są także rozwinięta biurokracja oraz administracja publiczna dotknięta przez korupcję. Nie bez znaczenia dla sytuacji we Włoszech jest kryzys migracyjny.

html> (dostęp 30.11.2016). E. Mauro, *Referendum, Zagrebelsky: „Il mio No per evitare una democrazia svuotata”*, „La Repubblica” z 26 maja 2016. Zob. [online] <[http://www.repubblica.it/politica/2016/05/26/news/referendum\\_riforme\\_zagrebelsky-140616373/](http://www.repubblica.it/politica/2016/05/26/news/referendum_riforme_zagrebelsky-140616373/)> (dostęp: 30.11.2016).

<sup>28</sup> A. Picardi, *Vi spiego i benefici della nuova Costituzione. Parla il prof. Clementi*, [online] <<http://formiche.net/2016/04/18/perche-la-riforma-della-costituzione-rendera-litalia-migliore-parla-il-prof-clementi/>> (dostęp: 30.11.2016).

<sup>29</sup> Dane za [online] <<http://elezioni.interno.it/referendum/scrutini/20161204/FX01000.htm>> (dostęp: 7.12.2016).

<sup>30</sup> „Corriere della Sera” podkreśla wysoką frekwencję w referendum. Większość obywateli „powiedziała »nie« sposobowi, w jaki Matteo Renzi chciał zmienić konstytucję. Należy to powiedzieć Europie, a także tym, którzy mają pokusę, by podsycać alarm z powodu ewentualnych następstw finansowych”. Przywódca populistycznego Ruchu Pięciu Gwiazd Beppe Grillo, który nawoływał do głosowania za odrzuceniem zmian w konstytucji, nie będzie mógł łatwo przypisać sobie zwycięstwa. Jak zaznacza dziennik, „naród włoski bardziej odrzucił styl niż samą politykę” i pokazał, że w Konstytucji widzi „środek ciężkości wszystkich gwarancji” Dane za [online] <<http://businessinsider.com.pl/polityka/wlochy-wyniki-referendum-konstytucyjnego-dymisja-premiera/lr8f4r4>> (dostęp: 7.12.2016).

<sup>31</sup> Zob. [online] <<http://biznes.onet.pl/wiadomosci/ue/wlochy-rosnie-zadluzenie/542wmt>> (dostęp: 12.06.2017).

Mając na uwadze powyższe, należałoby zastanowić się, czy rewolucyjne zmiany ustawy zasadniczej są właściwym sposobem na rozwiązanie problemów, z którymi borykają się Włochy, czy też nie lepsze byłyby rozwiązania ewolucyjne, polegające na stopniowych zmianach aktów prawnych niższego rzędu, za to o większym stopniu szczegółowości niż ustawa zasadnicza, a także bezpośrednim oddziaływaniu na poszczególne kwestie. Wymaga podkreślenia, że duża waga omawianego zagadnienia jest spowodowana zależnościami między stanem finansów publicznych we Włoszech a sytuacją wszystkich państw należących do Unii Europejskiej.

## Literatura

- Gaca A., Witkowski Z., *Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Włoskiej*, Toruń 2012.
- Onida V., Gorlero M. P., *Compendio di diritto costituzionale*, Rzym 2011.
- Rivosecchi G., *Reformy instytucjonalne i system dwuizbowy we Włoszech – analiza stanu reform*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.
- Rossi E., *Una costituzione migliore? – Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Piza 2016.
- Vergottini G. de, *Geneza i ewolucja konstytucji Republiki Włoskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.
- Wawrzyniak J., *Reformy instytucjonalne we Włoszech*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.
- Witkowski Z., *Konstytucja Republiki Włoskiej z 1947 r. (w sześćdziesiątą rocznicę jej uchwalenia)*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 6.
- Zakrzewska J., *Włochy. Zarys ustroju*, Wrocław 1974.

## Summary

### *The latest attempt at constitutional reforms in Italy*

**Key words:** Italian Republic, constitution, reforms, failed attempt, referendum.

The article is an attempt to outline the origin of the proposed reforms and their main assumptions (the extent of the issue does not allow for a thorough analysis of all 47 draft amendments to the Constitution). Because of the interconnectedness of the economies of the member states of the European Union, is not the only internal problem of Italy. The specificity of the subject matter is conditioned mainly by the use of Internet sources, both in the form of comments from the Polish and Italian media on the current events, as well as on the available draft of bills and binding legal acts. Other available official documents (ministerial and governmental) were also used. It is not without significance for the present study that translations of source materials are done by the author, taking into account specificity of the legal language.

**Justyna Krzywkowska**

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Uregulowania prawne i praktyka w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce**

Z prawem do nauczania religii w szkołach publicznych wiąże się nierozdzielnie prawo człowieka do wolności sumienia i religii<sup>1</sup>, a w szczególności prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swymi przekonaniem religijnymi i moralnymi<sup>2</sup>. W czasach PRL-u władze komunistyczne pozwalały na nauczanie religii jedynie w kościołach lub salach parafialnych. Lekcje religii powróciły do polskiego systemu edukacji publicznej od dnia 1 września 1990 r. i prowadzone są w przedszkolach, szkołach podstawowych, gimnazjach oraz szkołach ponadpodstawowych (tzn. w liceach, technikum, szkołach zawodowych) w wymiarze dwóch godzin lekcyjnych w tygodniowym rozkładzie zajęć<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art. 53 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>2</sup> Art. 53 ust. 3 oraz art. 48 ust. 1 Konstytucji RP. P. Sobczyk, *Problemy dotyczące realizacji prawa rodziców do religijnego i moralnego wychowania dzieci w szkole publicznej w Polsce*, [w:] J. Krukowski, M. Sitarz, B. Pieron (red.), *Przynależność do Kościoła a uczestnictwo wiernych w życiu publicznym*, Lublin 2014, s. 179–194; J. Wroceński, *Prawo rodziców do religijnego wychowania dzieci i młodzieży według prawa polskiego*, [w:] „*Matrimonium spes mundi*”. *Małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym, polskim i międzynarodowym. Księga pamiątkowa dedykowana ks. prof. Ryszardowi Sztuchmillerowi*, Olsztyn 2008, s. 455–470; H. Suchocka, *Prawo do nauczania religii w szkole na tle standardów europejskich*, „*Ethos*” 1999, nr 1/2, s. 342–355; K. Więcek, *Nauczanie religii katolickiej w polskiej szkole publicznej w kontekście prawa rodziców do wychowania religijnego dzieci: aspekty historyczne i wybrane aktualne problemy*, „*Studia z Prawa Wyznaniowego*” 2013, t. 16, s. 185–211.

<sup>3</sup> Instrukcja MEN z dnia 3 sierpnia 1990 r. dotycząca powrotu nauczania religii do szkoły w roku szkolnym 1990/1991 oraz Instrukcja MEN z dnia 24 sierpnia 1990 r. dotycząca powrotu nauczania religii do szkoły w roku szkolnym 1990/1991, określająca zasady współdziałania z kościołami i związkami wyznaniowymi poza Kościołem rzymskokatolickim. Instrukcje te utraciły moc z chwilą obowiązywania Rozporządzenia MEN z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach (Dz.U. nr 36, poz. 155 z późn. zm.). Rozporządzenie to zostało zmodyfikowane przez Rozporządzenie MEN z dnia

Prawo organizacji zajęć z religii w placówkach szkolnych gwarantowane jest przepisem art. 53 ust. 4 Konstytucji RP, który brzmi: „Religia kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób”<sup>4</sup>. Ustalając zakres pojęcia religii konieczne jest odwołanie się do uregulowań pozakonstytucyjnych, a nawet pozaprawnych, tj. z kręgu teologii czy filozofii<sup>5</sup>. Zapewnienie realizacji prawa do nauczania religii w szkołach w warunkach pluralizmu religijnego i świątopoglądowego – przy jednoczesnym poszanowaniu zasady wolności i wzajemnej tolerancji<sup>6</sup> – należy do zadań dyrektora szkoły i organu prowadzącego szkołę.

Zwłaszcza na początku każdego roku szkolnego ożywają dyskusje na temat obecności i nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce. Pojawia się wówczas wiele wątpliwości, które bywają krzywdzące. Wskazane jest przypominanie zasad określających funkcjonowanie nauczania religii we współczesnej szkole.

## Organizacja zajęć z religii

Lekcje religii w polskiej szkole mają solidne umocowanie prawne. Kompetentnymi osobami do zapewnienia nauki religii w pomieszczeniach szkolnych są: Minister Edukacji Narodowej oraz organy administracji państwowej.

---

30 czerwca 1999 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu organizowania lekcji religii w szkołach publicznych (Dz.U. nr 67, poz. 753 z późn. zm.). Następnie obowiązywało Rozporządzenie MEN z dnia 25 marca 2014 r., które weszło w życie z dniem 1 września 2014 r. Nowelizacja ta wynikała z konieczności wykonania przez Rzeczpospolitą Polską wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* (skarga 7710/02). W dniu 1 września 2017 r. weszła w życie kolejna nowelizacja – Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 7 czerwca 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach (Dz.U. poz. 1147). Pytania o miejsce religii jako przedmiotu szkolnego były przedmiotem obrad Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pt. „Religia i etyka w edukacji publicznej”, zorganizowanej na Wydziale Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie w dniu 16 listopada 2012 r. Nauczanie religii w latach 1945–1989 opisują: H. Misztal, *Polskie prawo wyznaniowe, I. Zagadnienia wstępne. Rys historyczny*, Lublin 1997, s. 269–276; P. Tomasik, *Nauczanie religii w szkole: doświadczenia przebytego okresu*, „Ateneum Kapłańskie” 2004, t. 142, z. 3, s. 438–449.

<sup>4</sup> Religia jest jedynym przedmiotem szkolnym, którego nauczanie znajduje uzasadnienie w Konstytucji RP z 1997 r. Zob. M. Pilich, *Prawne aspekty nauczania religii i krzewienia religijności w szkołach publicznych*, [w:] T. Zieliński (red.), *Obecność religii w publicznym systemie oświaty w aspekcie prawnym*, Warszawa 2012, s. 23–24.

<sup>5</sup> P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 73; L. Krzyżak, A. Tymieniecka, *Prawne uregulowania nauczania religii w szkołach*, [w:] J. Cymbała, J. Krzywkowska, M. Paszkowski (red.), *Prawo weunętrzne Kościoła katolickiego a polski porządek prawny*, Olsztyn 2015, s. 189–200.

<sup>6</sup> Sobór Watykański II, Deklaracja „Dignitas humanae” o wolności religijnej, 7.12.1965 r., AAS 58 (1966): 929–941.

Minister Edukacji Narodowej wydaje stosowne rozporządzenia w zakresie nauczania religii w porozumieniu z poszczególnymi kościołami i innymi związkami wyznaniowymi. Bezpłatne lekcje religii w szkołach i przedszkolach publicznych organizowane są na życzenie rodziców i uczniów na podstawie wielu przepisów prawnych, począwszy od Konstytucji poprzez Konkordat<sup>7</sup>, ustawę o systemie oświaty<sup>8</sup> aż po rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu organizowania lekcji religii w publicznych przedszkolach i szkołach<sup>9</sup>.

Szkoła ma obowiązek zorganizowania lekcji religii dla grupy nie mniejszej niż 7 uczniów danej klasy lub oddziału. Jeśli w szkole zgłosi się mniej uczniów, to dyrektor szkoły przekazuje oświadczenia organowi prowadzącemu, który w porozumieniu z władzami zwierzchnimi kościoła lub innego związku wyznaniowego organizuje zajęcia z religii w pozaszkolnych punktach katechetycznych<sup>10</sup>. Nowelizacja rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach, która nastąpiła w 2014 r., spowodowała wykreślenie przepisu uzależniającego możliwość utworzenia grupy międzyszkolnej lub pozaszkolnego punktu katechetycznego od zgłoszenia co najmniej trzech uczniów. Wprowadzenie tej zmiany pozwala zapewnić udział w zajęciach z religii tym, którzy z racji przynależności do niewielkich liczebnie kościołów lub innych związków wyznaniowych o uregulowanej w Rzeczypospolitej Polskiej sytuacji prawnej nie mogli korzystać z przysługujących im praw wynikających z art. 53 ust. 4 Konstytucji RP.

Od roku szkolnego 2014/2015 życzenie uczestnictwa w zajęciach z religii składa się w formie oświadczenia pisemnego z możliwością jego zmiany. Oświadczenie może złożyć także osoba niewierząca. Religia nie jest dla

---

<sup>7</sup> Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. z 1998 r., nr 51, poz. 318 z późn. zm.), art. 12: „Szkoły publiczne podstawowe i ponadpodstawowe oraz przedszkola, prowadzone przez organy administracji państwowej i samorządowej, organizują zgodnie z wolą zainteresowanych naukę religii w ramach planu zajęć szkolnych i przedszkolnych”.

<sup>8</sup> Art. 12 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz.U. nr 95, poz. 425 z późn. zm.): „1. Publiczne przedszkola, szkoły podstawowe i gimnazja organizują naukę religii na życzenie rodziców, publiczne szkoły ponadgimnazjalne na życzenie bądź rodziców, bądź samych uczniów; po osiągnięciu pełnoletności o pobieraniu nauki religii decydują uczniowie. 2. Minister właściwy do spraw oświaty i wychowania w porozumieniu z władzami Kościoła Katolickiego i Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego oraz innych kościołów i związków wyznaniowych określa, w drodze rozporządzenia, warunki i sposób wykonywania przez szkoły zadań, o których mowa w ust. 1”. Ustawa o systemie oświaty przyznała uczniom szkół ponadgimnazjalnych uprawnienie do decydowania o udziale w lekcjach religii, z kolei Konkordat RP to uprawnienie przyznaje uczniom pełnoletnim. Decyzje dotycząca katolickich uczniów niepełnoletnich podejmują wyłącznie rodzice.

<sup>9</sup> Dz.U. z 2014 r., poz. 478.

<sup>10</sup> Pojęcie punktu katechetycznego wyjaśnia: B. Rakoczy, *Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 158–161.

ucznia przedmiotem obowiązkowym, ale po złożeniu stosownego oświadczenia udział w zajęciach z religii staje się obligatoryjny. Szkoła nie ma prawa domagać się oświadczeń informujących o nieuczestniczeniu ucznia w zajęciach z religii, natomiast w przypadku rezygnacji z udziału w tych zajęciach konieczne jest poinformowanie szkoły o zmianie decyzji. W praktyce rodzic pierwszoklasisty składa oświadczenie o wyrażeniu zgody na udział dziecka w lekcjach religii i takie oświadczenie ważne jest do zakończenia edukacji dziecka w danej szkole. Prawo nie określa, jakiemu podmiotowi należy składać ww. oświadczenia. Jak pokazuje praktyka szkolna, zbierają je wychowawcy danej klasy, a następnie są one przechowywane w aktach osobowych uczniów. W dniu 26 sierpnia 2017 r. Komisja Wychowania Katolickiego Konferencji Episkopatu Polski wydała oświadczenie w sprawie deklaracji o udziale w zajęciach z religii<sup>11</sup>. Podkreślono w nim, że żądanie ponawiania zgody na udział w lekcji religii na początku każdego roku szkolnego jest nadużyciem i może wręcz nakłaniać do zmiany raz podjętej decyzji.

Nauczyciele religii rzymskokatolickiej są zobowiązani informować proboszcza parafii, do której przynależy dany uczeń, że nie uczęszcza on na lekcje religii. W kartotece parafialnej dokonywana jest wówczas stosowna adnotacja<sup>12</sup>. Na temat tych „donosów”<sup>13</sup> wypowiedział się Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. Stwierdził on, że Kościół ma prawo sprawować pieczę nad nauczaniem religii wobec osób przynależących do Kościoła oraz m.in. wizytować lekcje religii. Katecheta prowadzący zajęcia z religii jest desygnowany, po uprzednim sprawdzeniu jego kwalifikacji, przez właściwego biskupa diecezjalnego. Tym samym ma prawo udostępniać proboszczowi informacje o uczęszczaniu ucznia na lekcje religii oraz o wynikach nauczania<sup>14</sup>.

Nauka religii w szkołach publicznych wszystkich typów odbywa się w wymiarze dwóch godzin lekcyjnych tygodniowo. Wymiar ten może być zmniejszony jedynie za zgodą biskupa diecezjalnego Kościoła katolickiego albo władz zwierzchnich pozostałych kościołów i innych związków wyznaniowych. Jeżeli dziecko uczy się religii (i innych przedmiotów) w systemie edu-

<sup>11</sup> Zob. [online] <[www.katecheza.episkopat.pl/](http://www.katecheza.episkopat.pl/)> (dostęp: 20.10.2017).

<sup>12</sup> Wydział Katechetyczny Kurii Diecezjalnej w Kaliszu, *Instrukcja duszpasterska dotycząca oświadczenia woli uczestniczenia w nauczaniu religii*, 1.09.2017, l.dz. 1287/2014, Archiwum Diecezjalne w Kaliszu.

<sup>13</sup> Zob. m.in. [online] <[http://wyboreza.pl/1,76842,16614713,Kuria\\_straszy\\_rodzicow\\_\\_Wypisales\\_dziecko\\_z\\_religii\\_.html](http://wyboreza.pl/1,76842,16614713,Kuria_straszy_rodzicow__Wypisales_dziecko_z_religii_.html)> (dostęp: 10.03.2017).

<sup>14</sup> Instrukcja opracowana przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych oraz Sekretariat Konferencji Episkopatu Polski, *Ochrona danych osobowych w działalności Kościoła Katolickiego w Polsce*, Warszawa 2009, [online] <[www.giodo.gov.pl/data/filemanager\\_pl/wsp\\_krajowa/KEP.pdf](http://www.giodo.gov.pl/data/filemanager_pl/wsp_krajowa/KEP.pdf)> (dostęp: 10.03.2017). Odmiennie zdanie zawarte u M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 261: „O fakcie uczęszczania lub nieuczęszczania na lekcje religii duchowny, dyrektor czy nauczyciel nie mogą nikogo informować”.

kacji domowej, wówczas rodzice powinni powiadomić o tym fakcie księdza proboszcza parafii miejsca zamieszkania.

W opinii publicznej krąży przekonanie, że religia i etyka są to przedmioty przeciwstawne – religia jest dla osób wierzących, zaś etyka dla niewierzących. Rezygnacja z odbywania nauki religii w szkole nie powoduje konieczności uczestniczenia w nauce etyki. Przepisy prawne stanowią, że uczeń może uczestniczyć w zajęciach z religii, etyki lub obu przedmiotów, może też nie wybrać żadnego z nich<sup>15</sup>. Jeśli w danej szkole część uczniów wyrazi życzenie uczestniczenia w zajęciach zarówno z religii, jak i z etyki, szkoła jest zobowiązana umożliwić im udział w zajęciach z obu przedmiotów. Jeżeli uczeń nie korzysta w szkole z nauki religii to szkoła ma obowiązek zapewnić temu uczniowi w czasie trwania lekcji opiekę lub zajęcia wychowawcze.

Za treści nauczania religii określonego wyznania odpowiadają właściwe władze zwierzchnie poszczególnych związków wyznaniowych. Zatwierdzone przez nie programy i podręczniki są przekazywane Ministrowi Edukacji Narodowej do wiadomości<sup>16</sup>. Nadzór nad nauczaniem religii w szkole pełnią zarówno wizytatorzy kościelni, jak i wizytatorzy z kuratorium oświaty. Wizytacje kościelne przede wszystkim kontrolują, czy treść nauczania jest zgodna z doktryną danego związku wyznaniowego. Natomiast wizytacje z kuratorium lub przeprowadzane przez dyrektora szkoły odnoszą się jedynie do metodyki nauczania oraz zgodności z programem.

Nauczanie religii w szkołach publicznych w Polsce odbywa się w formie wyznaniowej, czyli według przynależności rodziców i ich dzieci do określonego związku wyznaniowego. Uczniowie mogą odmawiać modlitwę w sali religijnej (katechetycznej) na początku i na końcu zajęć. Ponadto uzyskują trzy kolejne dni zwolnienia z zajęć szkolnych w celu odbycia rekolekcji wielkopostnych, jeżeli przewidują taki obowiązek przepisy wewnętrzne danego związku wyznaniowego. W czasie trwania rekolekcji szkoła nie jest zwolniona z realizowania funkcji opiekuńczej i wychowawczej.

## Ocena z religii

Na stopień szkolny z religii nie mogą mieć wpływu praktyki religijne. Ocenia się wiadomości, gorliwość w zdobywaniu wiedzy, prowadzenie zeszytu, odrabianie prac domowych. Nauczyciel religii jest zobowiązany do przestrzegania jawności w wystawianiu ocen.

<sup>15</sup> Orzeczenia TK z dnia 20 kwietnia 1993 r., sygn. akt U 12/92, oraz 2 grudnia 2009 r., sygn. akt U 10/07.

<sup>16</sup> K. Misiaszek, *Programy nauczania religii w szkole*, „Ateneum Kapłańskie” 2004, t. 142, z. 3, s. 467–479.

Z dniem 1 września 2007 r. oceny z religii są wliczane do średniej ocen ucznia, ale nie wpływają na promocję do następnej klasy<sup>17</sup>. Ocena ta umieszczana jest na świadectwie szkolnym bezpośrednio po ocenie z zachowania. W celu wyeliminowania ewentualnych przejawów nietolerancji nie należy wprowadzać jakichkolwiek dodatkowych informacji ujawniających, czy ocena dotyczy religii, czy etyki oraz na zajęcia z jakiej religii uczeń uczęszczał. Z tego względu w przypadku świadectw dla I etapu edukacyjnego nie stosuje się oceny opisowej z religii. Niezgodne z przepisami jest również w zamieszczonym na świadectwie określeniu „religia/etyka” skreślenie lub podkreślenie jednego z przedmiotów. Jeśli uczeń nie uczestniczył ani w zajęciach z religii, ani z etyki, na świadectwie szkolnym w miejscu przeznaczonym na ocenę z przedmiotu należy wstawić kreskę, bez jakichkolwiek dodatkowych adnotacji. Jeśli natomiast uczeń zadeklarował udział w zajęciach z obu przedmiotów, do 2016 r. umieszczano na świadectwie szkolnym ocenę dla niego korzystniejszą, ale bez adnotacji, którego przedmiotu ona dotyczy i tę ocenę wliczano do średniej ocen. Od roku szkolnego 2016/2017 mają zastosowanie nowe przepisy, zgodnie z którymi, jeżeli uczeń uczęszczał na zajęcia zarówno z religii, jak i etyki, to wówczas wpisuje się obie oceny<sup>18</sup>.

Niektórzy twierdzą, że dobrym rozwiązaniem byłoby wystawianie odrębnego świadectwa z nauczania religii, jak to miało miejsce w czasach, gdy religia była prowadzona w salkach katechetycznych. Jednakże skoro lekcje z religii odbywają się obecnie na terenie szkoły, to nie ma powodów, aby ocena z religii nie była widoczna na świadectwie szkolnym. Religia jest jednym z przedmiotów szkolnych i nie może być traktowana powierzchownie<sup>19</sup>. Natomiast uczniowie korzystający z nauki religii prowadzonej przez kościoły lub inne związki wyznaniowe w grupach międzyszkolnych i w punktach katechetycznych otrzymują ocenę z religii na świadectwie wydawanym przez szkołę, do której uczęszczają, na podstawie świadectwa przekazanego przez katechetę.

---

<sup>17</sup> Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 13 lipca 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych (Dz.U. nr 130, poz. 906).

<sup>18</sup> Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 11 sierpnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowych warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy w szkołach publicznych (Dz.U. poz. 1278).

<sup>19</sup> R. Balunowski, *Co dalej z oceną z religii?*, „Katecheta” 2003, nr 9, s. 61–63.



## Status nauczycieli religii

Jak wynika z Raportu Ośrodka Rozwoju Edukacji, w roku szkolnym 2014/2015 było zatrudnionych 51 665 nauczycieli religii<sup>20</sup>. Zgodnie ze statusem zawodowym, nauczyciel religii, jak każdy inny nauczyciel w szkole, ma swoje prawa i obowiązki. Wynikają one nie tylko z przepisów prawa oświatowego, lecz także z dokumentów władz kościelnych, które określają tożsamość i zadania nauczyciela religii jako skierowanego do środowiska szkolnego przedstawiciela danego związku wyznaniowego<sup>21</sup>.

Nauczyciel religii, jako przekaziciel prawd objawionych, powinien tak prowadzić swoją pracę i dostarczać argumentów rozwijających wiarę, aby katechizowani zostali wierzącymi przez całe życie. Na nim spoczywa odpowiedzialność za poprawne przekazywanie wiedzy o prawdach wiary, normach moralnych i liturgii. Powinien zatem być odpowiednio wykształcony, znać metodykę pracy, korzystać z osiągnięć współczesnej dydaktyki. W Polsce istnieją wydziały teologiczne, które zapewniają odpowiednie przygotowanie<sup>22</sup>. Nauczyciel religii jest pełnoprawnym członkiem rady pedagogicznej, zyskując prawa i przyjmując obowiązki podobne, jak i nauczyciel każdego innego przedmiotu, z wyjątkiem pełnienia obowiązków wychowawcy klasy.

Kwalifikacje zawodowe nauczycieli religii określają właściwe władze zwierzchnie kościoła lub innego związku wyznaniowego w porozumieniu z Ministrem Edukacji Narodowej<sup>23</sup>. Szkoła zatrudnia nauczyciela religii wyłącznie na podstawie imiennego pisemnego skierowania do danego przedszkoła lub szkoły, a wydanego przez: w przypadku Kościoła Katolickiego – właściwego biskupa diecezjalnego, a w przypadku pozostałych kościołów oraz innych związków wyznaniowych – właściwe władze zwierzchnie tych kościołów i związków wyznaniowych. Cofnięcie skierowania jest równoznac-

---

<sup>20</sup> Ośrodek Rozwoju Edukacji, *Raport. Nauczyciele w roku szkolnym 2014/2015*, oprac. M. Rachubka, Warszawa 2015, s. 24.

<sup>21</sup> A. Abramowicz, *Prawo do nauki religii w publicznych szkołach i przedszkolach a zasada równouprawnienia związków wyznaniowych*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2012, t. 15, s. 246–247.

<sup>22</sup> Wydział Teologiczny Chrześcijańskiej Akademii Teologicznej w Warszawie; Wydział Teologiczny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Opolskiego; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Szczecińskiego; Wydział Teologiczny Uniwersytetu Śląskiego; Wydział Teologii Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II; Wydział Teologii Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.

<sup>23</sup> Porozumienie pomiędzy Konferencją Episkopatu Polski oraz Ministrem Edukacji Narodowej z dnia 31 maja 2016 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych wymaganych od nauczycieli religii, [online] <[www.katecheza.epis.kopat.pl/](http://www.katecheza.epis.kopat.pl/)> (dostęp: 20.10.2017).

ne z utratą uprawnień do nauczania religii w szkole<sup>24</sup>. O cofnięciu skierowania właściwe władze kościołów lub innych związków wyznaniowych powiadają dyrektora szkoły oraz organ prowadzący. Przyczyną cofnięcia misji kanonicznej może być np. życie w związku niesakramentalnym. Brak misji kanonicznej oznacza dla nauczyciela utratę szczególnych kwalifikacji, stąd jego zatrudnienie nie może być kontynuowane nawet w okresie ochronnym przed osiągnięciem wieku emerytalnego lub w trakcie ciąży. Nauczyciel religii musi zdawać sobie sprawę, że rezygnacja z wymagań moralnych oznacza jednocześnie rezygnację z prawa do nauczania. Na czas pozostały do końca roku szkolnego kościół lub inny związek wyznaniowy może skierować inną osobę do nauczania religii, z tym że równocześnie pokrywa on koszty z tym związane. Nauczyciel religii prowadzący zajęcia w grupie międzyszkolnej lub pozaszkolnym punkcie katechetycznym albo uczący na terenie kilku szkół lub przedszkoli jest zatrudniany przez dyrektora szkoły wskazanego przez organ prowadzący.

Postawienie wymogu uzyskania misji kanonicznej do nauczania religii daje związkom wyznaniowym możliwość decydowania o zatrudnieniu nauczyciela religii, a wymóg ten jest konieczny, gdyż misja kanoniczna jest gwarantem wierności doktrynie. Zatem nauczyciele religii podlegają przepisom i zarządzeniom danego związku wyznaniowego oraz przepisom państwowym.

## **Równouprawnienie związków wyznaniowych do nauczania religii w szkole**

Wyeksponowanie zasady równouprawnienia w katalogu zasad instytucjonalnych relacji państwo–Kościół jest wyrazem odrzucenia modelu państwa wyznaniowego<sup>25</sup>. Zasada ta jest charakterystyczna dla demokratycznych państw świeckich. Zatem niezależnie od liczby wyznawców wszystkie związki wyznaniowe są podmiotami równouprawnionymi wobec państwa.

Nauczanie religii w szkołach publicznych jest przejawem realizacji konstytucyjnej zasady współdziałania między państwem a Kościołem katolickim i innymi związkami wyznaniowymi w zakresie ochrony prawa rodziców do

<sup>24</sup> A. Mezglewski, *Status prawny nauczycieli religii jako zagadnienie w zakresie stosunków państwowo-kościelnych objętych art. 25 ust. 5 Konstytucji RP*, [w:] P. Stanisławski, M. Ordon (red.), *Układowe formy regulacji stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi (art. 25 ust. 4–5 Konstytucji RP)*, Lublin 2013, s. 339–344.

<sup>25</sup> Do art. 25 Konstytucji RP zostały wpisane ponadto następujące zasady: zasada bezstronności władz państwowych wobec przekonań religijnych; zasady poszanowania autonomii i niezależności państwa i związków wyznaniowych oraz ich współdziałania; zasady określające formy regulacji stosunków między państwem a Kościołem katolickim i innymi związkami wyznaniowymi. M. Sitarz, *Zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych*, „Kościół i Prawo” 2015, nr 1, s. 141–162.

religijnego i moralnego wychowania dzieci zgodnie ze swymi przekonaniami. Konstytucyjne gwarancje nauczania religii w szkole obejmują uczniów należących do kościołów i innych związków wyznaniowych o uregulowanej sytuacji prawnej. Chodzi zatem o związki wyznaniowe, które mają uregulowaną sytuację prawną w formie ustawy indywidualnej uchwalonej na podstawie umowy zawartej przez Rząd RP z właściwymi przedstawicielami związków wyznaniowych<sup>26</sup> bądź w formie rejestracji danego związku wyznaniowego dokonanej przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Na terytorium RP działa 15 kościołów i innych związków wyznaniowych, których stosunki z państwem są uregulowane odrębnymi aktami prawnymi: 1. Kościół Katolicki w Rzeczypospolitej Polskiej (obrządek łaciński, greckokatolicki, ormiański, bizantyjsko-słowiański) – ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2013 r., poz. 1169 z późn. zm.), dodatkowo Kościół Rzymskokatolicki – Konkordat RP; 2. Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny – ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz.U. nr 66, poz. 287); 3. Kościół Ewangelicko-Reformowany w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 73, poz. 324); 4. Kościół Ewangelicko-Augsburski w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 73, poz. 323); 5. Kościół Ewangelicko-Metodystyczny w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Metodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 97, poz. 479); 6. Kościół Starokatolicki Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 253); 7. Kościół Katolicki Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 252); 8. Wschodni Kościół Staroobrzędowy, nie posiadający hierarchii duchownej – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 28 marca 1928 r. o stosunku Państwa do Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego, nie posiadającego hierarchii duchownej (Dz.U. nr 38, poz. 363); 9. Muzułmański Związek Religijny w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 30, poz. 240); 10. Karański Związek Religijny w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Karańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 30, poz. 241); 11. Kościół Polskokatolicki w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 97, poz. 482); 12. Kościół Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 97, poz. 481); 13. Kościół Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 97, poz. 480); 14. Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 251); 15. Kościół Zielonoświątkowy w Rzeczypospolitej Polskiej – ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 254).

<sup>27</sup> Te kościoły i inne związki wyznaniowe działają na podstawie ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. z 2005 r., nr 231, poz. 1965 z późn. zm.). Z chwilą wpisu do rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych na podstawie art. 30 ustawy generalnej kościół lub inny związek wyznaniowy uzyskuje osobowość prawną. Stan na dzień 2 marca 2017 r. – 165 związków wyznaniowych. [online] <<https://mswia.gov.pl/pl/wyznania-i-mniejszosci/relacje-panstwa-z-kosci/13964,Relacje-panstwa-z-Kosciolami-przydatne-informacje>>

Nauczanie religii nie koliduje z zasadą równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych<sup>28</sup> (art. 25 ust. 1). W pomieszczeniach szkolnych nie ma zakazu umieszczania symboli religijnych związków wyznaniowych, których religia odbywa się na terenie szkoły<sup>29</sup>. Religia stała się jedynym przedmiotem w edukacji publicznej, który ma swoje uzasadnienie nie tylko w normach prawa międzynarodowego, ale także w ustawie zasadniczej państwa. Nauczanie religii w szkole publicznej jest zatem zgodne z porządkiem konstytucyjnym. Państwo jest organizatorem nauczania, w tym religii. Nauczanie religii ma oparcie zarówno w źródłach aksjologicznych, jak i źródłach prawnych. Jeżeli rodzice wyrażą wolę na uczęszczanie dzieci na lekcje religii, to staje się ona obowiązkowym przedmiotem. Możliwość nauczania religii oznacza, iż organy państwa mają określone obowiązki w sprawach realizacji jednego z przejawów wolności religijnej, jakim jest nauczanie religii.

## Zakończenie

Pojawiają się głosy, że obecność religii w szkole publicznej narusza zasadę świeckości państwa. Jeśli obywatele chcą posyłać swoje dzieci na religię, to państwo, które w Konstytucji z 1997 r. przyznaje im prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, musi im tę możliwość zapewnić<sup>30</sup>. Przepis ten nie dyskryminuje wyznawców innych religii czy ateistów. Szkoły mają przecież obowiązek organizowania lekcji etyki. Prawo do organizowania lekcji religii mają wszystkie związki wyznaniowe o uregulowanym statusie prawnym. Ważne, aby rodzice należący do mniejszości wyznaniowych wiedzieli, że posiadają oni takie samo prawo do tego, by ich dziecko było nauczane wskazanej religii w szkole lub w zespole międzyszkolnym. Na dyrektorach szkół spoczywa obowiązek stworzenia warunków do nauczania wskazanej religii, podobnie jak etyki dla każdego ucznia, którego rodzice (lub on sam) zadeklarowali taką wolę.

---

dokumenty-i-akty-prawne.print> (dostęp: 22.02.2017). Odmienne zdanie prezentuje M. Rózański, *Nauczanie religii i etyki w Polsce*, [w:] J. Zimny (red.), *Współczesne problemy edukacji w Polsce*, Stalowa Wola 2014, s. 41: „Poprzez pojęcie «kościół lub inne związki wyznaniowe o uregulowanej sytuacji prawnej» należy rozumieć tylko takie kościoły i związki wyznaniowe, które otrzymały indywidualną ustawową regulację swojego położenia prawnego”.

<sup>28</sup> M. Sitarz, op. cit., s. 141–168.

<sup>29</sup> J. Krukowski, *Religia w edukacji publicznej w Polsce. Zagadnienia podstawowe*, [w:] W. Irek (red.), *Vir Ecclesiae deditus. Księga dla uczczenia Księdza Profesora Edwarda Góreckiego*, Wrocław 2011, s. 149.

<sup>30</sup> Zdanie odmienne: T. Zieliński, *Katecheza i nauczanie religii w szkołach publicznych*, [w:] A. Czohara, T. Zieliński, *Ustawa o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Polsce. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 104; M. Pietrzak, op. ci., s. 261.

Istnieją jednak związki wyznaniowe, których wyznawcy nie są zainteresowani nauczaniem religii w szkole. Powołując się na pismo Ministra Edukacji Narodowej z dnia 22 września 2008 r., Artur Mezglewski wylicza 18 związków wyznaniowych, które prowadzą lekcje religii w szkołach publicznych w Polsce: Kościół Katolicki, Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny, Wschodni Kościół Staroobrzędowy, Kościół Ewangelicko-Reformowany, Kościół Ewangelicko-Augsburski, Kościół Ewangelicko-Methodystyczny, Starokatolicki Kościół Mariawitów, Kościół Polskokatolicki, Kościół Adwentystów Dnia Siódmego, Kościół Chrześcijan Baptystów, Kościół Zielonoświątkowy, Kościół Boży w Chrystusie, Chrześcijański Kościół Reformacyjny, Kościół Chrześcijan Wiary Ewangelicznej, Chrześcijańska Wspólnota Zielonoświątkowa, Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich i Liga Muzułmańska w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>31</sup>.

## Literatura

- Abramowicz A., *Prawo do nauki religii w publicznych szkołach i przedszkolach a zasada równouprawnienia związków wyznaniowych*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2012, t. 15.
- Balunowski R., *Co dalej z oceną z religii?*, „Katecheta” 2003, nr 9.
- Krukowski J., *Religia w edukacji publicznej w Polsce. Zagadnienia podstawowe*, [w:] W. Irek red., *Vir Ecclesiae deditus. Księga dla uczczenia Księdza Profesora Edwar-da Góreckiego*, Wrocław 2011.
- Krzyżak L., Tymieniecka A., *Prawne uregulowania nauczania religii w szkołach*, [w:] J. Cymbała, J. Krzywkowska, M. Paszkowski (red.), *Prawo wewnętrzne Kościoła katolickiego a polski porządek prawny*, Olsztyn 2015.
- Mezglewski A., *Polski model edukacji religijnej w szkołach publicznych. Aspekty prawne*, Lublin 2009.
- Mezglewski A., *Status prawny nauczycieli religii jako zagadnienie z zakresu stosunków państwowo-kościelnych objętych art. 25 ust. 5 Konstytucji RP*, [w:] P. Stanisławski, M. Ordon (red.), *Układowe formy regulacji stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi (art. 25 ust. 4–5 Konstytucji RP)*, Lublin 2013.
- Misiaszek K., *Programy nauczania religii w szkole*, „Ateneum Kapłańskie” 2004, t. 142, z. 3.
- Misztal H., *Polskie prawo wyznaniowe, I. Zagadnienia wstępne. Rys historyczny*, Lublin 1997.
- Ośrodek Rozwoju Edukacji, *Raport. Nauczyciele w roku szkolnym 2014/2015*, oprac. M. Rachubka, Warszawa 2015.
- Pietrzak M., *Prawo wyznaniowe*, wyd. 5, Warszawa 2013.
- Pilich M., *Prawne aspekty nauczania religii i krzewienia religijności w szkołach publicznych*, [w:] T. Zieliński (red.), *Obecność religii w publicznym systemie oświaty w aspekcie prawnym*, Warszawa 2012.

<sup>31</sup> A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej w szkołach publicznych. Aspekty prawne*, Lublin 2009, s. 170–171, za: A. Abramowicz, op. cit., s. 253.

- Rakoczy B., *Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Różański M., *Nauczanie religii i etyki w Polsce*, [w:] J. Zimny (red.), *Współczesne problemy edukacji w Polsce*, Stalowa Wola 2014.
- Sitarz M., *Zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych*, „Kościół i Prawo” 2015, nr 1.
- Sobczyk P., *Problemy dotyczące realizacji prawa rodziców do religijnego i moralnego wychowania dzieci w szkole publicznej w Polsce*, [w:] J. Krukowski, M. Sitarz, B. Pieron (red.), *Przynależność do Kościoła a uczestnictwo wiernych w życiu publicznym*, Lublin 2014.
- Suchocka H., *Prawo do nauczania religii w szkole na tle standardów europejskich*, „Ethos” 1999, nr 1/2.
- Tomasik P., *Nauczanie religii w szkole: doświadczenia przebytego okresu*, „Ateneum Kapłańskie” 2004, t. 142, z. 3.
- Więcek K., *Nauczanie religii katolickiej w polskiej szkole publicznej w kontekście prawa rodziców do wychowania religijnego dzieci: aspekty historyczne i wybrane aktualne problemy*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2013, t. 16.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000.
- Wroczeński J., *Prawo rodziców do religijnego wychowania dzieci i młodzieży według prawa polskiego*, [w:] *Matrimonium spes mundi. Małżeństwo i rodzina w prawie kanonicznym, polskim i międzynarodowym. Księga pamiątkowa dedykowana ks. prof. Ryszardowi Sztuchmillerowi*, Olsztyn 2008.
- Zieliński T., *Katecheza i nauczanie religii w szkołach publicznych*, [w:] A. Czohara, T. Zieliński, *Ustawa o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Polsce. Komentarz*, Warszawa 2012.

## Summary

### *Law and practice in religious education in Polish state schools in Poland*

**Key words:** religious education, school subject, religious organisation, the principle of equal rights, religious education teacher.

The right to religious education is one of the most significant privileges resulting from the freedom of religion. Teaching religion in schools was reintroduced on 1 September 1990. Religion as a subject is taught in state pre-schools, primary schools, middle schools, secondary schools, and vocational schools. Introducing religious education as a subject in Poland is legitimised by the Polish Constitution. If Polish citizens want their children to attend religious education classes, the state must provide them with such a possibility. This results from the 1997 Constitution which gives the parents a right to raise their children according to their beliefs. This regulation does not discriminate those who belong to other religions, nor atheists. The equal

right to organise religious education classes applies to every religious community whose legal situation is regulated by law. Schools are also obligated to organise ethics classes. Religious education is an elective. It becomes compulsory when parents of students or students themselves (if they are majors) declare a willingness to attend these classes. The responsibility to organise religious education classes lies with the schools' board. Religious education classes are supervised by both church inspectors and state board of education. Inspections conducted by church inspectors analyse the content and methodology of the classes, as well as their agreement with their curricula. Inspections conducted by state board of education representatives analyse only the methodology and agreement with curricula of the classes.





**Jozef Čentěš**  
**Michal Krajčovič**  
Faculty of Law  
Comenius University in Bratislava

## **Non-Criminal Sanction for Lack of Cooperation of Third Persons at Determination of Bankrupt's Property within Bankruptcy Proceedings *de lege ferenda*\***

*Malitiis non est indulgendum.  
Indulgence is not to be shown to the malicious desires.  
Publius Iuventius Celsus<sup>1</sup>*

### **The Sanction for Unlawful Conduct within and outside the Criminal Procedure**

The unlawful conduct represents a socially dangerous activity, however, the state's response within the criminal procedure is not always required. Unlike the previous times, the criminal law today falls under the scope of *ius publicum* and, within the meaning of the theory of sanctions, is thus characterized by sanctions having repressive character<sup>2</sup>. Repression does not result in reformation of the wrongful state itself but causes intentional harm to the party responsible with the behavioural purpose *pro futuro*. Taking into consideration the scope of exhaustive enumeration of types of sanction (including the statutorily stipulated rate of punishment), it is possible to consider criminal law a legal discipline most intensively exploiting the state monopoly to repression.

---

\* The article was drawn up within the APVV-15-0740 project: Guidelines and Tools for Effective Elimination of Unlawful Acts in Relation with Potential Insolvency.

<sup>1</sup> K. Rebro, *Latinské právnické výrazy a výroky*, Obzor, Bratislava 1984, p. 13 and 161.

<sup>2</sup> We understand sanction as a secondary duty of a legal person as "an adverse consequence resulting from the fact that a legal person did not act in compliance with the valid laws". M. Večeřa, A. Gerloch, H. Schlosser, K. Beran, S. Rudenko, *Teória práva*, 4<sup>th</sup> ed., Eurokódex, Bratislava 2011, p. 240. Namely the connection between sanction and unlawful conduct excuses the interference of state into the private sphere of an individual.

However, it is necessary to note that sanctioning of the unlawful conduct solely by the means of criminal rules is not acceptable under the material rule of law. It is mainly due to the principle of proportionality reflected in criminal law in the axiom of *ultima ratio*. It represents its derivative in consequence of the specifics of the criminal procedure<sup>3</sup>. Nevertheless, also the rules of other legal disciplines *ius publicum* serve the repressive function, and make it possible to ensure more moderate (more reasonable) and thus fairer punishment for less serious forms of legally reprobate conduct. The repression against an offender must be exercised via primarily non-criminal rules, if the main purpose, i.e. to procure the satisfaction of the criterion of effectivity of sanction, can be met. Even though it represents the sanction through the means of non-criminal rules, the requirement of severity of negative consequence associated with the legally reprobate conduct of the offender cannot be resigned to.

In general, it can be stated that the intensity of repression should equal the seriousness of the wrongful act. The insufficient punishment of unlawful conduct not only negatively impacts on the conditions protecting the civil society (i.e. protection of the broadest scope of social relations), but also results in the loss of trust in and certainty of the just and fair course of insolvency proceedings (loss of legal certainty).

Thus, the effect and purpose of sanctioning of the unlawful conduct must be retained also outside the criminal law framework including cases, when coordination is not provided to the official receiver at determination of the property under bankruptcy. The sanctions are possible under the Act No. 7/2005, Coll. on Bankruptcy and Restructuring (hereinafter referred to as the “BRA”), or under the Act No. 300/2005 Coll. Criminal Code (hereinafter referred to as the “CC”) due to the seriousness of the offence.

## **Necessity of Cooperation in Reaching the Purpose of Bankruptcy Proceedings**

The settlement of property relations of a bankrupt represents the purpose of the bankruptcy proceedings. It can be understood also as a special instrument through which the creditor enforces its claim – subjective right to consideration from the debtor – against the bankrupt. BRA imposes some

---

<sup>3</sup> It is necessary to note that when axioms serve as derivatives of legal rules, their interpretative and application functions become vital. From the perspective of doctrinal interpretation in the context of the axioms of criminal procedure see: L. Kurilovská, *Základné zásady trestného konania. Účel a základná limitácia*, Heuréka, Šamorín 2013, 141 p. or J. Čentéš et al., *Trestný poriadok. Veľký komentár*, 2<sup>nd</sup> ed., Eurokódex, Bratislava 2015, pp. 2-13.

duties related to the said proceedings on various legal persons, including the duty to provide cooperation at determination of the bankrupt's property<sup>4</sup>.

The official receiver is responsible for determination of property under bankruptcy throughout the bankruptcy proceedings. For this reason, several legal persons are under the cooperation duty. Under Section 74 and Section 74(a), the aforementioned duty relates to the *bankrupt*, and further to the *statutory body* or a *member of the statutory body* of the bankrupt, the *procurator* of the bankrupt, the *professional representative* of the bankrupt responsible for its entrepreneurial activities, the bankrupt's *liquidator*, the bankrupt's *administrative receiver*, and the bankrupt's *statutory representative*; should the legal person without any statutory body be in the position of a bankrupt, the coordination duty relates also to the *person exercising the function of a statutory body or a member of a statutory body as the last one*.

Except for the aforementioned persons, the said duty relates also to the third parties. The Section 75 of BRA is designated the *Cooperation Duty of the Third Parties*. The cooperation duty is imposed on the following persons upon a written request:

- the courts, other state authorities, municipal bodies, other civil authorities, notaries public and judicial enforcement authorities,
- the police corps – to provide protection under the Act No. 171/1993 Coll. on Police Corps,
- the state and other authorities and legal entities, who are officially authorized to maintain the statistics of persons and their property,
- any person in disposal of records or documents on the property under bankruptcy, or in disposal of the property under bankruptcy itself – is under the statutory duty to inform the official receiver on the same without undue delay after they became aware of issuance of the bankruptcy order, as well as to allow for their inspection, and, upon written request, also to hand them in, or take any measures required by the official receiver to secure the same,
- all persons in disposal of deeds or other items which can serve as evidence at determination or securing of the property under bankruptcy, are under the editorial duty,
- the financial institutions (banks, branches of foreign banks) are under the duty to mandatorily disclose the account numbers of the bankrupt, the state and any changes on its accounts, information on deposit of securities and passbooks,

---

<sup>4</sup> See §§ 73-75, BRA. From the authenticity of interpretation perspective, it can be stated that the purpose of the regulation of the pertinent duty is to procure satisfaction of the purpose of the (whole) bankruptcy proceedings. Explanatory Memorandum to BRA, Section 75.

– the providers of universal postal service, telecommunication providers, carriers, publishers and insurance companies within the meaning of Section 75 (7-11), BRA.

It is obvious that a large extent of legal persons are under the duty to facilitate the official receiver in his efforts to attain the goal of the bankruptcy proceedings. The success in his endeavours is conditioned by the fair determination of the bankrupt's property. If the person concerned does not respond to receiver's requests, it commits a wrongful act, however, not necessarily a crime.

In the criminal law perspective, the omission of coordination duty owed to the official receiver can fall within the scope of *interference with the bankruptcy and composition procedure* under the Section 242 (1)(a), CC<sup>5</sup> which is a misdemeanour in its merits<sup>6</sup>. Pursuant to the merits of the case, the prosecution is not related to any breach of duty, only to those which interfere or interfered with the attainment of the purpose of the pertinent procedure. There must be a proximate causation between the consequence incurred and the breach of statutory duty. The omission to be cooperative during the determination of the bankrupt's property is unequivocally capable to amount to interference and default in attainment of the purpose of the said proceedings.

The liability assessment in the case at hand<sup>7</sup> must inevitably rely on the idea that the criminal prosecution should be invoked "ultimately only in the most serious cases. The criminal law should represent the *ultima ratio instrument* (instrument of last resort)"<sup>8</sup>. The aforementioned principle is achieved also through the substantively formal understanding of the misdemeanour concept. The institute of substantial corrective falls under the amendment of the legal definition of crime under Section 8, Criminal Code<sup>9</sup>. Thus, a minute wrong (omission of statutory duty), or a small one, in case of minors, do not constitute a crime of *interference with the bankruptcy or composition procedures*. The *modus operandi*, its consequences, the circumstanc-

<sup>5</sup> On the aspect of legal doctrine see more in J. Čentíš et al., *Trestný zákon. Veľký komentár*, 2<sup>nd</sup> ed., Eurokódex, Bratislava 2015, pp. 458-460.

<sup>6</sup> A person interfering with the bankruptcy proceedings, composition, restructuring or debtor's discharge omits its statutory duty governing the said procedures, it will be sentenced to a prison term from 6 months to five years

<sup>7</sup> Whereby a substantive relation between the state and a person omitting its cooperation duty was constituted.

<sup>8</sup> I. Mencerová, [in:] I. Mencerová, L. Tobiášová, Y. Turayová et al., *Trestné právo hmotné. Všeobecná časť*, Heuréka, Šamorín 2013, p. 21. The subsidiarity of criminal repression should be achieved also through the procedural regulation. The broad scope of derogation should ensure that the courts would not hear petty offence cases. The aforementioned is confirmed also in the Explanatory Memorandum to the CC.

<sup>9</sup> Crime can be defined as a wrongful act having the characteristics enshrined in this statute, unless provided hereby otherwise.

es under which the act was committed, the standard of guilt, and the motivation of the offender represent the assessment criteria for determining the gravity of the act.

Even in cases when lack of cooperation with the official receiver does not qualify for the merit of the pertinent crime (relying on the substantively formal understanding hereof), it is not possible to resign to the requirement of more reasonable, however, still very effective repressive measure of the said wrongdoing. In the material rule of law, it is not possible to do nothing, if the breach of legal duty has been established.

The mechanism of the pursuit of the third parties is set forth in Section 75(12) of the pertinent statute. Pursuant hereof, these persons are under the duty to provide cooperation without undue delay and free of charge. In case of breach, a financial penalty – i.e. a fine up to the amount of EUR 3 300 imposed by a court's resolution on the advice of an official receiver – follows. The pecuniary sanction represents a general sanction, even though it relies on the presumption that the relevant person is in disposal of certain property, which sometimes in reality, is a mere fiction.

The resolution is appealable by the authorized person against whom the sanction was applied within 30 days of receipt. The proceeds from the fine represent the income of general basis; the claim for the payment of the fine is stated by the official receiver. The lawful resolution on the imposition of a fine represents an enforcement title. Should the fine be imposed outside the bankruptcy proceedings, the proceeds represent the income of the state budget.

Is it possible to consider the *de lege ferenda* regulation sufficient to represent an effective measure against the breach of the statutory duty of cooperation within the bankruptcy proceedings by the said persons? The standard case law of the European Court of Human Rights does not recognize deferred justice as justice in its very sense, and thus, the axiom of expeditious procedure represents a derivative of the constitutional principle of justice which must be strictly followed within the bankruptcy proceedings. The said proceedings result in serious legal consequences for the proprietary integrity, inter alia, of the creditors. The speedy attainment of the goal of the proceedings depends on the expeditious character of and success in the determination of the bankrupt's property also due to cooperation of the third parties.

### **The Sanction Mechanism under Section 75(12), BRA**

Pursuant the pertinent provision, if the obliged person, upon the court's request, fails to (1) provide the statutorily required cooperation to the official receiver, the court is authorized, through resolution, to (2) impose a penalty

in the amount of EUR 3 300 on the advice of the official receiver (3). The resolution on imposition of penalty which is appealable within 30 days of delivery is not published in the Commercial Journal. Nevertheless, it represents a legitimate enforceable title<sup>10</sup>. We must not forget that the proceeds from the penalty represent the income of general basis and the claim for its payment is stated by the official receiver<sup>11</sup>.

It can be stated, that the penalty represents a universal sanction which interferes with the proprietary integrity of the person liable for the wrongful act. Objective law presumes that a legal person is in disposal of certain property which can be, at least partially, subject to enforcement of the resolution on imposition of penalty. The universal character of the penalty has been confirmed also by the legislator in the area of administrative punishment – referring to Section 13(1), Act No. 372/1990, Coll. on Misdemeanours.

However, the imposition of penalty (liability for the wrongful act), *de lege lata*, enjoys only facultative character. Unlike the case when cooperation is not provided by the bankrupt under section 74(5), BRA, the imposition of penalty is not related to the preceding failure of the court's request. Moreover, the sanction is defined only by its highest limit, comparable with the case when the duty is breached by the bankrupt.

Is it then possible to consider the state of *de lege lata*, to ensure the due and timely provision of cooperation by the third parties within the bankruptcy proceedings, sufficient? Legal authority is retained through the threat of sanction. When the threat of sanction has only facultative character, it becomes less effective in view of the attainment of the purpose – to ensure expeditious, lawful and efficient determination of the bankrupt's property. Is it also possible to consider the differentiation of the amount of the pecuniary fine reasonable?

### ***De lege ferenda proposals***

Taking into account the serious character of the alleged proceedings, it seems proper to amend the pertinent regulation so that the imposition of fine, on the motion for its imposition, achieves obligatory character and must be applied by the court. The authors' are aware of the fact that the duty of

---

<sup>10</sup> However, it represents a specific enforcement title. Under Section 41 (1), Act No. 233/1995 Coll. on Enforcement Officers and Enforcement Procedures (hereinafter referred to as "EP"), the enforcement title represents an enforceable court decision, if it awards a right, imposes a duty, and covers the property, although Section 75(12), BRA stipulates that for the court ruling to achieve the enforcement title, its lawfulness is required.

<sup>11</sup> The fine represents an income to the state budget only in cases if it is imposed outside the bankruptcy proceedings.

the third parties to provide cooperation at determination of the state of the bankrupt's property enjoys only subsidiary character when compared to the said duty of the bankrupt. Nevertheless, the obligatory pursuit of a stipulated reprobation conduct seems to be beneficial and welcome to ensure the due course of a specific phase of the bankruptcy proceedings. The obligatory character would motivate the legal persons to responsible provision hereof, and thus facilitate determination of the bankrupt's property. The necessity to punish the lack of activity would be derived directly from the substantive regulation<sup>12</sup>. Also in view of the serious character and consequences of the said behaviour<sup>13</sup>, it seems to be proper and effective to pay attention to the consistent alertness the legal persons.

At the same time, it is recommended, that imposition of the fine would, in exceptional cases, fall within the discretion of the authority responsible for application of law. However, it would have to be cases worth special attention – whereby there would be space given to equity and ideal of fairness in exceptional situations which the legislator, in their legislative activities, could not have generally presumed. Thus, the court would not find itself in the position of a person subjected to automatic conduct but, in compliance with the model of legal and reasonable application of law, it would have discretion to consider several constitutional principles and social values enshrined within. Unlike *de lege lata* situation, the primary obligation to impose a fine would be set forth, and only in legitimate cases (justified by the factual merits of the case), there would be more lenient application of law possible (*dura lex, sed lex* rule). Some space to avoid excessive and unacceptable formalism would thus be granted to the court<sup>14</sup>. The holding of the court would have to be sufficiently reasoned for the purpose of its affirmation within a potential judicial review.

The constitutional principle of proportionality is reflected also in the issue of statutory differentiation of a sanction – i.e. the fine. While the debtor and the persons stipulated in Section 74(2), BRA in case of breach of the said

<sup>12</sup> Without prejudice to the principle *ignorantia iuris non excusat*.

<sup>13</sup> The importance can be confirmed also through the provision of the protection within the criminal law. Under the application of the *ultima ratio* principle, the criminal law should protect only the selected and most important legal relationships. By the creation of a new cause of action, the legislature shows its interest to provide for a due and speedy procedure in question.

<sup>14</sup> “The excessive formalism means such an interpretation of a provision, where the strict insistence on the formal aspects of law does not fulfil any reasonable function, conversely, it defies its the very sense”. The Resolution of the Constitutional Court of January 12<sup>th</sup>, 2012, file number iv. ÚS 19/2012-13. “It is namely the extreme injustice which represents the most important factor for the Constitutional Court to define the limits of the legal formalism, which it otherwise considers acceptable as it reflects the principle of legal certainty” – M. Turčan, *K myšlienkam Ústavného súdu SR o právnom formalizme*. [in:] *Právní formalismus. Sborník příspěvků sekce teorie práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2014*. Iuridicum Olomoucense, Olomouc 2014, p. 83.

duty can face the fine amounting to EUR 165 000, in case of the third persons the highest limit of fine is set at EUR 3000<sup>15</sup>. It is mainly because of the fact that the duty of coordination provided by the third parties enjoys only subsidiary relevance in comparison to the same provided by the bankrupt, and the capacity to endanger the successful attainment of the purpose of the bankruptcy proceedings in case of the pertinent breach by third parties is much lower.

The motivation factor of the sanction mechanism in both of the aforementioned cases could be made more effective, if a reasonable scope of fine<sup>16</sup> would be set forth, i.e. the statute would set not only the its highest but also its lowest limit. Pursuant introduction of the scope of fine, the persons under the duty of cooperation would thus become aware of the possible minimal impact on their proprietary integrity, should they not respond to the request of the official receiver. Equally, the parallel with the statutory differentiation of the prison term under Section 242(1) (a), CC would be retained. The sanction is equally determined by its lowest, as well as by its highest limit, i.e. from six months to five years of imprisonment in the form of general criminal sanction. The lowest limit of the statutory differentiation should reflect the relevance of the pertinent bankruptcy proceedings and specification of the subsidiary duty of the third parties at determination of the bankrupt's property subjected to bankruptcy. It could be stipulated at a fixed amount (e.g. EUR 250) or a variable one, in reference to some legal institutes. The determination of the limit would be derived from the minimal wage and represent its x-multiplication, from the minimal standard of living, or from other variable, thus providing for the reasonableness of the minimal fine in view of the changes in the social reality (the positive change of social standards). However, if the facts related to the breach of duty (especially fault) indicated the need to impose a more severe penalty, the court would be obliged to determine a proportionate amount of fine. Nevertheless, under Section 3 (1) Act No. 301/2005, Coll., Civil Procedure Rules, the judge would still be obligated to inform the prosecuting and adjudicating bodies on the fact of lack of cooperation, if, upon assessment of the request of the official receiver on imposition of a fine, s/he would believe that there is a possibility to charge persons having the cooperation duty under Section 242 (1)(a), CC.

Equally, it is necessary to recognize also the positive impact of the *de lege ferenda* proposals. The income from the fine within the bankruptcy pro-

---

<sup>15</sup> In relation to the legal regulation of the disciplinary fine enshrined in Section 102, Act No. 160/2015, Coll., Rules of Civil Contentious Procedure, it represents *lex specialis*.

<sup>16</sup> The fine is usually defined by its highest level, however, at some causes of action, also by its lowest one. If both levels are present, we can speak about the so called scope of fine. More on this see in: M. Srebalová, [in:] M. Srebalová et al, *Zákon o priestupkoch. Komentár*, C.H. Beck, Bratislava 2015, p. 67 and foll.



ceedings represents the income of general basis. The consistent focus on the awareness of the legal persons together with the strict but fair determination of liability would result in the increased success in the enforcement of the creditors' claims in the pertinent procedure. In relation to the occurrence and gravity of the wrongful conduct, there would arise also the possibility to increase the number of satisfied claims<sup>17</sup>. It is necessary to note that frequently these claims represent the claims of the state or public bodies.

Even though the pertinent proposal tightens the repressive measures against persons under the cooperation duty, it does not represent an inadmissible move as the said measures only respond adequately to wrongful act committed by those persons. Therefore, a reasonable scope of fine can serve as a legitimate tool to attain the pursued goal – i.e. to ensure a speedy and effective course of bankruptcy proceedings, which substantially depends on the determination of the property available to creditors to satisfy their claims.

### **The Legal Regulation of the Cooperation Duty within the Insolvency Proceedings in the Czech Republic in Comparative Perspective**

In the Czech Republic, the insolvency proceedings are regulated by the Act No. 182/2006, Coll. On Bankruptcy and the Ways of its Solution (Insolvency Act) (hereinafter referred to as “IA”).

The legal regulation at hand is, in relation to the Act No. 99/1963, Coll. Civil Procedure Rules (hereinafter referred to as “CPR”), the *lex specialis*, and thus the legal regulation of the disciplinary action under IA enjoys precedence within the application practice. Section 81(1), IA directly refers to the regulation of the disciplinary fine under Section 53 CPR. The cooperation duty of the bankrupt and third parties is also stipulated in Sections 209-216, systematically designated *Determination of the State of Property (Zjišťování majetkové podstaty)*.

Under Section 211, IA: “If the insolvency receiver or the interim receiver cannot determine the state of property due to lack of required cooperation, they shall notify the insolvency court thereof, and propose requisite measures”. The special scope (legal differentiation) of sanction is, however, not set forth in the *lex specialis*, and thus, it is necessary to rely on Section 53, CPR – a person who grossly interferes with the progress of the procedure, inter alia, by [...] failing to obey the court order [...] will be imposed a disciplinary

---

<sup>17</sup> The lawfully imposed and paid or enforced fine thus enjoys (at least partially) compensatory effect in favour of the proprietary integrity of the outstanding creditors of the bankrupt.

fine up to the amount of CZK 50 000 (according to the exchange rate valid on April 15, 2017, it represents EUR 1872,38). In comparison with the Slovak legal regulation, it represents a less severe sanction and the scope of fine (including the lowest level of statutory differentiation) is not stipulated. We consider the retained option, i.e. to have the already imposed fine waived, negative. Disciplinary fines represent an income of the state budget.

In view of the purpose of the disciplinary penalty, we would like to point at the resolution of the High Court in Prague of February 23, 2012, file no. VSPH 678/2011-B-46: “The purpose of the imposition of the disciplinary fine is to influence the conduct of the person fined in such a way, so that their activities or omissions which gave rise to the fine would not be repeated in the future”. The remedial action directed at the legal person *pro futuro* must thus be exercised through some form of harm or, alternatively, repressive measure. It can be considered a “corrective slap in the face” done by the state which, upon its conferred monopoly of violence<sup>18</sup>, ensures the compliance of separate legal rules and duties enshrined therein.

In comparative perspective, there exists a possibility to open a debate on the due and timely provision of cooperation at determination of the bankrupt’s property within the insolvency proceedings through toughening of repressive measures against persons who breach the alleged cooperation duty. Such measures would be reasoned by the importance of the insolvency proceedings, as well as by relevance of the consequences, real or potential, that can arise, if the statutorily designated persons default on their duties.

## Conclusion

A human being is sometimes surprisingly irresponsible in relation to fulfilment of his critical duties, including the ones encompassed in the concrete jurisdiction. In a material rule of law, the fulfilment of such duties must be enforced by adequate, however, just and fair repression. The collapse of morality and higher incidence of socially unwelcome moods and beliefs result in the situation, where the person responsible is no longer afraid of the adverse consequences he might face outside the legal framework (e.g. negative public opinion), and is thus not deterred from committing wrongful acts. What ultimately motivates people to be proactive in fulfilment of their statutory duties (for the benefit of the whole society) is the threat of sanction – harm, which is proximately and subjectively experienced by them in their

---

<sup>18</sup> Taking into account several legal institutes, e.g. the ones immune from criminal liability (e.g. urgent need, urgent defence), it is possible to speak more precisely about oligopoly almost amounting to monopoly to violence.

ordinary lives<sup>19</sup>. Still, a human being is a free person and can voluntarily assume the negative consequences arising from a wrongful act. For this reason, the consequence following the wrongful act should always be stricter in comparison to the “price” or sacrifice suffered at fulfilment of the statutory duty.

The mechanism of sanctions under BRA is very specific because the consideration acquired upon payment of the fine is used to satisfy the outstanding creditors’ claims, and the standard of law enforcement in the pertinent procedures is thus increased.

The bankruptcy proceedings bear serious legal consequences and their speedy and lawful course should therefore represent the common interest of the participants. It is thus necessary to be diligent in cooperation duty provided to the official receiver, as its omission can cause delay and failure of satisfaction of the creditors’ claims.

Reasonably strict repressive measures must also be applied outside the criminal law sanction mechanism used to pursue the said unlawful conduct, however, not amounting to the standard of crime. Their obligatory application and predictability of minimal scope of financial penalty could result in the general and preventive effect on the persons stipulated in Section 75, BRA. The considerations on the proper course of the said phase of the insolvency procedure through application of stricter repressive measures (the obligatory application and the minimal rate of punishment) seems to be relevant also in comparative perspective relating to the Czech jurisdiction.

## Literature

- Čentíš J. a kol., *Trestný poriadok. Veľký komentár*, 2 vyd., Eurokódex, Bratislava 2015.  
 Čentíš J. a kol., *Trestný zákon. Veľký komentár*, 2. vyd., Eurokódex, Bratislava 2015.  
 Knapp V., *Teórie práva*, C.H. Beck, Praha 1995.  
 Kurilovská L., *Základné zásady trestného konania. Účel a základná limitácia*, Heuréka, Šamorín 2013.  
 Mencerová I., Tobiášová L., Turayová Y. a kol., *Trestné právo hmotné. Všeobecná časť*, Heuréka, Šamorín 2013.  
 Rebro K., *Latinské právnické výrazy a výroky*, Obzor, Bratislava 1984.  
 Srebalová M. a kol., *Zákon o priestupkoch. Komentár*, C.H. Beck, Bratislava 2015.  
 Turčan M., *K myšlienkam Ústavného súdu SR o právnom formalizme*, [v:] *Právní*

<sup>19</sup> In this context, we point at the ruling of the Supreme Court of the Slovak Republic as of June 2 2011, file number 8 Sžo 163/2010 which reads: „In view of the defendant charged with misdemeanour, the fine imposed should not only have the educational but also repressive effect, and pursue the wrongful conduct; therefore it should relevantly impact the proprietary status of the same. This fine must not be minute, otherwise its purpose wouldn't be served”. We identify ourselves with this standpoint also in relation to the fine imposed not only in misdemeanour procedures.

*formalismus. Sborník příspěvků sekce teorie práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2014*, Iuridicum Olomoucense, Olomouc 2014.

Večeřa, M., Gerloch, A., Schlosser, H., Beran, K., Rudenko, S.: *Teória práva*, 4. vyd., Eurokódex, Bratislava 2011.

## Summary

**Key words:** sanction, imposition, compliance with law *pro futuro*.

The authors consider the possibility to use potential repressive measures in order to foster the motivation of the third parties (within the meaning of the Act No. 7/2005, Coll. on Bankruptcy and Restructuring) to provide the official receiver with all the due and timely cooperation at determining the state of bankrupt's property. The success in establishing the aforementioned conditions the satisfaction of creditors' claims within the insolvency proceedings. Any mistake at this point can lead to general failure in the purpose of the proceedings. At this stage, outside the scope of criminal procedure, the obligatory interference into the proprietary integrity of the persons under the duty to provide the official receiver with necessary cooperation seems to be a pertinent instrument. The threat of sanction should motivate the relevant persons to provide the necessary cooperation duly and timely and, should the sanction be imposed fairly (i.e. liability found), the person in issue should be brought to behave in compliance with law *pro futuro*. The attainment of this goal depends on the adequacy of sanction, its severity and obligatory force. In their article, the authors comparatively refer to the Czech statutory regulation *de lege lata*.

**Damian Michalski\* Kamil Dominik Ryś\*\***

\* Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego  
Wydział Prawa i Administracji UWM

\*\* Koło Naukowe Międzynarodowej Polityki Penitencjarnej  
Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Kara śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Wybrane zagadnienia**

### **Wstęp**

Współcześnie stosowanie kary śmierci jest zagadnieniem kontrowersyjnym, a problematyka z tym związana wciąż zachowuje aktualność. A warto przypomnieć, iż praktyka ta znacznie wykracza poza ramy prawa zwyczajowego. Początkowo zakres jej stosowania ograniczał się głównie do formy odwetu za zabójstwo, jednak z biegiem czasu uległ rozszerzeniu na sprawców takich czynów, które obecnie rozpatrywane są na gruncie prawa cywilnego, uchodzą za wykroczenia bądź w ogóle nie podlegają penalizacji<sup>1</sup>. Karanie śmiercią wiązało się z zachwianiem poczucia sprawiedliwości społecznej, które rodziło poczucie moralnej krzywdy i skutkowało reakcją opierającą się na ludzkim instynkcie obronnym bądź odplata złem na zło<sup>2</sup>. W państwach, w których nadal jest ona stosowana, stanowi w głównej mierze karę za najcięższe zbrodnie. W niniejszym artykule przywołane zostaną powszechnie znane, historyczne źródła prawa, geneza kary śmierci w USA oraz wybrane zagadnienia z zakresu jej praktyki w XX i XXI wieku.

---

<sup>1</sup> K. Ryś, *Komparatystyczne ujęcie kary śmierci. Geneza oraz praktyka do końca I poł. XX wieku*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 4, s. 33.

<sup>2</sup> K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2015, s. 18.

## Kara śmierci w czasach starożytnych

Pierwsze uregulowanie wprowadzające karę śmierci do państwowego porządku prawnego pochodzi z najstarszych znanych zbiorów prawnych – z tzw. kodeksów mezopotamskich. W sposób szczególnie łączy się to z regułą talionu, zgodnie z którą kara miała być odpłatą równoważną popełnionemu przestępstwu, a więc za zabójstwo groziła sprawcy kara główna<sup>3</sup>. Najlepiej zachowany kodeks mezopotamski, tj. Kodeks Hammurabiego, przewidywał karę śmierci za: fałszywe oskarżenie (o zabójstwo, czary), składanie fałszywych zeznań, kradzież, paserstwo, porwanie dziecka, kradzież z włamaniem, pomoc w ucieczce niewolnikom, ukrywanie niewolników, cudzołóstwo (kodeks dopuszczał możliwość darowania kary), gwałt, niedbalstwo murarza powodujące śmierć obywatela<sup>4</sup>. Warto wspomnieć, iż zgola odmienny stosunek do kary śmierci miało prawo państwa faraonów – stosowano ją tylko w wyjątkowych przypadkach, takich jak: podjęcie spisku przeciwko władcy czy grabieże grobowców faraonów, prawdopodobnie również zabójstwo, aczkolwiek nie zachowały się żadne teksty na poparcie tej tezy<sup>5</sup>. Prawodawstwo innego starożytnego ludu – Hetytów stosowało karę śmierci jedynie w kilku przypadkach: przy przestępstwach skierowanych przeciwko władzy (np. kradzież wykonanej z brązu włócznie znajdującej się przy bramie pałacu) oraz przy przestępstwach związanych z dewiacjami seksualnymi (np. zoofilia)<sup>6</sup>.

W starożytnej Grecji, podobnie jak w Mezopotamii, stosowano reguły talionu. Jednym z najsurowszych praw wprowadzonych we wszystkich greckich *polis* był kodeks Drakona, zgodnie z którym karę główną wymierzano za kradzież, niespłacanie długów (możliwa była również sprzedaż w niewolę), zabójstwo, dezercję, podpalenie, zdradę stanu, przekupienie sędziego, cudzołóstwo, stręczycielstwo, świętokradztwo, bluźnierstwo, uchylanie się od pracy<sup>7</sup>. Wspomnieć należy, iż prawo ustanowione przez Drakona zostało w stosunkowo krótkim czasie (w ciągu 30 lat) zastąpione przez łagodniejszy kodeks przygotowany przez innego wielkiego ateńskiego reformatora – Solona.

W Imperium Romanum w zasadzie funkcjonowało podobne podejście do kary śmierci co w starożytnej Grecji, mianowicie przypisywano jej funkcję odstrasżającą, dlatego też wykonywano ją publicznie. Jednak już wtedy pojawiły się głosy nawołujące do humanitaryzacji kary. Filozof rzymski Seneka

<sup>3</sup> Z. Sperka, *Zarys problemu kary śmierci na przestrzeni dziejów*, [w:] D. Dziurkowski (red.), *Problem kary śmierci – historia i współczesność*, Częstochowa 2015, s. 20.

<sup>4</sup> M. Pędracki, *Przepisy prawne najstarszych „kodeksów” mezopotamskich ustanawiające kary dla ludzi wolnych*, „*Analecta*” 2012, nr 6, s. 18–26.

<sup>5</sup> A. J. van Loon, *Law and Order in Ancient Egypt. The Development of Criminal Justice from the Pharaonic New Kingdom until the roman dominate*, Leiden 2014, s. 19.

<sup>6</sup> M. T. Roth, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta 1995, s. 231–238.

<sup>7</sup> Z. Sperka, *op. cit.*, s. 21.

uważał, że kara nie powinna stanowić wyłącznie zemsty za popełnione przestępstwo, ale być swoistą terapią społeczną<sup>8</sup>. W czasach rzymskich śmiercią karano takie przestępstwa, jak zdrada stanu, obraza majestatu cesarza (*crimen laesae maiestatis*), stosowanie czarów, podpalenie, świętokradztwo, umyślne zabójstwo człowieka wolnego<sup>9</sup>.

## Kara śmierci w średniowieczu

W wiekach średnich prawodawstwa poszczególnych państw różniły się, jednak wskazać należy, iż najczęściej karę główną wymierzano za: zabójstwo, gwałt, rozbój, pozbawienie wolności, podpalenie, fałszowanie, cudzołóstwo, złamanie pokoju<sup>10</sup>. Kara śmierci zyskała sobie szczególne miejsce w ówczesnych porządkach prawnych, wykonywano ją powszechnie, uznając, że im kara okrutniejsza, tym ma większe oddziaływanie odstrasżające. Wśród średniowiecznych metod na szczególną uwagę zasługują:

1) ścięcie wykonywane za pomocą miecza lub topora (w późniejszym okresie również za pomocą gilotyny);

2) powieszenie – najczęściej stosowana kara, uważana za hańbiącą, dlatego też nie dotyczyła osób szlacheckie urodzonych (wobec tej grupy osób najczęściej stosowano ścięcie jako metodę bardziej honorową);

3) spalenie na stosie wobec osób skazanych za uprawianie czarów, innowierców oraz heretyków;

4) ukamienowanie – jedna z najstarszych metod wykonywania kary głównej, nadal praktykowana w państwach muzułmańskich;

5) nabicie na pal – w średniowieczu metoda ta rozpowszechniła się za sprawą Turków Osmańskich;

6) łamanie kołem – szczególnie charakterystyczne dla państw europejskich, miała na celu zadanie jak największego bólu<sup>11</sup>.

Wydany w XVI wieku niemiecki kodeks *Constitutio Criminalis Carolina* wyróżniał wśród rodzajów kary głównej: karę zwykłą – wykonywaną poprzez powieszenie oraz karę kwalifikowaną – wykonywaną poprzez utopienie, spalenie, łamanie kołem, pogrzebanie żywcem, ćwiartowanie, nabicie na pal. Sposób wykonania orzeczonej kary określał sąd, często wyznaczając przy tym kary dodatkowe, takie jak chociażby darcie pasów<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 22.

<sup>9</sup> K. Ryś, *Kara śmierci. Wybrane zagadnienia. Studium przypadków*, Olsztyn 2017, s. 22.

<sup>10</sup> Z. Sperka, op. cit., s. 23.

<sup>11</sup> K. Ryś, *Kara śmierci...*, s. 23–24.

<sup>12</sup> T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2015, s. 453.

## Geneza kary śmierci w USA. Pierwsze egzekucje

Pierwsza odnotowana historycznie egzekucja na ziemi amerykańskiej miała miejsce w Jamestown (pierwsza stała osada kolonistów angielskich na terenie dzisiejszych Stanów Zjednoczonych Ameryki powstała w 1607 r.<sup>13</sup>) w Wirginii w 1608 r., kiedy to stracono kapitana Georga Kendalla, skazanego na śmierć przez powieszenie za szpiegostwo na rzecz Hiszpanii<sup>14</sup>. Kara śmierci w USA ma swoje korzenie we wczesnym prawie angielskim, które każdą zbrodnię karało śmiercią. Wskazać należy, iż orzekanie i wykonywanie kary głównej na dłużej wpisało się w amerykański system prawny niż w system Wielkiej Brytanii, gdzie z wykonywania tej kary zrezygnowano w 1965 r. (z wyjątkiem Irlandii Północnej, gdzie kara śmierci została zniesiona w 1973 r.)<sup>15</sup>.

W okresie do końca XVIII wieku i początku XIX wieku na ziemiach dzisiejszych Stanów Zjednoczonych nie funkcjonowały jednostki penitencjarne, dlatego też przestępcom wymierzano głównie kary cielesne, ewentualnie karano ich śmiercią, przy czym trzeba zaznaczyć, iż kolonie nie w pełni recypowały surowe prawodawstwo angielskie (przewidujące karę śmierci za ok. 200 przestępstw) i najczęściej w koloniach śmierć groziła za morderstwo, gwałt, cudzołóstwo, sodomie, zoofilię i różnego rodzaju przestępstwa przeciwko mieniu<sup>16</sup>. Od samego początku zauważalne były różnice w normach karnych oraz praktyce. Szczególnie w koloniach południowych właściciele ziemscy stosowali karę śmierci wobec niewolników. Odnotowano nieliczne przypadki karania śmiercią wyłącznie niewolników także w koloniach północnych. Dobrym tego przykładem jest rewolta, która miała miejsce w Nowym Jorku w 1712 r. Wydarzenie to doprowadziło do zmiany prawa i odtąd użycie gwałtu i zabójstwa było karane jedynie w przypadku próby popełnienia tych przestępstw przez niewolnika<sup>17</sup>.

## Nurt abolicjonistyczny

W II połowie XVIII wieku pojawił się nurt abolicjonistyczny. Szczególny wpływ na amerykańskich myślicieli miał Cesare Beccaria, który w swoim

---

<sup>13</sup> S. McBee, *The History of the Jamestown Colony: Seventeenth-Century and Modern Interpretations*, Mansfield 2009, s. 11.

<sup>14</sup> J. R. Acker, *The Death Penalty: An American History*, „Contemporary Justice Review” 2003, vol. 6(2), s. 169.

<sup>15</sup> P. Marcus, *Capital Punishment in the United States, and Beyond*, „Faculty Publications” Paper 61, s. 838; K. Ryś, *Kara śmierci...*, s. 37.

<sup>16</sup> J.R. Acker, op. cit., s. 170.

<sup>17</sup> Ibidem.



dziele pt. *O przestępstwach i karach* postulował odejście od stosowania kar cielesnych oraz kary śmierci. Jego zdaniem kara miała być sprawiedliwą, proporcjonalną odpłatą za popełnione przestępstwo, ponadto miała na celu nie wyeliminowanie sprawcy ze społeczeństwa, ale zniechęcenie go do popełniania kolejnych przestępstw<sup>18</sup>.

Pierwszą próbę złagodzenia prawa karnego podjął Thomas Jefferson (członek legislatury kolonii Wirginii od roku 1768 aż do jej rozwiązania przez Jerzego III w 1775 r.), który zgłosił projekt ustawy zakładający zmiany w prawie stanu Wirginia. Zgodnie z założeniami tegoż projektu, karę główną wymierzano by tylko za przestępstwo zdrady oraz zabójstwa, jednakże zmiany te zostały odrzucone (propozycja Jeffersona przegrała jednym głosem). Dzieło Beccarii wpłynęło również na Benjamina Rusha, jednego z sygnatariuszy Deklaracji Niepodległości oraz założyciela Pennsylvania Prison Society. Rush poddawał w wątpliwość to, że kara śmierci odstrasza potencjalnych przestępców od popełniania przestępstw oraz uważał, że tak naprawdę jej utrzymanie odnosi przeciwny skutek (wierzył w tzw. efekt brutalizacji). Popierali go Benjamin Franklin oraz prokurator generalny Filadelfii William Bradford (późniejszy Prokurator Generalny Stanów Zjednoczonych), za sprawą którego w Pensylwanii zaczęto stopniować zabójstwa w zależności od winy sprawcy, a od 1794 r. kara śmierci groziła wyłącznie za zabójstwo pierwszego stopnia<sup>19</sup>. Inne stany bardzo szybko przyjęły podobne rozwiązania (oczywiście na Południu nie dotyczyło to niewolników), do 1860 r. we wszystkich stanach północnych karę śmierci wykonywano wyłącznie za zabójstwo. Jako pierwszy stan karę główną całkowicie zniósł Michigan w roku 1846 (kolejne stany: Rhode Island – 1852, Wisconsin – 1853)<sup>20</sup>. Po wojnie secesyjnej pojawiły się nowe metody uśmiercania skazanych na karę śmierci, w szczególności warte wspomnienia jest zbudowanie pierwszego krzesła elektrycznego w stanie Nowy Jork w 1888 r. (skąd metoda ta rozprzestrzeniła się na inne stany), które zostało użyte po raz pierwszy dwa lata później podczas egzekucji Williama Kemmlera<sup>21</sup>.

## **Kara śmierci w XX wieku – spór konstytucyjny**

Początek XX wieku w Stanach Zjednoczonych charakteryzował się stopniowym odchodzeniem od kary śmierci (zrezygnowało z niej sześć kolejnych stanów), jednak pod wpływem I wojny światowej i zagrożenia rewolucją ko-

<sup>18</sup> K. Ryś, *Kara śmierci...*, s. 27.

<sup>19</sup> *Introduction to the Death Penalty*, [online] <<https://deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty>> (dostęp: 20.10.2017).

<sup>20</sup> J. R. Acker, op. cit., s. 171.

<sup>21</sup> *Introduction to the Death Penalty...*

munistyczną w większości stanów przywrócono karę główną. Taka sytuacja miała miejsce aż do lat 50. XX wieku, kiedy to ponownie zaczęto od tego odchodzić<sup>22</sup>. W pierwszej połowie XX wieku śmiercią karano głównie za zabójstwo i gwałt (tylko w stanach południowych)<sup>23</sup>. Wiele stanów karało również śmiercią porwania (od lat 30. XX wieku) i w tym kontekście warto wspomnieć o najsłynniejszej sprawie, w której zapadł taki wyrok. W marcu 1932 r. porwano Charlesa Lindbergha Jr., syna słynnego amerykańskiego lotnika. Porywacze zażądali za jego uwolnienie 50 tys. dolarów. Lindbergh zapłacił okup w tzw. *złoty dolarach*, uprzednio zapisawszy ich numery, lecz mimo to nie odzyskał syna. W maju 1932 r. odnaleziono zwłoki dziecka nieopodal (w odległości ok. 7 km) domu Lindberghów. Porywacze pozostawali nieuchwytni aż do września 1934 r., kiedy to mężczyzna na stacji benzynowej w Nowym Jorku zapłacił *złotymi dolarami* pochodzącymi z okupu. Jak się okazało, porywaczem był Bruno Richard Hauptmann – imigrant z Niemiec. Jego proces ruszył w styczniu 1935 r. i w oparciu o zgromadzone dowody (pieniądze z okupu, ekspertyzę grafologiczną, zeznania świadków) został skazany na śmierć. Wyrok wykonano 3 kwietnia 1936 r. przez krzesło elektryczne<sup>24</sup>.

Zmniejszenie wskaźników przestępczości, kampanie na rzecz praw obywatelskich oraz szereg powiązanych ze sobą czynników doprowadziły po II wojnie światowej do spadku poparcia dla kary śmierci wśród amerykańskiego społeczeństwa. Jednak w tym okresie miała miejsce jedna z szeroko komentowanych spraw, czyli sprawa Juliusa i Ethel Rosenbergów, których aresztowano w 1950 r. pod zarzutem szpiegostwa na rzecz Związku Radzieckiego. Przekazywali oni informacje dotyczące budowy bomby atomowej. Wyrok zapadł 29 marca 1951 r., a nad ich sprawą pochylił się jeszcze Sąd Najwyższy, jednak i on orzekł o winie (głosy 6 do 3 na niekorzyść Rosenbergów). Wyrok – śmierć na krześle elektrycznym – wykonano 19 czerwca 1953 r. w zakładzie Sing Sing<sup>25</sup>. Pod wpływem wątpliwości co do winy Rosenbergów ponownie rozpoczęto dyskusję na temat utrzymania kary śmierci. Do końca lat 60. 14 stanów (wyłącznie stany położone na północy kraju: Alaska, Hawaje, Iowa, Maine, Michigan, Minnesota, Nowy Meksyk, Nowy Jork, Dakota Północna, Oregon, Rhode Island, Vermont, Wirginia Zachodnia, Wisconsin) albo zrezygnowało z jej wykonywania, albo też utrzymało ją tylko w wyjątkowych przypadkach<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> J. R. Acker, op. cit., s. 171.

<sup>24</sup> M. W. Falzini, *Studying the Lindbergh Case*, New Jersey 2006, s. 1–3.

<sup>25</sup> B. A. Ragsdale, *The Rosenberg Trial: Uncovering the Layers*, „Social Education” 2014, nr 77(4), s. 180–184.

<sup>26</sup> J. R. Acker, op. cit., s. 171.

W latach 70. XX wieku w problematykę kary śmierci zaangażował się Sąd Najwyższy. Wyrokując w sprawie *Furman v. Georgia* (1972), orzekł niekonstytucyjność ustaw stanowiących podstawę orzekania kary śmierci ze względu na naruszającą 8 i 14 Poprawkę do Konstytucji nieograniczoną swobodę ławy przysięgłych w zakresie podejmowania decyzji dotyczących wyboru kary wobec sprawcy morderstwa<sup>27</sup>. Dalsze wykonywanie kary śmierci możliwe było wyłącznie po uprzednim dostosowaniu ustawodawstwa stanowego<sup>28</sup>. Sytuacja ta spowodowała spory legislacyjne, polegające na wprowadzeniu przepisów przewidujących obowiązkowe stosowanie sankcji głównej za zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem. Uregulowania te zostały uchylone przez Sąd Najwyższy, który to w sprawie *Woodson v. North Carolina* wyraził swoje zaniepokojenie (większością 5:4) brakiem możliwości wzięcia pod uwagę szczególnych cech sprawcy lub okoliczności popełnienia zbrodni, a także uznał ustawy za znacznie odbiegające od współczesnych standardów<sup>29</sup>.

Sprawa *Furman v. Georgia* wpłynęła również na postrzeganie kary śmierci przez opinię publiczną. Od roku 1953 obserwowany był, analogicznie do wskaźników przestępczości, spadek poparcia wobec stosowania tej instytucji, tj. z 78% do 53% w 1966 r. W 1971 r. abolicjoniści stanowili 46% społeczeństwa. Po wydaniu orzeczenia oraz towarzyszącej mu populistycznej debacie polityczno-medialnej retencji stanowili w 1973 r. dwie trzecie badanych. Przewaga osób opowiadających się za wykonywaniem egzekucji utrzymuje się w XXI wieku na zbliżonym poziomie oraz opiera na społecznym przekonaniu o jej odstraszających właściwościach<sup>30</sup>.

W okresie czterech lat od wydania wspomnianego orzeczenia, określane go mianem „bomby prawnej”<sup>31</sup>, która spowodowała zamianę wyroków śmierci na karę dożywotniego pozbawienia wolności, 37 stanów dostosowało ustawodawstwo, zabezpieczając przed arbitralnym orzekaniem sankcji głównej<sup>32</sup>. Rok 1976 przyniósł modyfikację stanowiska Sądu Najwyższego, który to w orzeczeniu w sprawie *Gregg v. Georgia* (stosunkiem głosów 7:2) uznał, że kara śmierci nie narusza Konstytucji, o ile orzekana jest w efekcie rzetelnie przeprowadzonego procesu oraz oparta na standardach zapewniających obiektywną ocenę osoby sprawcy i popełnionej zbrodni. Tym samym Sąd wy-

<sup>27</sup> P. Marcus, *Capital Punishment in the United States, and Beyond*, „Melbourne University Law Review” 2007, nr 31, s. 840.

<sup>28</sup> Jedyńm stanem nienaruszającym Konstytucji był Rhode Island.

<sup>29</sup> P. Marcus, *Capital Punishment...*

<sup>30</sup> S. Smith, *The Supreme Court and the Politics of Death*, „Virginia Law Review”, April 2008, vol. 94, nr 2, s. 291–292.

<sup>31</sup> B. Latzer, D. McCord, *Death Penalty Cases. Leading U.S. Supreme Court Cases on Capital Punishment*, New York 2010, s. 37 i nast.

<sup>32</sup> Zob. [online] <[www.hollyziemer.com/uploads/3/1/2/7/31278061/furman\\_v\\_georgia\\_1971.pdf](http://www.hollyziemer.com/uploads/3/1/2/7/31278061/furman_v_georgia_1971.pdf)> (dostęp: 15.10.2017).

raził poparcie dla ustaw, w których orzekanie kary śmierci przewidziane jest wobec osób popełniających najcięższe zbrodnie<sup>33</sup>. Po niespełna 10 latach abolicji 17 stycznia 1977 r. przed plutonem egzekucyjnym stanął Gary Mark Gilmore<sup>34</sup>, stracony za dokonanie dwóch zabójstw w stanie Utah.

W późniejszych latach Sąd Najwyższy również wypowiadał się na ten temat. W 1977 r. w sprawie *Coker v. Georgia* uznał orzeczenie kary śmierci za gwałt na dorosłej kobiecie za niekonstytucyjne z uwagi na rażącą nieproporcjonalność kary do popełnionego przestępstwa, a tym samym za sprzeczne z 8 Poprawką<sup>35</sup>. Trzy lata później w sprawie *Godfrey v. Georgia* Sąd orzekł, że nie można stosować kary śmierci wobec sprawcy zabójstwa, kiedy jedyną okolicznością obciążającą jest skandaliczność, bezmyślność czy nikczemność czynu<sup>36</sup>. W 2002 r. w sprawie *Atkins v. Virginia*<sup>37</sup> Sąd stwierdził, iż niekonstytucyjne jest wykonywanie kary śmierci wobec osób niepełnosprawnych umysłowo, natomiast w 2005 r. w sprawie *Roper v. Simmons*<sup>38</sup> orzekł niezgodność z Konstytucją regulacji zezwalających na skazywanie na karę główną za czyny popełnione przed ukończeniem 18. roku życia<sup>39</sup>. W 2008 r. wydane zostało w sprawie *Kennedy v. Louisiana* jedno z najistotniejszych orzeczeń – bezwzględny zakaz orzekania kary śmierci za wszelkie zbrodnie nieskutkujące śmiercią pokrzywdzonego, w tym za dokonanie gwałtu na dziecku.

## Współczesna praktyka wobec kary śmierci w USA

Obecnie kara śmierci znajduje oparcie w ustawodawstwie 31 stanów, w 19 nie jest wykonywana, zaś w 4 (Oregon – 2011, Colorado – 2013, Waszyngton – 2014, Pensylwania – 2015) obowiązują moratoria na jej wykonywanie. Do stanów abolicjonistycznych należą: Alaska (1957), Connecticut (2012, w 2015 r. stanowy Sąd Najwyższy stwierdził niezgodność kary śmierci z Konstytucją), Delaware (2016, 2 sierpnia 2016 r. stanowy Sąd Najwyższy uznał procedury skazywania na karę śmierci za sprzeczne z ustawą zasadniczą), Hawaje (1957), Illinois (2011), Iowa (1965), Maine (1887), Maryland (2013), Massachusetts (1984), Michigan (1846), Minnesota (1911), New Jersey (2007), New Mexico (2009), New York (2007, w 2004 r. Sąd Apelacyjny w Nowym Jorku uznał, że część ustawy o karze śmierci jest niezgodna z Kon-

<sup>33</sup> P. Marcus, *Capital Punishment...*, s. 841–842.

<sup>34</sup> Zob. [online] <<https://deathpenaltyinfo.org/gary-gilmore>>.

<sup>35</sup> Zob. [online] <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/433/584>>.

<sup>36</sup> Zob. [online] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/420/>>.

<sup>37</sup> Zob. [online] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/case.html>>.

<sup>38</sup> Zob. [online] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>>.

<sup>39</sup> W latach 1976-2005 stracono 22 osoby poniżej 18. roku życia.

stytucją, zaś w 2007 r. orzekł o stosowaniu uprzedniego orzeczenia względem ostatniej osoby pozostającej w celi śmierci), Północna Dakota (1973), Rhode Island (1984), Vermont (1964), Zachodnia Virginia (1965), Wisconsin (1853)<sup>40</sup>.

W latach 1990–2016 w USA przeprowadzone zostały 1322 egzekucje<sup>41</sup> (w tym 3 przez władze federalne), w tym 38% w stanie Texas, po 8,5% w stanach Oklahoma i Wirginia, 6,5% w stanie Missouri (zob. tabele 1 i 2).

Tabela 1

## Stany z najmniejszą liczbą egzekucji w latach 1990–2016

Rok	CO	CT	NM	WY	OR	ID	KY	MT	NE	PA	SD	UT	WA	MD	TN	NV	LA	IL	CA	DE	MS	IN
1990																1	1	1				
1991																	1					
1992				1							1								1	1		
1993												1					1		1	2		
1994						1			1			1	1					1	1			1
1995								1		2							1	5		1		
1996					1				1			1				1	1	1	2	3		1
1997	1				1		1		1				1				1	2				1
1998								1					1	1		1		1	1			1
1999							1			1	1					1	1	1	2			1
2000															1		1		1	2		
2001			1										1	1		1			1	1		2
2002																	1		1	2	2	
2003																						2
2004																	2					
2005		1												1					2		1	5
2006								1							1	1			1	1	1	1
2007											1				2							2
2008							1														2	
2009															2							1
2010												1	1				1					3
2011						1														1	2	

<sup>40</sup> States With and Without the Death Penalty, [online] <<https://deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>> (dostęp: 15.10.2017).

<sup>41</sup> W latach 1800–2016 stracono 14 372 osoby, co stanowi równowartość liczby wykonanych wyroków skazujących na karę śmierci w Chińskiej Republice Ludowej w ciągu 2–3 lat. Za: K. Ryś, *Kra śmierci...*, s. 53.

2012					1					2								1	6			
2013																						
2014																						
2015																						
2016																						
<b>Razem</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>6</b>	<b>8</b>	<b>10</b>	<b>12</b>	<b>13</b>	<b>16</b>	<b>17</b>	<b>18</b>

Objaśnienia: CO – Kolorado, CT – Connecticut, NM – Nowy Meksyk, WY – Wyoming, OR – Oregon, ID – Idaho, KY – Kentucky, MT – Montana, NE – Nebraska, PA – Pensylwania, SD – Dakota Południowa, UT – Utah, WA – Waszyngton, MD – Maryland, TN – Tennessee, NV – Nevada, LA – Luizjana, IL – Illinois, CA – Kalifornia, DE – Delaware, MS – Missisipi, IN – Indiana.

Tabela 2

## Stany z największą liczbą egzekucji w latach 1990–2016

Rok	AL	AR	AZ	FL	GA	MO	NC	OH	OK	SC	TX	VA	Federal.	Razem*
1990	1	2		4		4			1	1	4	3		23
1991				2	1	1	1			1	5	2		14
1992	2	2	1	2		1	1		2		12	4		31
1993			2	3	2	4					17	5		38
1994		5		1	1		1				14	2		31
1995	2	2	1	3	2	6	2		3	1	19	5		56
1996	1	1	2	2	2	6			2	6	3	8		45
1997	3	4	2	1		6			1	2	37	9		74
1998	1	1	4	4	1	3	3		4	7	20	13		68
1999	2	4	7	1		9	4	1	6	4	35	14		96
2000	4	2	3	6		5	1		11	1	40	8		86
2001		1		1	4	7	5	1	18		17	2	2	66
2002	2			3	4	6	2	3	7	3	33	4		73
2003	3	1		3	3	2	7	3	14		24	2	1	65
2004	2	1		2	2		4	7	6	4	23	5		58
2005	4	1		1	3	5	5	4	4	3	19			59
2006	1			4			4	5	4	1	24	4		54
2007	3		1		1			2	3	1	26			42
2008				2	3			2	2	3	18	4		37
2009	6			2	3	1		5	3	2	24	3		52
2010	5		1	1	2			8	3		17	3		46
2011	6		4	2	4	1		5	2	1	13	1		43
2012			6	3				3	6		15			43

<b>2013</b>	1		2	7	1	2		3	6		16	1		39
<b>2014</b>			1	8	2	10		1	3		10			35
<b>2015</b>				2	5	6			1		13	1		28
<b>2016</b>	2			1	9	1					7			20
<b>Razem</b>	<b>51</b>	<b>27</b>	<b>37</b>	<b>71</b>	<b>55</b>	<b>86</b>	<b>40</b>	<b>53</b>	<b>112</b>	<b>41</b>	<b>505</b>	<b>103</b>	<b>3</b>	<b>1322</b>

Objaśnienia: AL – Alabama, AR – Arkansas, AZ – Arizona, FL – Floryda, GA – Georgia, MO – Missouri, NC – Karolina Północna, OH – Ohio, OK – Oklahoma, SC – Karolina Południowa, TX – Teksas, VA – Wirginia

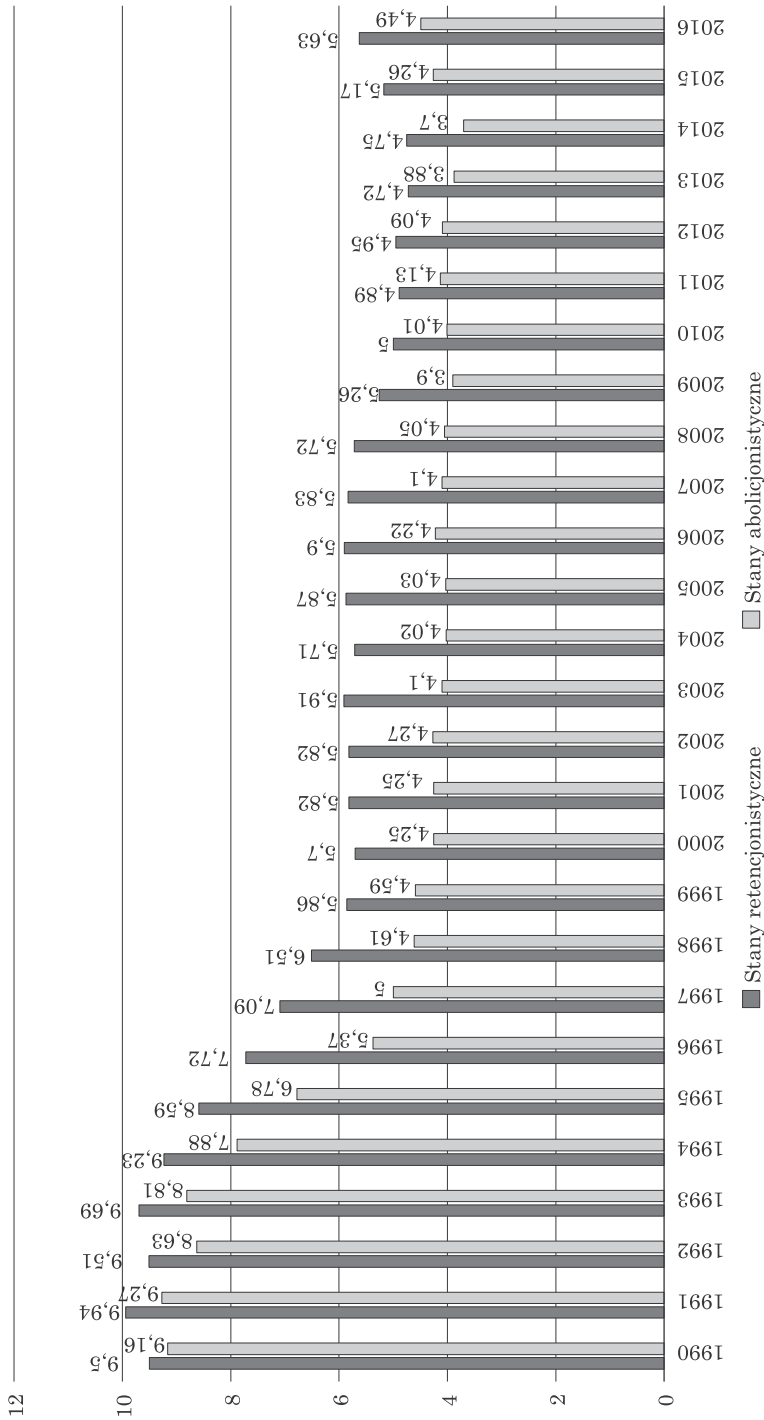
\* suma ogółem egzekucji w oparciu o dane ze wszystkich stanów z uwzględnieniem wykonawstwa federalnego.

W XXI wieku władze zaczęły zwracać większą uwagę na kwestie humanitarne, co objawia się odchodzeniem od brutalnych form egzekucji. Ostatni wyrok przez krzesło elektryczne wykonany został w styczniu 2013 r. Łącznie od 1990 r. stracono w ten sposób 86 osób. W stanie Utah dwie osoby zostały rozstrzelane, natomiast dwie osoby w stanie Waszyngton oraz jedną w Delaware powieszono. Komora gazowa w ciągu ostatnich 25 lat użyta została sześć razy (po dwa przypadki w Karolinie Północnej, Kalifornii oraz Arizonie). Dominującą formę obecnie stanowi zastrzyk trucizny, wykorzystany w tym okresie przy 1205 egzekucjach<sup>42</sup>.

Kara śmierci na całym świecie, także w USA, budzi wiele kontrowersji moralnych, humanitarnych oraz prawnych. Głównym argumentem podnoszonym przez zwolenników stosowania sankcji głównej jest jej odstraszający charakter. Narodowy Komitet ds. Badań (National Research Council) w raporcie z 2012 r. uznał, że takie stanowisko jest wysoce wątpliwe i nie należy kierować się tym argumentem przy podejmowaniu decyzji politycznych<sup>43</sup>. Stanowisko badaczy zdają się potwierdzać dane statystyczne odzwierciedlające wskaźnik zabójstw w stanach, w których kara śmierci znajduje oparcie w ustawodawstwie. Z danych przedstawionych na wykresie 1 wynika, iż w całym badanym okresie wskaźnik ten był wyższy w stanach retencyjnych niż abolicjonistycznych.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> National Research Council, *Deterrence and the Death Penalty*, Washington 2012.



**Wykres 1.** Wskaźnik zabójstw w stanach retencjonistycznych i abolicjonistycznych w latach 1990–2016

Źródło: <<https://deathpenaltyinfo.org/deterrence-states-without-death-penalty-have-had-consistently-lower-murder-rates#stateswithvviit-hout>>.



## Prawo łaski

Prawo łaski w USA przysługuje zarówno głowie państwa, co wynika z art. 2 Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki<sup>44</sup>, jak i najwyższym przedstawicielom stanowej władzy wykonawczej. Od roku 1977 ułaskawione zostały 283 osoby skazane na karę śmierci, z czego nie wszystkie to przypadki indywidualne. W roku 1986 gubernator stanu Nowy Meksyk Toney Anaya skorzystał z prawa łaski wobec pięciu skazanych z uwagi na własny negatywny stosunek do kary śmierci. W roku 1991 gubernator stanu Ohio Richard F. Celeste ułaskawił ósmioro skazanych również z uwagi na własne przekonania, natomiast wyboru spraw dokonał na podstawie współmierności orzeczonej kary do popełnionego przestępstwa, jak również na ilorazie inteligencji skazanych oraz czasu przebywania w celi śmierci. George Ryan, gubernator stanu Illinois, ułaskawił w 2003 r. czterech skazanych na karę śmierci, kwestionując ich winę. Gubernator stanu New Jersey Jon Corzine w 2007 r. skorzystał z prawa łaski i zamienił ośmiu skazanym wyroki na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości przedterminowego zwolnienia. Dzień później podpisał ustawę o zniesieniu kary śmierci. Gubernator stanu Illinois Pat Quinn 9 marca 2011 r. ułaskawił piętnastu skazanych przebywającym w celach śmierci, po czym podpisał ustawę abolicjonistyczną. W roku 2015 gubernator stanu Maryland Martin O'Malley również dokonał zamiany wyroków w stosunku do czterech skazanych z uwagi na brak podstawy prawnej pozwalającej na zastosowanie śmiertelnego zastrzyku. Maryland zniósł karę śmierci w 2013 r., jednak bez mocy wstecznej ustawy, co doprowadziło do przebywania skazanych w celach śmierci, mimo braku perspektyw do wykonania kary.

Tabela 3

Liczebność ułaskawień od roku 1976 (wg stanów)

Liczba ułaskawień	Stan
187	Illinois
19	Ohio
9	Georgia
9	Virginia
8	New Jersey
6	Floryda
6	Maryland
5	Nowy Meksyk
5	Karolina Północna
4	Missouri
4	Oklahoma
3	Indiana
3	Tennessee
2	Kentucky
2	Louisiana
2	Teksas
1	Alabama
1	Arkansas
1	Delaware
1	Idaho
1	Montana
1	Nevada
2	Władze wojskowe
1	Władze federalne
<b>283</b>	<b>Razem</b>

Źródło: <<https://deathpenaltyinfo.org/deterrence-states-without-death-penalty-have-had-consistently-lower-murder-rates#stateswithvwithout>>

<sup>44</sup> Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, tłum. A. Pułło, Warszawa 2002.

## Podsumowanie

Kara śmierci jako instytucja prawa karnego w Stanach Zjednoczonych Ameryki niewątpliwie oparta jest na wczesnym anglosaskim systemie prawa zwyczajowego. Niemniej jednak recepcja sankcji głównej w ówczesnych koloniach okazała się silniejsza, zaś sama instytucja bardziej rozpowszechniona oraz stosowana nie tylko wobec sprawców najcięższych zbrodni, lecz także w przypadku skazania za m.in. podpalenie, włamanie, napad z bronią, gwałt czy porwanie.

Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki w art. III § 2 przewidziała ustawodawstwo karnoprawne niemalże na wyłączność, zgodnie z zasadą terytorialności, poszczególnym stanom. Wpływ na instytucję kary śmierci z poziomu federalnego, tj. poza federalnym katalogiem przestępstw, za które może ona zostać orzeczona, ogranicza się wyłącznie do kontroli konstytucyjnej ustaw stanowych. Pierwszym stanem, w którym kara główna została usunięta z porządku prawnego w XIX wieku, było Michigan (co istotne, od uzyskania państwowości w tym stanie żaden skazany nie został stracony).

Wraz z rozwojem konstytucjonalizmu Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zaczął wykazywać większe zainteresowanie problematyką praw człowieka w kontekście m.in. 8 Poprawki zakazującej stosowania okrutnych i niewspółmiernych kar. Poza sprawami, w których Sąd wpływał na konstytucyjność samej instytucji kary głównej, podejmował się on także badania zgodności z ustawą zasadniczą możliwości orzekania tej sankcji za konkretne przestępstwa oraz wobec m.in. osób nieletnich. W obecnym stanowym porządku prawnym wyróżnia się także okoliczności obciążające, bez których wystąpienia orzeczenie kary śmierci jest niemożliwe.

Zaangażowanie organizacji społecznych, w tym międzynarodowych, działających na rzecz przestrzegania praw człowieka miało wpływ, także w USA, na rozwój idei humanitaryzmu kary oraz samego nurtu abolicjonistycznego. Tym samym debata nad formami przeprowadzania egzekucji, faktycznym wpływem instytucji kary śmierci na wskaźniki przestępczości oraz zabójstw, a tym samym zasadności utrzymywania tej sankcji w ustawodawstwie trwa do dzisiaj. Argumenty podnoszone przez retencionistów o odstraszającym działaniu kary śmierci zostały podważone przez różne ośrodki badawcze, w tym przez Narodowy Komitet ds. Badań. Główną metodą przeprowadzania egzekucji jest śmiertelny zastrzyk, zaś liczba egzekucji oraz stanów je przeprowadzających z roku na rok maleje.

## Literatura

- Acker J. R., *The Death Penalty: An American History*, „Contemporary Justice Review” 2003, vol. 6(2).
- Falzi M. W., *Studying the Lindbergh Case*, New Jersey 2006.
- Latzer B., McCord D., *Death Penalty Cases. Leading U.S. Supreme Court Cases on Capital Punishment*, New York 2010.
- Loon A. J. van, *Law and Order in Ancient Egypt. The Development of Criminal Justice from the Pharaonic New Kingdom until the roman dominate*, Leiden 2014.
- Maciejewski T., *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2015.
- Marcus P., *Capital Punishment in the United States, and Beyond*, „Faculty Publications” Paper 61 2007.
- Marcus P., *Capital Punishment in the United States, and Beyond*, „Melbourne University Law Review” 2007, nr 31.
- McBee S., *The History of the Jamestown Colony: Seventeenth-Century and Modern Interpretations*, Mansfield 2009.
- National Research Council, *Deterrence and the Death Penalty*, Washington 2012.
- Pędracki M., *Przepisy prawne najstarszych „kodeksów” mezopotamskich ustanawiające kary dla ludzi wolnych*, „Analecta” 2012, nr 6.
- Ragsdale B. A., *The Rosenberg Trial: Uncovering the Layers*, „Social Education” 2014, nr 77(4).
- Roth M. T., *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta 1995.
- Ryś K., *Komparatystyczne ujęcie kary śmierci. Geneza oraz praktyka do końca I poł. XX wieku*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 4.
- Ryś K., *Kara śmierci. Wybrane zagadnienia. Studium przypadków*, Olsztyn 2017.
- Smith S., *The Supreme Court and the Politics of Death*, „Virginia Law Review”, April 2008, vol. 94, nr 2.
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 2015.
- Sperka Z., *Zarys problemu kary śmierci na przestrzeni dziejów*, [w:] D. Dziurkowski (red.), *Problem kary śmierci – historia i współczesność*, Częstochowa 2015.

## Summary

### *The death penalty in the United States of America – selected issues*

**Key words:** historical background of the death penalty; the origins of the death penalty in the United States; executions in the United States; the right of clemency

The death penalty as a part of the criminal law is, currently, a very controversial issue. In addition to the strong abolitionist trend, which was created by international organizations and democratic states (with said trend concluding that the death penalty is a repression in the form of revenge), it has mainly an eliminatory function. As for the repressive function, this punishment is ineffective because it has no real impact on the level of crime.

It is meant to satisfy the sense of a social justice and achieve the general goal of crime prevention with the tightening of the criminal law system and its provisions becoming more strict. Nowadays, the reception of this retentive view is noticeable in the legislation of certainin states of the United States of America. The following article presents the historical background of the use of the death penalty and its origins in the US legal system. The issues of applying the main sanction since 1990, the institution of the right of clemency and statistical data on the subject are also discussed in great detail.

## Sprawozdania

### Sprawozdanie z 36. Seminarium Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych, Cedzyna 18–22 września 2017 r.

36. Seminarium Rzeczników Patentowych Szkół Wyższych zostało zorganizowane przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, Politechnikę Świętokrzyską w Kielcach oraz Staropolską Izbę Przemysłowo-Handlową w Kielcach. W trakcie pięciodniowych obrad ogłoszono 21 referatów oraz przeprowadzono dyskusję panelową. Otwarcia seminarium dokonała Prezes Urzędu Patentowego RP dr Alicja Adamczak.

Pierwszym prelegentem był przedstawiciel WIPO dr Andrzej Gadkowski, który w wystąpieniu pt. *Procedura arbitrażu i mediacji Światowej Organizacji Własności Intelektualnej* wykazywał zalety arbitrażu i mediacji w rozwiązywaniu sporów związanych z własnością intelektualną, kładąc nacisk m.in. na większą autonomię woli stron, możliwość wyboru jurysdykcji, zasadę ochrony informacji poufnych w toku postępowania, wreszcie szybkość i niższe koszty, co zostało poparte konkretnymi przykładami z praktyki. Wymiar praktyczny miał też referat dr Sybilli Stanisławskiej-Kloc z UJ, pt. *Problematyka plagiatu w szkolnictwie wyższym*. Prelegentka poddała analizie m.in. prawo pierwszeństwa publikacji oraz pojęcie prac dyplomowych, przy czym zaakcentowała, iż brak naruszenia prawa autorskiego nie zawsze oznacza, że dane zachowanie nie narusza zasad etyki w nauce. W referacie podniesiono także ważne kwestie zasad funkcjonowania repozytoriów prac dyplomowych oraz programów antyplagiatowych w szkołach wyższych.

Tematem panelu dyskusyjnego, którego moderatorem była Prezes UP RP dr Alicja Adamczak, był „Transfer technologii i zarządzanie prawami własności intelektualnej w szkołach wyższych”. W dyskusji wzięli udział dr Agnieszka Sztoldman z Instytutu Allerhanda, dr Dariusz Kasprzycki z UJ, mgr Mateusz Balcerzak z UŁ, a także Cezary Tkaczyk ze Staropolskiej Izby Przemysłowo-Handlowej. W trakcie panelu przedstawiono szereg danych i przykładów wskazujących z jednej strony na niski poziom innowacyjności w Polsce, z drugiej na znaczne osiągnięcia i dobre statystyki w sferze wynalazczości. W toku dyskusji sformułowano szereg postulatów, a w szczególności ten, iż do wniosków grantowych powinny być dołączane badania o stanie techniki. W istocie mogłoby to wpłynąć na poprawę jakości zgłoszeń

oraz usprawniło ocenę poziomu nowatorstwa wniosku. Jednocześnie wpłynęłoby na zwiększenie kosztów sporządzenia wniosku.

Pierwszy dzień obrad zakończyło wystąpienie prof. Urszuli Promińskiej z UŁ pt. *Treść i charakter prawny umowy o prace badawczo-rozwojowe*. Autorka zwróciła uwagę na brak zgodności w doktrynie co do charakteru prawnego umów o prace badawczo-rozwojowe. Podtrzymała też swoje dotychczasowe stanowisko, iż jest to umowa nienazwana, która kreuje zobowiązanie starannego działania i do której zastosowanie ma art. 750 k.c. Na uwagę zasługuje zaakcentowanie informacji, ich pozyskiwania, gromadzenia i przetwarzania jako punktu odniesienia dla wykonawcy. Podzielić należy zapatrywanie, iż dokumenty, w których podmiot zobowiązuje się do uzyskania określonych wyników badań, ujęte jako zobowiązania rezultatu, to umowy o dokonanie projektu wynalazczego lub innowacji, zatem nie powinny być kwalifikowane jako umowy o prace badawczo-rozwojowe.

Drugi dzień seminarium otworzyło wystąpienie przedstawiciela Europejskiego Urzędu Patentowego nt. *Przegląd ostatnich najważniejszych decyzji Komisji Odwoławczej EPO*. Po czym tematyką obrad objęto wzory użytkowe za sprawą wystąpienia dr. Marcina Balickiego z Instytutu Allerhanda, *Short-term patent, das Gebrauchsmuster, le certificat d'utilité – drugi rząd ochrony patentowej w wybranych państwach*. W dalszej kolejności dr Żaneta Pacud z PAN przedstawiła referat pt. *Rola wyłączności rynkowej w ochronie prawnej wynalazków farmaceutycznych*. Szczególnie cenne było ukazanie związków funkcjonalnych pomiędzy ochroną patentową produktów farmaceutycznych a wyłącznością rynkową. Pragmatyczny wymiar miał referat na temat nowego systemu CMS zgłaszania wynalazków w EPO. Rzecznik patentowy dr Ludwik Hudy poruszył w nim kwestię zakresu i perspektywy czasowej wdrożenia platformy usług elektronicznych.

W trzecim dniu seminarium wystąpiło trzech prelegentów. Prawo autorskie w Internecie w oparciu o analizę orzecznictwa przygotował dr Krzysztof Żok z UAM. Z kolei radca prawny dr Krzysztof Siewicz przedstawił referat pt. *Otwarty dostęp – wybrane zagadnienia*, w którym m.in. poddał analizie szereg wariantów licencji *creative commons* i ich zastosowania w sferze dostępu do wyników badań naukowych zawartych w opublikowanych utworach. Aktualne kwestie związane z perspektywą wdrożenia systemu patentu europejskiego o jednolitym skutku przedstawiła prof. Aurelia Nowicka z UAM.

Czwartego dnia seminarium prof. Aurelia Nowicka z UAM omówiła kształtowanie się europejskiej praktyki w sferze patentowania rozwiązań dotyczących roślin, zwracając uwagę na kontrowersyjne przypadki uzyskiwania ochrony patentowej w tej sferze, jak również konsekwencje prawne i rynkowe tego zjawiska. Z kolei prof. Ryszard Skubisz z UMCS wystąpił z referatem pt. *Celowość utrzymania ochrony geograficznych oznaczeń pochodzenia w ustawie prawo własności przemysłowej*. Z uwagi na niedawne zmia-

ny ustawy – Prawo własności przemysłowej szczególnie walor miało wystąpienie przedstawicielek Urzędu Patentowego RP – Edyty Demby-Siwiek oraz Małgorzaty Szymańskiej-Rybak nt. systemu sprzeciwowego, stanowiące stadium przypadku. Prawa znaków towarowych dotyczyły także kolejne wystąpienia. Dr Joanna Sitko z Politechniki Lubelskiej podjęła temat: *Granice parodystycznego wykorzystania znaku towarowego renomowanego – analiza prawnoporównawcza przepisów krajowych i unijnych*. W istocie problem, czy poczucie humoru powinno mieć znaczenie w prawie znaków towarowych, ma wymiar praktyczny, o czym świadczyły sprawy przedstawione przez prelegentkę. Przedmiotem rozważań prowadzonych przez dr. Michała Mazurka z UMCS było *Rozpowszechnienie oznaczenia jako bezwzględna przeszkoda rejestracji znaku towarowego w orzecznictwie unijnym*. Natomiast radca prawny Szymon Karpierz przedstawił referat pt. *Roszczenie o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści w prawie znaków towarowych (skutki wyroku SN w sprawie „milksełko”) w świetle regulacji krajowych i unijnych*. Dr Kinda Wernicka z UMCS omówiła *Zakres swobody twórczej projektanta a ocena ogólnego wrażenia wzorów przemysłowych (na przykładzie wzorów rejestrowanych przez UPRP i EUIPO)*, ukazując praktyczne funkcjonowanie kryterium indywidualnego charakteru wzoru jako podstawowej przesłanki warunkującej jego ochronę.

W dniu zamykającym seminarium zaprezentowano dwa referaty. Pierwszy, pt. *Terminy w postępowaniu przed EPO. Możliwości ich wydłużania i przywracania*, wygłosił europejski rzecznik patentowy Adam Pawłowski. Natomiast referat pt. *Trolle patentowe. Kilka uwag o sensowności ich zwalczania* przedstawił dr hab. Rafał Sikorski z UAM. Autor ten zwrócił m.in. uwagę na prawo konkurencji w zwalczaniu niedozwolonych praktyk wykonywania praw własności przemysłowej, ukazując ekonomiczno-prawne mechanizmy patentowego *trollingu*.

Seminarium w Cedzynie to ważne forum kształtowania i wymiany myśli doktryny prawa własności przemysłowej. W trakcie spotkania podejmowano także temat obchodów stulecia Urzędu Patentowego RP i planowanych z tej okazji szeregu wydarzeń i aktywności.

Marek Salamonowicz

