

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

Studia **P**rawnoustrojowe

47

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Mieczysław Różański (redaktor naczelny)
Jerzy Kasprzak, Elżbieta Zębek (zastępcy)
Justyna Krzywkowska (sekretarz)
Tomasz Majer, Agnieszka Skóra, Denis Solodov, Krystyna Ziółkowska (członkowie)

RADA NAUKOWA

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

RECENZENCI

Lista recenzentów zostanie zamieszczona w ostatnim numerze danego roku

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE

Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI

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

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2020

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

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 18,0; ark. druk. 15,5
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 107

Spis treści

ARTYKUŁY

Maciej Bendorf-Bundorf , <i>Ekologiczne zamówienia publiczne na tle zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji</i>	5
Nykyforchuk Dmytro Josypovych, Chemerys Dmytro Dmytrovych <i>Методика розыска без вести пропавших лиц в Украине: практический аспект</i>	23
Andrzej Dzikowski , <i>Przypadki znęcania się nad zwierzętami i reakcji na nie a etyka zawodowa lekarzy weterynarii – wątpliwości etyczno-prawne</i>	35
Anna Maria Hernacka-Janikowska , <i>Znieważenie symboli i znaków państwowych – aspekty prawno-politologiczne</i>	55
Kazimiera Juszka, Karol Juszka , <i>Analiza przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw jako metoda badawcza wykonywania czynności kryminalistycznych</i>	69
Danuta Kurzyńska-Chmiel , <i>Prawo do nauki obywateli – analiza krajowych rozwiązań prawnych w obszarze systemu oświaty</i>	83
Oleg Stasiewicz Kuczyn , <i>Негласная идентификация личности фиктивно пропавшего в ходе оперативно-розыскных мероприятий</i>	97
Sylvia Łazarewicz , <i>Legitymacja czynna wspólników do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych</i>	109
Olga Łachacz, Marcin Adamczyk , <i>Postulaty „de lege ferenda” w zakresie środowiskowych aspektów legalizacji przedsięwzięć budowlanych</i>	121
Joanna Markiewicz-Stanny , <i>Interpretacja Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a międzynarodowe prawo uchodźcze – kilka uwag na tle pozbawienia wolności w związku z migracyjnym statusem</i>	133
Nataliia Martsenko , <i>Determining the place of artificial intelligence in civil law</i>	157
Justyna Omeljanuk, Karolina Kamińska-Surówka , <i>Nieletni sprawca przemocy w rodzinie w świetle prawa i praktyki organów ścigania</i>	175
Janusz Orłowski, Ola Nieczepa , <i>Tajemnica skarbowa a ochrona dóbr osobistych</i>	191
Emilia Płońska , <i>Rodzaje i funkcje kar w prawie Kościoła prawosławnego w Polsce</i>	209
Edyta Sokalska , <i>Kestenbaum Commission and its successors – statutory purposes and activities</i>	225
Olha Zyhrii , <i>Organisational and legal mechanism of land reform completion in Ukraine</i>	237

Maciej Bendorf-Bundorf
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski
ORCID: 0000-0002-7475-4986

Ekologiczne zamówienia publiczne na tle zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji

Wprowadzenie

Instytucje publiczne w Europie każdego roku wydają równowartość 14% PKB Unii Europejskiej dokonując zakupów dostaw, usług lub robót budowlanych¹. Zamówienia publiczne mogą stanowić skuteczny instrument kształtowania trendów produkcyjnych i konsumpcyjnych. Połączony z siłą nabywczą sektora publicznego wzrost popytu na ekologiczne usługi i towary doprowadzić ma do stworzenia lub powiększenia rynków dla przyjaznych środowisku produktów i usług, zachęcając przedsiębiorców w skali ogólnoeuropejskiej do rozwijania ekologicznych technologii. Osiągnięcie bardziej zrównoważonego wykorzystywania surowców i zasobów naturalnych należy uznać za szczególnie korzystne zarówno dla środowiska, jak i całej gospodarki, może bowiem stworzyć warunki do powstania gospodarek „ekologicznych”. Zmiany w tym zakresie mogłyby pociągnąć za sobą pozytywne konsekwencje w postaci wzrostu konkurencyjności europejskiego przemysłu, stymulując działania innowacyjne w sektorze technologii ekologicznych. Efektywne pod względem kosztów ekologiczne zamówienia publiczne powinny uwzględniać koszty cyklu życia produktów, obejmując cenę zakupu, koszty powiązane (np. dostawę, instalację, oddanie do użytkowania), koszty operacyjne (np. koszt energii, konserwacji, części zamiennych) oraz koszty zakończenia użytkowania (czyli koszt wycofania z eksploatacji oraz usunięcia lub likwidacji). Wskazany cykl życia stanowi podstawę do ustalenia bardziej ekologicznego charakteru zamawianych produktów, jednocześnie pokazując, że towary ekologiczne w dłuższej perspektywie często okazują się tańsze od ich nieekologicznych substytutów. Wprowadzanie środowiskowych

¹ Z. Raczkiewicz, *Ekologiczne zakupy*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 8, s. 60.

kryteriów do zamówień publicznych może ponadto wywierać wpływ wykraczający poza sektor publicznych zakupów, prowadząc do szerszego wykorzystywania standardów ekologicznych na rynku zakupów prywatnych².

Proekologiczna instrumentalizacja zamówień publicznych powinna jednak następować w zgodzie z podstawową funkcją systemu publicznych wydatków, jaką jest zapewnienie jak najszerszego dostępu do krajowych rynków dla wykonawców z całej Unii Europejskiej. Jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie mogą pociągać za sobą uszczerbek w efektywności systemu zamówień publicznych. Izolacja krajowych rynków i wyłączenie konkurencji ze strony zagranicznych wykonawców może powodować, że składane w ramach konkretnego postępowania oferty będą zawierać ceny wyższe niż oferty składane w warunkach presji ze strony wykonawców również z innych państw UE. W tym kontekście fundamentalne znaczenie ma zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji, która stanowi bezwzględną wytyczną wobec działań zamawiającego w każdym z prowadzonych postępowań zamówieniowych.

Zmiany klimatyczne stanowią obecnie jedno z ważniejszych zagrożeń dla świata. Odpowiedzialność za środowisko spoczywa w głównej mierze na państwach rozwiniętych, w szczególności że to one doprowadziły do zmian klimatycznych, jak również dysponują środkami i możliwościami wprowadzenia korzystnych dla środowiska innowacyjnych technologii i praktyk w gospodarce. Przyjąć przy tym należy, że globalne problemy ochrony środowiska, stanowiąc wspólny cel, powinny być rozwiązywane na arenie międzynarodowej³. Dbłość o środowisko naturalne oraz ekologiczną świadomość należy w obecnych czasach uznać za fundamentalne cele państw na całym świecie⁴.

Strategia „Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu”⁵, jako jeden z priorytetowych celów w ramach zintegrowanej Europy, wskazuje na wspieranie niskoemisyjnej gospodarki, opartej na skutecznej konkurencji, wiedzy i innowacjach oraz posiadającej wysoki poziom zatrudnienia⁶. Zamówienia publiczne uznawane są za istotny element rynku, który może w znaczący sposób przyczynić się do skutecznej realizacji zakładanych celów.

Efektywna promocja rozwiązań ekologicznych powinna następować w warunkach ujednolicenia kryteriów środowiskowych w skali ogólnoeuro-

² Komunikat Komisji Europejskiej *Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska* [COM (2008) 400], s. 3.

³ J. Ciechanowicz-McLean, *Węzłowe problemy prawa ochrony klimatu*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2017, nr 37, s. 7–8.

⁴ M. Magdziarz, *Zielone zamówienia publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 12, s. 19.

⁵ Komunikat Komisji Europejskiej *Europa 2020: Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu* [COM (2010) 2020].

⁶ Szerzej na temat klauzul społecznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zob. M. Bendorf-Bundorf, *Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 147–159.

pejskiej. Zdaniem Komisji Europejskiej to warunek zagwarantowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ze wszystkich państw członkowskich UE⁷. W dniu 28 marca 2014 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nowy pakiet dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych: dyrektywy 2014/24/UE⁸ (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz dyrektywy 2014/25/UE⁹ (tzw. dyrektywa sektorowa). Zasadniczo jako główne cele nowych dyrektyw zamówieniowych wskazać można poprawę efektywności publicznych wydatków¹⁰ oraz ułatwienie zamawiającym wykorzystywania zamówień publicznych jako instrumentu do realizacji celów m.in. z zakresu ochrony środowiska¹¹.

Podstawowym aktem prawnym regulującym procedury udzielania zamówień publicznych w Polsce jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹². Prośrodowiskowe działania legislacyjne były szczególnie widoczne w nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r.¹³ Uzasadniając wprowadzenie nowych rozwiązań, ustawodawca wskazał na – wynikającą z obowiązku implementacji dyrektyw – konieczność promowania i realnego wykorzystywania pozaekonomicznych celów zamówień publicznych takich jak m.in. ochrona środowiska. Cel ten ma być osiągnięty w szczególności poprzez położenie nacisku na wybór oferty najkorzystniejszej, uwzględniającej nie tylko cenę lub koszt, ale także inne aspekty, oraz promocję wykorzystywania przyjaznych dla środowiska sposobów produkcji¹⁴.

Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji w Prawie zamówień publicznych

Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji uregulowana jest w art. 7 Pzp. Wynikają z niego dwa zasadnicze obowiązki zamawiającego: równe traktowanie podmiotów starających się o udzielenie zamówienia pu-

⁷ M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 156.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.).

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.).

¹⁰ W szczególności dzięki promocji pozacenowych kryteriów oceny ofert.

¹¹ Szerzej zob. M. Olejarsz (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2014, s. 7–9.

¹² T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986, dalej również jako: Pzp.

¹³ Dokonana na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

¹⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 366).

blicznego oraz przygotowanie i przeprowadzenie postępowania zamówieniowego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w zgodzie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W szczególności w zakresie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, określania kryteriów oceny ofert czy wprowadzania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma zapewnić, że wykonawcy nie będą dyskryminowani, a czynniki konkurencji wywra efektywny wpływ na wynik postępowania w postaci wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej¹⁵.

Zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji stanowi rozwinięcie ustanowionej w art. 32 Konstytucji RP¹⁶ zasady równości i niedyskryminacji, jak również jest ściśle związana z obowiązującą w Unii Europejskiej zasadą niedyskryminacji pośredniej i bezpośredniej¹⁷ wynikającą z art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁸. Oczywiście jest także jej powiązanie z regulacjami wtórnego prawa UE, mianowicie z art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Dyrektywa zakazuje przy tym organizowania zamówień w sposób mający na celu sztuczne zawężanie konkurencji, uznając przy tym, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie było zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Aspekty środowiskowe w opisie przedmiotu zamówienia

Uwagi ogólne

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpoczyna się od dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Odpowiednio zdefiniowany przedmiot wpływa na prawidłowość całego procesu zakupowego, w szczególności z punktu widzenia postulatu jego efektywności. Przyjąć bowiem należy, że podstawowym celem tej czynności jest zapewnienie, że określona dostawa, usługa lub robota budowlana w pełni zaspokoi określone zapotrzebowanie instytucji zamawiającej.

Opis przedmiotu zamówienia dokonywany musi być jednak zgodnie z zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych, przede wszystkim w art. 29 Pzp. Przepis wprowadza generalną wytyczną, zgodnie z którą

¹⁵ Por. A. Zdebel-Zygmunt, [w:] A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 267 i n.

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹⁷ Szerzej zob. A. Soltysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 130 i nn.

¹⁸ Dz. U. UE. C Nr 326, s. 47.

przedmiot zamówienia powinien być jednoznaczny, wyczerpujący, opisany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istotny w kontekście omawianego zagadnienia jest ustęp 2 tego przepisu, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję¹⁹.

Możliwość proekologicznego opisu przedmiotu zamówienia określona została *expressis verbis* w art. 29 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wprowadzić do opisu przedmiotu wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować w szczególności aspekty środowiskowe. Nowelizacja ustawy z 2016 r. wprowadziła nowe rozwiązania odnośnie sporządzania opisu przedmiotu, które dodatkowo podkreślają prośrodowiskowe możliwości zamawiającego w tym zakresie. Mianowicie, art. 30 ust. 1 Pzp określa jako jeden ze sposobów opisywania przedmiotu zamówienia, metodę polegającą na określeniu wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia²⁰.

W zależności od tego co stanowi przedmiot konkretnego postępowania zamówieniowego, wskazać można na różne aspekty mogące mieć wpływ na środowisko. Przykładowo wprowadzić można wymogi obejmujące takie kwestie jak: skład oraz pochodzenie materiałów, możliwość recyklingu, opakovanie (np. wymóg opakowań szklanych), przebieg procesów produkcji, poziom zużycia zasobów przez przedmiot zamówienia w trakcie jego użytkowania (np. energia lub woda), trwałość produktu i okres jego użytkowania. Interesującym przejawem ekologicznego zamówienia jest wprowadzenie warunku określonych godzin dostaw, np. poza godzinami natężonego ruchu drogowego, co pozwoli na ograniczenie zużycia paliwa oraz obniżyć poziom emisji spalin przez pojazdy wykorzystywane do realizacji zamówień. Wskazany katalog należy uznać za jedynie przykładowy. Ma on jednak pokazać, że proekologiczny opis przedmiotu zamówienia nie zawsze musi przyjmować formy skomplikowanych zapisów specyfikacji i może zostać dokonany z wykorzystaniem względnie prostych narzędzi i sformułowań²¹.

Należy jednak pamiętać, że swoboda definiowania przedmiotu zamówienia publicznego, w tym w zakresie wprowadzania wymagań o ekologicznym charakterze, jest ograniczona przez obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Określane wymagania w zakresie standardów środowiskowych nie mogą stano-

¹⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 265 i nn.

²⁰ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 421.

²¹ Urząd Zamówień Publicznych, *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport*, Warszawa 2018, s. 11–12.

wieć środka, który bezpośrednio lub pośrednio utrudnia dostęp wykonawcom do rynku zamówień publicznych. Oznacza to przede wszystkim, że standardy ekologiczne, których wymaga spełnienia się, muszą pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Dopuszczalność wprowadzania omawianych warunków do opisu przedmiotu uzależniona jest ponadto od sformułowania ich w sposób niedyskryminujący, umożliwiając spełnienie wymogów przez wszystkich wykonawców, niezależnie od kraju ich pochodzenia lub siedziby.

Ekoetykiety

W wyniku nowelizacji Pzp z 2016 r. wprowadzony został nowy instrument, który zamawiający może wykorzystać przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 30a Pzp, w przypadku zamówień o szczególnych cechach, zamawiający może wskazać w opisie przedmiotu zamówienia w kryteriach oceny ofert lub w warunkach realizacji zamówienia na określone oznakowanie. Pojęcie oznakowania na potrzeby ustawy definiuje jej art. 2 pkt 16 jako zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi.

W pierwszej kolejności może pojawić się pytanie o znaczenie wykorzystanego w przepisie sformułowania „zamówienia o szczególnych cechach”. Ustawa nie precyzuje bowiem, jakie szczególne cechy uzasadniają wprowadzenie wymogu oznakowania. Pamiętać jednak należy, że dana regulacja stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 43 dyrektywy 2014/24/UE, w którym to wprost wskazano, że szczególne cechy zamówienia obejmują m.in. jego cechy środowiskowe. Zasadne wydaje się przedstawienie różnicy w terminologii, która występuje pomiędzy dyrektywą a krajową ustawą. W miejsce bowiem polskiego „oznakowania”, dyrektywa używa sformułowania „etykieta”, jednak różnica w nazewnictwie nie pociąga za sobą żadnych istotnych konsekwencji w praktycznym zastosowaniu przepisów. Dyrektywa definiuje bowiem pojęcie etykiety w sposób analogiczny do definicji „oznakowania” w Prawie zamówień publicznych²².

Dyrektywa, w odróżnieniu od krajowej ustawy, określa definicję pojęcia, które pozostaje w funkcjonalnym związku z omawianym zagadnieniem ekologicznego oznakowania. W myśl jej art. 2 ust. 1 pkt 24 „wymóg lub wymogi dotyczące etykiet” oznaczają wymogi, które dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura muszą spełniać, by uzyskać odnośną etykietę. Przyjąć zatem należy, że etykieta (oznakowanie) stanowi dokument przedmiotowy, bowiem odnosi się do przedmiotu zamówienia publicznego lub jego

²² Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 23 Dyrektywy 2014/24/UE etykieta oznacza dowolny dokument, zaświadczenie lub poświadczenie potwierdzające, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi.

określonej części. Oznakowania dotyczące procesu lub procedury mogą co prawda pośrednio przekładać się na zdolność wykonawcy zamówienia publicznego, jednakże wyłącznie w kontekście oceny warunków, które oferowane usługi lub produkty muszą spełniać²³.

Pośród wykorzystywanych w postępowaniach zamówieniowych oznakowań o ekologicznym charakterze wyróżnia się ekoetykiety, czyli znaki jakościowe, z wykorzystaniem których oznacza się produkty wykazujące się spełnianiem kryteriów ekologicznych w ponadprzeciętnym stopniu. Przykładem takiego oznakowania mogą być takie etykiety jak: EU Ecolabel, które jest oficjalnym europejskim wyróżnieniem stosowanym wobec produktów cechujących się ograniczonym wpływem na środowisko, Energy Star – znakujące energooszczędne produkty RTV i AGD, jak również certyfikat Fairtrade – zapewniający, że dany produkt został wytworzony w zgodzie ze standardami sprawiedliwego handlu. Spośród najbardziej znanych oznakowań gotowych obiektów budowlanych wymienić należy: LEED²⁴ (Leadership in Energy and Environmental Design), BREEAM²⁵ (Building Research Establishment Environmental Assessment Method), DGNB²⁶ (Deutsche Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen)²⁷.

Wykorzystując instytucję oznakowania w ramach opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający ma obowiązek zapewnić, że spełnione są wszystkie warunki określone w art. 30a ust. 1 Pzp. Mianowicie, wymagania w zakresie etykiet mogą odnosić się wyłącznie do kryteriów pozostających w związku z przedmiotem zamówienia oraz muszą być odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, usług czy dostaw. Wymagania w zakresie oznakowania muszą przy tym być oparte na obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach. Dodatkowo, wymagane oznakowanie musi być dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron, a warunki jego przyjmowania oparte powinny być na zasadach otwartej i przejrzystej procedury, w której uczestniczyć mogą wszystkie zainteresowane podmioty²⁸. Konieczne jest ponadto, aby wymagania dotyczące oznakowania określone były przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o oznakowanie nie może wywierać decydującego wpływu.

Powyższe warunki pozostają w funkcjonalnym związku ze wskazanym zakazem opisywania przedmiotu zamówienia, w sposób który mógłby utrud-

²³ A. Soltysińska, [w:] A. Soltysińska, H. Talago-Sławoj (red.), *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 416–417.

²⁴ Certyfikat amerykański.

²⁵ Certyfikat brytyjski.

²⁶ Certyfikat niemiecki.

²⁷ E. Wiktorowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 493.

²⁸ W tym podmioty należące do administracji publicznej, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe.

niać uczciwą konkurencję. Co za tym idzie, wykorzystywanie etykietowania nie powinno stanowić mechanizmu ograniczania dostępu do danego zamówienia publicznego, utrudniając lub wyłączając możliwość konkurowania niektórym wykonawcom jedynie na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego. Taki był bowiem zamiar ustawodawcy, który – wprowadzając omawiany przepis – wyraźnie wskazał, że zamawiający ma obowiązek akceptowania wszystkich etykiet (np. zaświadczeń) przekazanych przez wykonawcę, które potwierdzają, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają określone oznakowanie (wymogi). Z kolei w sytuacji gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie będzie mógł uzyskać określonego przez zamawiającego oznakowania lub oznakowania równoważnego, zamawiający jest obowiązany akceptować wszystkie środki dowodowe wskazane przez wykonawcę, o ile udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonego oznakowania lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego²⁹.

Celem udowodnienia równoważności, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawcy przedstawienia dowodów, które są zweryfikowane przez osoby trzecie. W sytuacji gdy wykonawca nie ma możliwości uzyskania zaświadczeń lub raportów z testów w wymaganym terminie, zamawiający powinien zezwolić na przedstawienie innych środków dowodowych, w szczególności dokumentację techniczną producenta. Uwarunkowane jest to jednak wykazaniem przez wykonawcę, że dostawy, usługi lub roboty budowlane są zgodne z wymogami lub kryteriami określonymi w specyfikacji technicznej, kryteriach udzielenia zamówienia lub w warunkach jego realizacji. Istotne przy tym jest, że w przypadku gdy wskazane przez zamawiającego oznakowanie obejmuje dodatkowo wymagania, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, zasadniczo zamawiający nie może jego żądać. Za dopuszczalne należy jednak uznać takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, które odsyłać będzie jedynie do tych wymagań oznakowania lub określonych jego części, które związek z przedmiotem wykazują oraz są właściwe dla określenia cech dostaw, usług lub robót budowlanych³⁰.

Istotny w kontekście omawianego zagadnienia jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 maja 2012 r.³¹, w którym stwierdzono, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze, pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób,

²⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy..., op. cit.

³⁰ E. Wiktorowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, op. cit., s. 492–493.

³¹ Sygn. akt. C-368/10.

a po drugie, umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg. W danej sprawie Trybunał orzekł, że zamawiający ustanowił specyfikację techniczną z naruszeniem przepisów wymagając, by produkty podlegające dostawie oznaczone były określoną ekoetykietą, nie opisując jednak szczegółowych specyfikacji. Dodatkowo wadliwość działania zamawiającego została orzeczona w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia, bowiem przewidywał on, że oznaczenie niektórych produktów podlegających dostawie wskazaną etykietą prowadzić będzie do przyznania określonej liczby punktów w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, jednakże nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wykazania, że dany produkt spełnia owe kryteria³².

Ekologiczne kryteria oceny ofert

Jedną z najistotniejszych zmian wprowadzonych nowelizacją Pzp z 2016 r., która niewątpliwie przyczynić się może do wzrostu uwzględniania aspektów ekologicznych w udzielanych zamówieniach, zawiera art. 91 Pzp. Przepis określa kryteria, na podstawie których zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Treść obowiązujących przepisów podyktowana jest dążeniem do ograniczenia wykorzystywania przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, co w praktyce przekładało się na spadek efektywności zamówień publicznych poprzez nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych, które nie wykazywały odpowiednich cech jakościowych, jak również nie spełniały odpowiednich standardów ekologicznych.

Zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia. Szczególnie istotny jest art. 91 ust. 2a Pzp, zgodnie z którym zamawiający³³ może zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub jako kryterium o wadze przekraczającej 60% wyłącznie w sytuacji kumulatywnego spełnienia następujących warunków:

– w opisie przedmiotu zamówienia określone zostały standardy jakościowe w odniesieniu do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia,

³² Wskazany wyrok wydany był co prawda w oparciu o już nieobowiązujące dyrektywy zamówieniowe, jednak przedstawione tezy pozostają aktualne również w obecnym stanie prawnym.

³³ Zaliczany do jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub stanowiący związek takich podmiotów.

– w załączniku do protokołu wykazano, w jaki sposób uwzględniono w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia³⁴.

Należy jednak mieć na uwadze, że aspekty środowiskowe stanowią tylko jedno z pozacenowych kryteriów, które mogą zostać wykorzystane przez zamawiającego w celu spełnienia obowiązku określonego w ustępie 2a omawianego przepisu. Praktyka pokazuje, że mimo nowych rozwiązań prawnych, wykorzystywanie ekologicznych kryteriów oceny ofert nadal występuje zbyt rzadko. Zasadne jest jednak stwierdzenie, że upowszechnianie oraz wykorzystywanie pozacenowych kryteriów oceny ofert stanowi proces złożony i długofalowy. W dłuższej perspektywie przełożyć się on może na zwiększenie jakości nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług, jak również osiągnięcie innych celów istotnych z perspektywy prawidłowego funkcjonowania państwa³⁵, w szczególności w zakresie ochrony środowiska.

Wraz ze wzrostem wykorzystywania kryteriów oceny ofert innych niż wyłącznie cena, rośnie ryzyko wystąpienia szeregu nieprawidłowości, w tym w zakresie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Przykładowo, wskazać można wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2018 r.³⁶, w którym stwierdzono, że zamawiający ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób jasny i precyzyjny, są to bowiem postanowienia, które bezpośrednio przekładają się na szanse na uzyskanie zamówienia. Doprecyzowywanie tych postanowień czy tym bardziej nadawanie im znaczenia niewyrażonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dopiero na etapie oceny ofert, jest niedopuszczalne i godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W wyroku z dnia 15 marca 2018 r.³⁷ Izba postawiła tezę, zgodnie z którą kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. Ustalane przez zamawiającego kryteria pozacenowe powinny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. W katalogu „uzasadnionych potrzeb” zamawiającego wymienić jednak można cechy ekologiczne przedmiotu zamówienia. Taka teza została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2018 r.³⁸, w którym stwierdzono, że zamawiający ma pełne prawo do takiego ustalania kryteriów oceny

³⁴ Wskazane ograniczenie nie znajduje zastosowania w przypadkach określonych w art. 72 ust. 2 (zapytanie o cenę) i art. 80 ust. 3 (licytacja elektroniczna), kiedy to zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.

³⁵ G. Matejczuk, *Pozacenowe kryteria oceny ofert na dostawy i usługi*, „Przetargi Publiczne” 2018, nr 4, s. 16–17. Zob. również: G. Mazurek, *Ekologiczne kryteria oceny ofert*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 1, s. 21–23.

³⁶ Sygn. akt KIO 1232/18.

³⁷ Sygn. akt KIO 365/18.

³⁸ Sygn. akt KIO 7/18.

ofert, które w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia. Aspekty środowiskowe, które wskazał ustawodawca, to również dbałość o to, aby przedmiot zamówienia realizowany był środkami (pojazdami) jak najnowszymi lub legitymującymi się jak najwyższymi normami emisji spalin, tak aby faktyczna dbałość o ochronę środowiska znalazła swoje rzeczywiste odzwierciedlenie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 2c Pzp, kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że kryterium dotyczące emisji spalin dla pojazdów, które będą realizowały przedmiot zamówienia, ma bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia, albowiem to tymi pojazdami wykonawca będzie wykonywał czynności zlecane przez zamawiającego.

Klauzule środowiskowe przy podmiotowej kwalifikacji wykonawców

Ekologiczne warunki udziału w postępowaniu

Zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji nie można traktować w sposób absolutny w tym sensie, że ustawa nie zobowiązuje do udzielenia zamówienia publicznego każdemu wykonawcy, w tym takiemu, który nie gwarantuje należytego jego wykonania. Prawo zamówień publicznych określa warunki, od których uzależniona jest możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. Żądając ich spełnienia zamawiający nie narusza wskazanej zasady, o ile stosowane kryteria są obiektywne, wynikające z charakteru i zakresu zamówienia, którego wykonanie wymaga od wykonawcy odpowiedniego doświadczenia, wiedzy czy technologii³⁹.

W ramach podmiotowej kwalifikacji wykonawców wykorzystane mogą być warunki związane z ochroną środowiska. Zasadniczo dostęp do określonego zamówienia publicznego posiadają wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający określając podmiotowe warunki ubiegania się o dane zamówienie jest zobowiązany je wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Stawiane warunki mogą w szczególności

³⁹ T. Kwieciński, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, T. Czajkowski (red.), Urząd Zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 76–82. Zob. również: M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Łódź 2012, s. 110–111.

dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. Zgodnie z art. 22d ust. 1 Pzp zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wskazane kryteria mogą dotyczyć aspektów środowiskowych, w szczególności w zakresie wiedzy czy doświadczenia, jak również posiadanych do dyspozycji urządzeń. Bezpośredni wpływ na sposób realizacji zamówienia zgodny z wymogami ochrony środowiska posiada warunek dotyczący wdrożenia środków zarządzania środowiskowego. Zgodnie bowiem z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia⁴⁰, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać w szczególności wykazu środków zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego.

Należy jednak pamiętać, że przy określaniu warunków udziału w postępowaniu swoboda zamawiającego nie jest nieograniczona. Przepisy Prawa zamówień publicznych rygorystycznie podchodzą do kwestii zakresu i sposobu kontroli spełnienia warunków, co wynika ze wskazanego rozporządzenia oraz określonego w nim katalogu możliwych do żądania dokumentów potwierdzających. Ponadto trzeba mieć na uwadze, że wprowadzane warunki muszą pozostawać w związku z przedmiotem danego zamówienia publicznego oraz muszą spełniać kryterium proporcjonalności w odniesieniu do jego zakresu i wartości⁴¹. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 listopada 2014 r.⁴² stwierdziła, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do jego przedmiotu. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres oraz stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Wymagania te nie mogą być też zbyt liberalne i powodować, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty. Warto w tym miejscu wskazać wyrok z dnia 17 lipca 2017 r.⁴³, w którym Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że jakość świadczonych usług to nie tylko sprawność, niezawodność pojazdów, ale również ich ekologia użytkowania, to jest wpływ użytkowania na środowisko.

⁴⁰ Dz.U. z 2016 r. poz. 1126.

⁴¹ Urząd Zamówień Publicznych, *Stan zrównoważonych zamówień...*, s. 14.

⁴² Sygn. akt KIO 2358/14.

⁴³ Sygn. akt KIO 1339/17.

Opisane ograniczenia swobody zamawiającego w określaniu warunków udziału w postępowaniu stanowią rozwiązanie, które z perspektywy efektywności publicznych wydatków należy ocenić pozytywnie. Zamawiający ma bowiem możliwość wprowadzenia takich warunków podmiotowych, aby zapewnić, że o dane zamówienia ubiegać się będą wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim doświadczeniem, urządzeniami czy też pracownikami, a co za tym idzie dają rękojmię prawidłowego zrealizowania zamówienia publicznego, również ze względu na jego wpływ na środowisko. W sposób oczywisty taka weryfikacja przyczynia się do realizacji postulatu efektywnego wydatkowania środków. Wyłączając jednak całkowitą swobodę w tym zakresie przepisy uniemożliwiają zamawiającemu takie określenie warunków, które w sposób nieuzasadniony zamykałoby dostęp do danego zamówienia, w skrajnych przypadkach nakierowując postępowanie na konkretnego wykonawcę. Warunkiem sine qua non efektywnych zamówień publicznych jest jak największe nasilenie czynników konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o dany kontrakt. Wyłącznie w warunkach rywalizacji wykonawcy oferować będą najlepsze towary, usługi czy roboty budowlane po relatywnie niższych cenach. Brak presji ze strony konkurencji w danym postępowaniu powoduje, że zamawiający nie otrzyma ofert, spośród których wybrać można tę jedną, obiektywnie najkorzystniejszą na rynku⁴⁴.

Środowiskowe przesłanki wykluczenia z postępowania

Podmiotowa kwalifikacja wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje ponadto ich weryfikację na podstawie przesłanek wykluczenia z postępowania. Z perspektywy zakresu zastosowania w praktyce oraz realnego wpływu na aspekty środowiskowe przepisy dotyczące wykluczenia wykonawców wykazują szczególne znaczenie. Wynika to bowiem z faktu, że w odróżnieniu od określania „zielonych” warunków udziału w postępowaniu, co uzależnione jest zasadniczo od oceny zasadności ich wprowadzenia dokonywanej przez zamawiającego, zastosowanie się do przepisów o wykluczeniu stanowi jego obowiązek, a nie tylko uprawnienie. Wskazać przy tym należy, że w przepisach Pzp regulujących podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania znajdują się takie przesłanki, wobec których stwierdzenie ich prośrodowiskowej funkcji nie budzi wątpliwości.

Określone w art. 24 Pzp przesłanki wykluczenia podzielić można na dwie kategorie:

- przesłanki obligatoryjne, na podstawie których zamawiający ma obowiązek zweryfikować wykonawców w każdym prowadzonym postępowaniu zamówieniowym (ust. 1),

⁴⁴ Por. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 98.

– przesłanki fakultatywne, których wprowadzenie w określonym postępowaniu zależy od decyzji zamawiającego⁴⁵ (ust. 5)⁴⁶.

W przypadku gdy w odniesieniu do określonego wykonawcy zostanie stwierdzone wystąpienie jednej z przesłanek, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania, a złożona przez niego oferta uznawana jest za odrzuconą oraz nie jest brana pod uwagę w toku oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich.

Przesłanka o charakterze obligatoryjnym, która pełni prośrodowiskową funkcję, określona jest w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano w szczególności za określone przestępstwa przeciwko środowisku. Ustawa wskazuje przy tym, że wykluczenie nastąpić musi w przypadku skazania za przestępstwa opisane w Rozdziale XXII Kodeksu Karnego⁴⁷ obejmującym przestępstwa przeciwko środowisku (art. 181–188 KK), a więc przykładowo: zniszczenie środowiska przyrodniczego, zanieczyszczenie czy też przestępstwa związane z odpadami lub materiałami promieniotwórczymi. Należy przy tym wskazać, że podmiotowy zakres omawianego wykluczenia z postępowania rozszerza art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, który stanowi, iż wykluczenie następuje również w odniesieniu do wykonawcy, jeżeli prawomocne skazanie za przestępstwa przeciwko środowisku nastąpiło wobec urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta.

Wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, które związane są z postulatem ochrony środowiska wymienić należy podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt. 5–7 Pzp. Na podstawie tych przepisów zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych. Również w tym przypadku wykluczenie może ponadto nastąpić wobec wykonawcy, jeżeli wskazany warunek został spełniony w odniesieniu do urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Dodatkowo ustawa daje zamawiającemu prawo do wykluczenia z postępowania wyko-

⁴⁵ Jeżeli zamawiający zamierza wykorzystać w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia, jest on zobowiązany wskazać podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

⁴⁶ M. Lubieniecka, [w:] D. Grochalska, J. Jerka, J. Jerzykowski, G. Mazurek, Z. Pawlak, Z. Popek, I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, J. Wysocki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Interpretacje, porady, komentarze, rekomendacje*, Warszawa 2018, s. 122–124.

⁴⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600), dalej jako: KK.

nawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

Z punktu widzenia polityki ochrony środowiska oraz promocji działań nastawionych na ekologiczne funkcjonowanie w obrocie społeczno-gospodarczym przedstawione przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy ocenić jako potencjalnie skuteczny mechanizm wywierania wpływu na sposób wykonywania działalności przez przedsiębiorców. Uzależnienie dostępu do rynku zamówień publicznych od przestrzegania przepisów oraz określonych norm oddziaływania na środowisko niewątpliwie stanowić może czynnik, który skutecznie wpłynie na potencjalnych wykonawców zamówień, motywując ich do działania zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska.

Zakończenie

Nowoczesne zamówienia publiczne powinny być realizowane w zgodzie z określonymi standardami środowiskowymi. W obecnym stanie prawnym system publicznych wydatków ma za zadanie realizować nie tylko funkcję nabywania dóbr i usług na potrzeby sektora publicznego, lecz również określone funkcje środowiskowe, w szczególności związane z promocją proekologicznych rozwiązań i technologii. Siła nabywcza sektora publicznego stymulować może proces rozwoju gospodarki przyjaznej środowisku, zachęcając przedsiębiorców do rozwijania ekologicznych technologii.

Jednak trzeba mieć na uwadze, że fundamentalnym celem skutecznie funkcjonującego systemu zamówień publicznych jest uzyskiwanie najlepszych efektów z ponoszonych nakładów. Należy przez to rozumieć jak najbardziej efektywne osiąganie celu zamówienia, którym zasadniczo jest zaspokojenie określonej potrzeby instytucji zamawiającej. Efektywność zamówień publicznych jest bezpośrednio związana z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji. Wyłącznie bowiem w warunkach presji konkurencyjnej, oferty składane przez wykonawców wykazywać będą najlepszy stosunek jakości do ceny, a tym samym zamawiający będzie miał możliwość wyboru oferty obiektywnie najkorzystniejszej na danym rynku towarów czy usług.

Wykaz literatury

- Bendorf-Bundorf M., *Instrumentalizacja zamówień publicznych w kontekście polityki społecznej Unii Europejskiej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24.
Bendorf-Bundorf M., *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Wyd. Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2018.

- Ciechanowicz-McLean J., *Węzłowe problemy prawa ochrony klimatu*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2017, nr 37.
- Czajkowski T. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Grochalska D., Jerka J., Jerzykowski J., Mazurek G., Pawlak Z., Popek Z., Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Wysocki J. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Interpretacje, porady, komentarze, rekomendacje*, Wiedza i Praktyka, Warszawa 2018.
- Guziński M. (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Kolonia Limited, Łódź 2012.
- Magdziarz M., *Zielone zamówienia publiczne*, „Przetargi Publiczne” 2015, nr 12.
- Matejczuk G., *Pozacenowe kryteria oceny ofert na dostawy i usługi*, „Przetargi Publiczne” 2018, nr 4.
- Mazurek G., *Ekologiczne kryteria oceny ofert*, „Przetargi Publiczne” 2014, nr 1.
- Olejarz M. (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2014.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Raczkiewicz Z., *Ekologiczne zakupy*, „Przetargi Publiczne” 2016, nr 8.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport*, Warszawa 2018.
- Wieloński M., *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Poltex, Warszawa 2013.
- Zdebel-Zygmunt A., Rokicki J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Difin, Warszawa 2014.

Summary

Environmental public procurement in the context of the principle of equal treatment and fair competition

Key words: environmental public procurement, equal treatment, fair competition.

The article presents the topic of green public procurement from the perspective of the principle of equal treatment and fair competition of economic operators participating in the public procurement procedure. Pro-ecological instrumentalisation of public procurement should take place in accordance with the basic function of the public procurement system, which is to ensure the widest possible access to national markets for operators from across the European Union.

The aim of the article is to present selected environmental clauses in public procurement and to evaluate them through the postulate of ensuring the efficiency of public expenditure. Environmental aspects should be considered at various stages of the procurement procedures. However, the effectiveness of public procurement is directly related to the principle of equal treatment and fair competition. Only under conditions of competitive pressure, tenders submitted by economic operators will show the best value for money, and the contracting authority will be able to select the objectively most advantageous tender.

Nykyforchuk Dmytro Josypovych

National Academy of Internal Affairs in Kijów, Ukraine

ORCID: 0000-0001-9041-6197

Chemerys Dmytro Dmytrovych

National Academy of Internal Affairs in Kijów, Ukraine

ORCID: 0000-0002-6140-4506

Методика розыска без вести пропавших лиц в Украине: практический аспект

Принятие нового Криминального процессуального кодекса Украины в 2012 году повлекло ряд изменений в законодательных актах, что наряду с реформированием органов Национальной полиции Украины повлияло на все общественные отношения, связанные с розыском без вести пропавших лиц. Пропавший без вести имеет все права, гарантированные Конституцией и законами Украины, а также имеет право на всестороннее расследование обстоятельств исчезновения и установление его местонахождения. Государство обязано принять все возможные меры для розыска таких лиц ¹.

Розыск без вести пропавших является одной из основных задач Национальной полиции Украины². Несмотря на некоторые тенденции по уменьшению общего количества без вести пропавших, в целом по стране за 8 месяцев 2018 года, не разысканными остаются 8,1 тысяча человек (для сравнения, за тот же период 2016 года, остаток не разысканных без вести пропавших составил 9,4 тысячи человек, в 2017 – 9,3 тысячи человек)³.

По мнению авторов, на ситуацию безвестных исчезновений людей в Украине влияет ряд факторов: вооруженный конфликт на Востоке

¹ О правовом статусе лиц, пропавших без вести: Закон Украины от 12.07.2018. Ведомости Верховной Рады, 2018, no. 38, с. 280.

² О Национальной полиции: закон Украины от 02.07.2015, Ведомости Верховной Рады, Киев 2015, no. 40–41, с. 379.

³ В. Аброськин, Роль органов национальной полиции по обеспечению правопорядка в зоне проведения операции объединенных сил. Всеукраинский научно-практический семинар «Обеспечение правопорядка на территории проведения Операции Объединенных сил»: Сб. тезисов докладов, Мариуполь, 2018, с. 39.

страны, миграционные процессы (например, массовый выезд граждан Украины на заработки в Польшу), прекращение Украиной сотрудничества с некоторыми странами СНГ, а также значительная общая криминализация общества в целом.

В качестве исходного пункта в научной характеристике методики розыска без вести пропавших лиц, обоснованно используются законодательные акты и ведомственные приказы МВД Украины.

В этимологическом значении понятие «методика» (от греч. *methodikē* – правила речи) – совокупность методов и приёмов практического выполнения чего-либо.⁴ То есть в аспекте исследования, под методикой розыска подразумевается совокупность законных действий (приемов и методов) органов Национальной полиции Украины, направленных на установление места нахождения без вести пропавших лиц.

Проведя анализ имеющихся работ по данной теме и полагаясь на практический опыт авторов статьи, можно выделить три основных этапа в проведении полицией мероприятий по установлению местонахождения без вести пропавшего лица:

- первоочередные розыскные мероприятия (проводятся в течение суток, до заведения уголовного производства);
- гласные и негласные следственные (розыскные) действия, проводимые по уголовному производству;
- оперативно-розыскные мероприятия, проводимые в рамках оперативно-розыскного дела.

При этом следует отметить, что вышеуказанные мероприятия и следственные действия могут проводиться параллельно, в зависимости от ситуации безвестного исчезновения лица, особенно в предусмотренных законом неотложных случаях.

Процесс розыска начинается с получения Национальной полицией информации о факте безвестного исчезновения человека. Порядок осуществления первоначальных мероприятий в общих чертах предусмотрен приказом МВД Украины, регулирующим порядок взаимодействия между органами и подразделениями Национальной полиции, а именно: в случае подачи заявления (сообщения) о безвестном исчезновении лица, при обстоятельствах, свидетельствующих о возможности совершения в отношении него преступления, в течение 24 часов обязательно вносятся в Единый реестр досудебных расследований (далее ЕРДР) сведения о совершении уголовного преступления (начинается криминальное расследование) с предварительной квалификацией умышленного убийства, и принимаются все предусмотренные Уголовным процессуальным ко-

⁴ Большой толковый словарь русского языка, http://gramota.ru/slovari/dic/word_методика&all=x (дата обращения: 27.01.2020).

дексом Украины меры для всестороннего, полного и беспристрастного исследования обстоятельств уголовного производства⁵.

На практике большинство ситуаций безвестного исчезновения лиц разрешаются до внесения сведений в ЕРДР. В подразделении, где работал один из авторов, за 10 месяцев 2019 было зарегистрировано 200 сообщений о безвестном исчезновении лиц. Из них 194 человека разыскано в 10-дневный срок (97%), 39 фактов внесены в ЕРДР. Из этих 39 человек, 30 разыскано в ходе проведения первоочередных мероприятий розыска (76,9%).

Из вышеуказанного следует, что в подобных делах решающее значение имеет фактор времени, то есть умение полицейских быстро сориентироваться в ситуации и организовать розыскные мероприятия в нужном направлении, что во многих случаях сохраняет жизнь и здоровье граждан. Как показывает практика, хотя общее руководство членами СОГ по сбору первичного материала и осуществляет следователь, но основная роль в установлении местонахождения без вести пропавших принадлежит сотрудникам оперативных подразделений криминальной полиции, которые в числе других членов следственно-оперативной группы (далее СОГ), осуществляют выезд на место происшествия и непосредственно получают информацию, представляющую оперативный и следственный интерес.

На оперативника возлагается сбор основных сведений по данному факту, а так-же:

- осуществление поквартирного или подворового обхода с целью выявления свидетелей;
- сбор информации, которая может быть использована как доказательства;
- установление времени, места и обстоятельств возможного криминального правонарушения;
- установление круга лиц, которые могут быть причастны к совершению преступления в отношении без вести пропавшего, их примет, наличие автотранспорта, оружия и т.д.;
- наличие у вышеуказанных лиц следов на одежде либо на теле, которые указывают на сопротивление без вести пропавшего или на преодоление каких-либо препятствий;
- направление движения разыскиваемого или возможных преступников;

⁵ Об утверждении Инструкции по организации взаимодействия органов предварительного расследования с другими органами и подразделениями Национальной полиции Украины в предотвращении уголовных правонарушений, их выявлении и расследовании: Приказ МВД Украины от 07.07.2017 № 575. *Официальный вестник Украины*, Киев 2017, № 67, с. 135.

– использование добровольной помощи граждан в осуществлении розыска.

Также устанавливаются и другие факты, необходимые для раскрытия криминального правонарушения и розыска безвести пропавшего.

Во время работы на месте происшествия, полицейским важно определить имело ли место совершение преступления в отношении разыскиваемого. В научной литературе дается примерный перечень признаков, указывающих на такие факты:

- недостаточность веских причин оставить прежнее место жительства и скрывать свои действия от родственников;
- отсутствие болезни, которая может привести к внезапной смерти, потерю памяти или возможности ориентации во времени и пространстве;
- наличие по месту жительства или работы пропавшего документов, мобильного телефона, вещей и денег без которых нельзя обойтись во время длительного отсутствия; наличие у без вести пропавшего крупных сумм денег или драгоценностей, которые могли-бы привлечь внимание преступников;
- длящиеся или острые конфликты в семье;
- безвестное отсутствие несовершеннолетнего лица;
- преступные связи разыскиваемого, угрозы в его адрес, противоречивые показания и необъяснимые поступки лиц, которые видели без вести пропавшего непосредственно перед исчезновением;
- обнаружение следов, указывающих на совершение преступления в отношении разыскиваемого;
- объяснения лиц, указывающие на совершение в отношении искомого лица преступления;
- несвоевременная подача заявления лицом, которое должно было сообщить в полицию о данном факте;
- внезапный ремонт в помещении, где проживал разыскиваемый;
- поспешное решение членами семьи без вести пропавшего бытовых, гражданско-правовых и иных вопросов, которые можна разрешить лишь будучи уверенными, что человек не вернется;
- исчезновение лица с автотранспортом;
- исчезновение лица, связанное с отчуждением собственности (особенно недвижимости), обменом жилплощади;
- исчезновение несовершеннолетних, а так-же женщин на безлюдной или малолюдной местности, особенно в вечернее или ночное время;
- исчезновение беременных женщин;
- исчезновение сотрудников правоохранительных органов.

Указанный перечень не является исчерпывающим и может быть дополнен с учетом обстоятельств и местных особенностей территории об-

служивания органа Национальной полиции⁶. Некоторые из перечисленных признаков могут служить основанием для выдвижения версий безвестного исчезновения.

Немаловажную роль при осуществлении первоочередных мероприятий играет знание следователем и оперативным работником аспектов розыскной работы. Имеется ввиду качественный осмотр места происшествия, изъятие предметов, которые в последующем могут представлять интерес для следствия и розыска (например, предметов-носителей ДНК, изъятие отпечатков пальцев безвести пропавшего, медицинских документов и т.д.), так-же сюда можно отнести установление антропологических характеристик разыскиваемого для последующей постановки на централизованный учет, его связей и взаимоотношений с другими людьми и т.п. Грамотные действия сотрудников полиции на месте происшествия исключают утери фактических данных, которые могут быть полезны для розыска.

Как нами отмечалось ранее, в предыдущих работах, для успешного розыска без вести пропавшего во время проведения первоочередных розыскных мероприятий, учитывая особенности розыскной работы, целесообразно обратить внимание на следующие аспекты⁷:

1. Информационное обеспечение СОГ в полевых условиях (использование средств связи, IT – технологий и имеющихся учетов).

2. Работа с общественностью на месте происшествия (допрос свидетелей, получение помощи от граждан в прочесывании территории, а иногда и в задержании и т.п.). В качестве положительного примера следует отметить взаимодействие полиции с общественными формированиями на основании закона Украины «Об участии граждан в охране общественного порядка и государственной границы»⁸.

3. Применение служебно-розыскных собак.

Если установить местонахождение без вести пропавшего до внесения ведомостей в ЕРДР не удалось, документы о результатах работы членов следственно-оперативной группы на месте происшествия приобщаются к материалам уголовного производства. Следователь по данному делу, на основании ст. 40 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее УПК Украины), поручает проведение следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий (далее НСРД)

⁶ А.В.Ищенко, А.С. Шевченко, *Криминалистическое обеспечение розыска безвестно отсутствующих лиц*, [в:] И.П. Красюк (ред.), *Пособие*, РВО МВД Украины, Киев 2005, с. 7–8.

⁷ Д.Й. Никифорчук, Д.Д., *Чемерис Особенности розыска без вести пропавших лиц по горячим следам. Научно-практический журнал*, „Вестник Академии МВД Республики Беларусь” 2019, No. 1(37), с. 239.

⁸ Об участии граждан в охране общественного порядка и государственной границы: Закон Украины от 22 июня 2000 года № 1835 – III. *Ведомости Верховной Рады Украины*, Киев, 2000, № 40, с. 338.

оперативным подразделениям криминальной полиции⁹. Как правило, исполнение данных поручений возлагается на сотрудников розыскных групп органа Национальной полиции по месту безвестного исчезновения лица, которые занимаются розыском пропавших без вести лиц. В поручении следователя содержится перечень следственных действий, которые обязано выполнить соответствующее оперативное подразделение (согласно ст. 41 УПК Украины). В большинстве случаев, проводятся следующие гласные следственные действия:

- допрос свидетелей (ст. 224, 225 УПК Украины);
- предъявление вещей для опознания (ст. 229 УПК Украины);
- предъявление трупа для опознания (ст. 230 УПК Украины).

Так-же по постановлению следственного судьи может осуществляться временный доступ к вещам и документам (ст. 159–166 УПК Украины). В основном речь идет о временном доступе к электронным информационным системам мобильных терминалов систем связи, который осуществляется изготовлением копий, без их изъятия.

С целью выявления и фиксации сведений, касающихся обстоятельств совершения уголовного правонарушения и установления местонахождения без вести пропавшего, может проводиться обыск (ст. 234 УПК Украины).

Данный перечень гласных следственных действий не является исчерпывающим и может быть дополнен с учетом обстоятельств конкретного дела и поступившей информации.

В связи с тем, что безвестное исчезновение в отдельных случаях является одним из способов сокрытия умышленного убийства, часто отличается тщательной подготовкой к его совершению и характеризуется высокой степенью конспирации со стороны преступников, органы Национальной полиции Украины проводят предусмотренный законодательством комплекс негласных следственных (розыскных) действий (далее НСРД). Перечень данного вида следственных действий, основания и порядок их проведения закреплен в главе 21 УПК Украины. В уголовных производствах, заведенных по фактам безвестных исчезновений граждан, по мнению авторов, наиболее целесообразно проведение следующих НСРД:

- аудио-, видеоконтроль лица (ст. 260 УПК Украины);
- снятие информации с транспортных телекоммуникационных систем (ст. 263 УПК Украины);
- обследование публично недоступных мест (ст. 267 УПК Украины);
- установление местонахождения радиоэлектронного средства (ст. 268 УПК Украины);

⁹ Криминальний процесуальний кодекс України [текст] действующее законодательство Украины с изменениями и дополнениями состоянием на 11 июля 2018 г., *Центр учебной литературы*, Киев, 2018, с. 21–22.

- наблюдение за лицом, вещь или местом (ст. 269 УПК Украины);
- аудио-, видеоконтроль места (ст. 270 УПК Украины).

Для разрешения ситуаций безвестного исчезновения возможно проведение и других предусмотренных УПК Украины негласных следственных (розыскных) действий, в зависимости от обстоятельств дела.

Кроме следственных действий, направленных на розыск без вести пропавшего, законом отдельно предусмотрены основания и порядок розыска лица оперативными подразделениями Национальной полиции Украины. Так законом Украины «Об оперативно-розыскной деятельности», при безвестном исчезновении лица заводится оперативно-розыскное дело, по которому проводятся оперативно-розыскные мероприятия¹⁰. Проведение данных мероприятий не должно выходить за рамки прав оперативных подразделений, предусмотренных статьей 7 данного закона. В числе таких прав закреплены следующие:

- опрашивать лиц по их согласию, использовать добровольную помощь;
- истребовать документы и данные, характеризующие деятельность предприятий, учреждений, организаций, а также образ жизни отдельных лиц, имеющих значение для розыска без вести пропавших лиц;
- проводить операции по захвату преступников, пресечению преступлений в отношении без вести пропавших лиц;
- посещать жилые и другие помещения с согласия их собственников или жителей для выяснения обстоятельств преступления, а также собирать сведения о противоправной деятельности лиц с целью установления места нахождения без вести пропавшего;
- негласно выявлять и фиксировать следы тяжкого или особо тяжкого преступления, документы и другие предметы, которые могут быть доказательствами в деле о безвестном исчезновении лица;
- выполнять специальное задание по раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации в соответствии с положениями статьи 272 Уголовно-процессуального кодекса Украины;
- осуществлять аудио-, видеоконтроль лица, снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей, электронных информационных сетей в соответствии с положениями статей 260, 263–265 Уголовного процессуального кодекса Украины;
- осуществлять наблюдение за лицом, вещь или местом, а также аудио-, видеоконтроль места согласно положениям статей 269, 270 Уголовно-процессуального кодекса Украины;

¹⁰ Об оперативно-розыскной деятельности. Закон Украины от 18.02.1992 № 2135-ХІІ, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12/ed19920218> (дата обращения: 27.01.2020).

- устанавливать местонахождение радиоэлектронного средства в соответствии с положениями статьи 268 Уголовно-процессуального кодекса Украины;

- использовать конфиденциальное сотрудничество в соответствии с положениями статьи 275 Уголовного процессуального кодекса Украины;

- получать от юридических или физических лиц бесплатно или за вознаграждение информацию о преступлениях, готовящихся или совершенных, в том числе и в отношении без вести пропавших;

- использовать с согласия администрации служебные помещения, транспортные средства и другое имущество предприятий, учреждений, организаций, а так же с согласия лиц – жилье, другие помещения, транспортные средства и имущество, принадлежащие им;

- создавать и применять автоматизированные информационные системы;

- применять средства физического воздействия, специальные средства и огнестрельное оружие на основаниях и в порядке, установленных законом Украины «О Национальной полиции»;

- обращаться в пределах своих полномочий с запросами к правоохранным органам других государств и международных правоохранительных организаций в соответствии с законодательством Украины, международными договорами Украины, а также учредительными актами и правилами международных правоохранительных организаций, членом которых является Украина.

В аспекте исследования следует отметить, что Украина является одной из 194 членов-участниц Международной организации криминальной полиции Интерпол. Учитывая современные тенденции, связанные с интеграцией Украины в Европу и миграционными процессами, осуществление международного розыска без вести пропавших требует усиленного внимания со стороны практиков и ученых.

Международный розыск без вести пропавших лиц это основанный на нормах и принципах национального и международного права комплекс информационно-справочных и поисковых мероприятий, осуществляемых по запросам специально уполномоченных органов – государств, силами правоохранительных органов запрашиваемых стран с использованием возможностей организации Интерпол. Для розыска без вести пропавших, на основании данных органа-инициатора розыска, Интерполом вносятся в базу данных сведения, циркуляр «желтая карта». Согласно данным этой организации, по состоянию на 2020 год, в розыске по «желтой карте» находятся 176 без вести пропавших лиц украинской национальности¹¹.

¹¹ Interpol. The International Criminal Police Organization, <https://www.interpol.int/Crimes/Vehicle-crime> (дата обращения: 28.01.2020).

Отдельного внимания исследователей заслуживает сложившаяся ситуация на Востоке Украины, где с 2014 года продолжается вооруженный конфликт. На данной территории следователями Национальной полиции Украины заведено 5404 уголовных производства по факту безвестного исчезновения лиц. Не разысканными остаются 2372 человека¹². На органы Национальной полиции возложена обязанность по созданию условий для ДНК-идентификации погибших и розыска пропавших без вести. С 2014 года при главных управлениях Национальной полиции созданы рабочие группы по приему обращений граждан о безвестных исчезновениях и похищениях лиц в зоне проведения антитеррористической операции и Операции Объединенных сил, отобранию биологических образцов у родственников без вести пропавших и идентификации неопознанных трупов. Указанные мероприятия проводятся в тесном взаимодействии с другими правоохранительными органами, учреждениями охраны здоровья, Национальным Комитетом Красного Креста Украины, волонтерскими организациями, которые ведут учет без вести пропавших, принимают участие в их розыске и освобождении. Например, согласно данных обзора деятельности Международного Комитета Красного Креста за 2017 год, в ходе осуществления судебно-экспертной и гуманитарной миссии в Украине, были проведены семинары с 25 сотрудниками следственных и оперативных подразделений Национальной полиции Украины по сбору информации у родственников без вести пропавших лиц с целью идентификации тел. Поисковым командам передано 200 комплектов оборудования для работы с трупами и фрагментами тел¹³.

Благодаря принятым мерам, в том числе в ходе исполнения Минских договоренностей, удалось уменьшить количество не разысканных без вести пропавших. Так следователями полиции организовано отбор 921 биологического образца у родственников без вести пропавших, назначено более 1200 генетико-молекулярных экспертиз. По результатам проведенных исследований идентифицировано более 500 неопознанных трупов.

Анализ нормативно-правовых актов Украины позволяет заключить, что розыск без вести пропавшего может быть прекращен в таких случаях:

- установление места нахождения без вести пропавшего;
- установление личности трупа без вести пропавшего;
- признание судом лица без вести пропавшим или умершим.

¹² В. Аброськин, *Административно-правовые основы обеспечения Национальной полицией Украины общественной безопасности в условиях антитеррористической операции*, Фолио, Харьков 2019, с. 25.

¹³ Обзор деятельности Международного Комитета Красного Креста на территории Украины в августе 2017 года, Международный Комитет Красного Креста, <https://www.icrc.org/ru/document/ukraine-osnovnye-napravleniya-deyatelnosti-mkkk-v-avguste-2017-g> (дата обращения: 30.01.2020).

В данной статье целесообразно привести пример из практики работы Национальной полиции Украины. Резонансное дело о безвестном исчезновении несовершеннолетней Дианы Хриненко, которая пропала 24.08.2018 года в селе Суботцы Знаменского района Кировоградской области. Для ее розыска, в числе прочих мероприятий, при прочесывании территории, были задействованы общественные формирования и широко использовалась добровольная помощь граждан. Останки разыскиваемой были обнаружены в марте 2019 года. Для идентификации тела проведено ряд экспертиз, в том числе молекулярно-генетическая экспертиза (ДНК). В августе 2019 года, в рамках международного сотрудничества в г. Познань (Польша) был задержан подозреваемый в убийстве Дианы Хриненко гражданин Н¹⁴.

На основании изложенного, авторы статьи считают целесообразным предложить следующие пути оптимизации деятельности в данном направлении:

- улучшение материально-технического обеспечения полицейских, осуществляющих реагирование на сообщения о безвестных исчезновениях;
- увеличение числа полицейских, привлекаемых для розыска без вести пропавших лиц, организация надлежащего взаимодействия между ними;
- привлечение общественных формирований для розыска без вести пропавших;
- обучение следователей и офицеров криминальной полиции аспектам розыскной работы;
- обеспечение комплексного (параллельного) проведения следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий в случае выявления признаков совершения преступления в отношении без вести пропавшего;
- привлечение международных организаций, оказывающих помощь в розыске данной категории лиц в необходимых случаях без промедления.

В заключение авторы считают необходимым отметить, что методика розыска без вести пропавших лиц требует усиленного внимания как украинских так и зарубежных специалистов данной области. Разработанные учеными методики розыска без вести пропавших лиц должны обязательно учитывать практический опыт офицеров криминальной полиции и результаты успешных раскрытий преступлений в отношении пропавших без вести.

¹⁴ Национальная полиция Украины, <https://www.npu.gov.ua/news/> (дата обращения: 31.01.2020).

References

- Abros'kin V., *Administrativno-pravovye osnovy obespečeniâ Nacional'noj policiej Ukrainy obšestvennoj bezopasnosti v usloviâh antiterrorističeskoj operacii* [Administrative and legal framework for the provision of public security by the National Police of Ukraine in the context of anti-terrorist operation], Folio, Har'kov 2019.
- Abros'kin V., *Roľ organov nacional'noj policii po obespečeniû pravoporâdka v zone provedeniâ operacii ob'edinennyh sil. Vseukrainskij naučno-praktičeskij seminar «Obespečenie pravoporâdka na territorii provedeniâ Operacii Ob'edinennyh sil»: Sb. tezisov dokladov* [The role of the national police in ensuring law and order in the area of operation of the combined forces. All-Ukrainian scientific-practical seminar „Law enforcement in the territory of the Operation of the Joint Forces”], Mariupol' 2018.
- Boľšoj tolkovyj slovar' russkogo âzyka* [Russian language dictionary], <http://gramota.ru/slovari/dic/wordметодика&all=x>.
- Kriminal'nyj processual'nyj kodeks Ukrainy dejstvuûšee zakonodatel'stvo Ukrainy s izmeneniâmi i dopolneniâmi sostoâniem na 11 iûlâ 2018 g.* [The Code of Criminal Procedure of the Republic of Ukraine], Centr učeбноj literatury, Kiev 2018.
- Nacional'naâ policiâ Ukrainy* [Ukrainian National Police], <https://www.npu.gov.ua/news/>.
- Nikiforčuk D.J., Čemeris D.D., *Osobennosti rozyska bez vesti propavših lic po gorâčim sledam* [The search of missing persons], „Naučno-praktičeskij žurnal. Vestnik Akademii MVD Respubliki Belarus” 2019, No. 1(37).
- Išenko A.V., Ševčenko A.S., *Kriminalističeskoe obespečenie rozyska bezvestno otsutstvuûših lic: Posobie* [Forensic suport for the search of missing persons: texbook], [B:] I.P. Krasûk (red.), RVO MVD Ukrainy, Kiev 2005.
- Obzor deâtel'nosti Meždunarodnogo Komiteta Krasnogo Kresta na territorii Ukrainy v avguste 2017 goda. Meždunarodnyj Komitet Krasnogo Kresta* [An overview of the activities of the International Committee of the Red Cross in Ukraine in August 2017], <https://www.icrc.org/ru/document/ukraina-osnovnye-napravleniya-deyatelnosti-mkkk-v-avguste-2017-g>.

Summary

Missing Persons Search Methods in Ukraine: practical aspect

Key words: criminal methods, search, missing people, National Police, statistics.

This article discloses the methods for searching of missing persons by units of the National Police of Ukraine on the basis of legislation, taking into account the practical experience of the authors. Statistical data on the situation of the search for missing persons in Ukraine are presented, current trends and processes that can lead to an unknown disappearance of persons are identified. The search procedure is conditionally divided into three parts:

priority measures, investigative (search) actions and operational-search measures. Attention is drawn to the identification of signs of a possible crime with respect to a missing person. The possibility of submitting documents to the International Criminal Police Organization Interpol is described. Attention is paid to the situation in the East of the country, some features of the search for persons in the zone of armed conflict are described. Listed conditions for termination of the search. The ways of optimizing activities in this direction are proposed.

Streszczenie

Metody poszukiwania osób zaginionych na Ukrainie: aspekt praktyczny

Słowa kluczowe: metody kryminalistyczne, wyszukiwanie, zaginieni, Policja Narodowa, statystyki.

W artykule opisano metody poszukiwania osób zaginionych przez jednostki Policji Narodowej Ukrainy w świetle ustawodawstwa, z uwzględnieniem praktycznych doświadczeń Autorów. Przedstawiono dane statystyczne dotyczące stanu poszukiwania osób zaginionych na Ukrainie, obecne trendy i procedury, które mogą prowadzić do zniknięcia osób. Procedura wyszukiwania jest podzielona warunkowo na trzy części: środki priorytetowe, działania dochodzeniowe (poszukiwawcze) i środki operacyjno-poszukiwawcze. Zwrócono uwagę na identyfikację oznak możliwego przestępstwa w stosunku do osoby zaginionej. Opisano możliwość przedłożenia dokumentów Międzynarodowej Organizacji Policji Kryminalnej – Interpol. Analizie poddano sytuację we wschodniej części kraju, opisano niektóre cechy poszukiwania osób w strefie konfliktu zbrojnego, wymieniono warunki zakończenia wyszukiwania. Zaproponowano także sposoby optymalizacji działań w tym zakresie.

Andrzej Dzikowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-3223-7542

Przypadki znęcania się nad zwierzętami i reakcji na nie a etyka zawodowa lekarzy weterynarii – wątpliwości etyczno-prawne

Wstęp

Postulaty ochrony zwierząt zyskują we współczesnym społeczeństwie coraz liczniejszych zwolenników. Znalazło to także odzwierciedlenie w polskiej legislacji w postaci ustawy o ochronie zwierząt¹.

Słuszne i szlachetne idee mogą jednak czasem skutkować powstawaniem rozwiązań normatywnych niepełnych bądź nieadekwatnych do potrzeb. Normy prawne bywają, niestety, wadliwie skonstruowane, co umożliwia ich łatwe niezrozumienie czy – w krańcowych przypadkach – nadużywanie. Stany faktyczno-prawne – choć nominalnie pozostające w zgodzie z literą ustawy – mogą przybierać postać sytuacji wątpliwych z punktu widzenia tak ogólnej filozofii moralnej, jak i swoistej etyki właściwej dla danej korporacji zawodowej i specyfiki danej profesji, w analizowanym przypadku – etyki zawodowej lekarzy weterynarii².

Celem niniejszej pracy jest zbadanie i omówienie następujących zagadnień: udziału lekarzy weterynarii w sytuacjach popełnienia przestępstwa znęcania, jak i w ochronie zwierząt, w tym w procedurach odbierania zwierząt na podstawie uoz; wskazanie wybranych aspektów potencjalnego konfliktu przepisów ustawowych i norm etycznych, w tym zwłaszcza weterynaryjnej etyki zawodowej; przedstawienie postulatów deontologicznych i *de lege ferenda*.

¹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 122), dalej: uoz.

² Uchwała nr 3/2008/VII Nadzwyczajnego VII Krajowego Zjazdu Lekarzy Weterynarii z dnia 26 stycznia 2008 r. w sprawie uchwalenia Kodeksu Etyki Lekarza Weterynarii, dalej: kodeks etyki, powzięta na mocy upoważnienia zawartego w art. 10 ust 1 pkt 2, 37 pkt 1 oraz art. 45 ustawy z dnia 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1479, z 2018 r., poz. 1669, z 2019 r., poz. 577, dalej: uozlw.

Status prawny zwierząt i rola lekarzy weterynarii w ich ochronie

Zgodnie z art. 1 ust. 1 uoz, zwierzęta w polskim systemie prawnym zostały dereifikowane³. Klauzula dereifikacyjna jest czasem ujmowana jako niezbędna, niemalże warunek *sine qua non*, do zapewnienia właściwej ochrony zwierząt. Autor niniejszej pracy nie podziela tego poglądu ze względu na to, że po pierwsze, ze względów logicznych jest to teza całkowicie niepodbudowana i nacechowana emocjonalnie, po drugie, w niektórych, bardziej konserwatywnych w tej materii, systemach prawnych zwierzę jest ujmowane jako rzecz i nie przeszkadza to w istnieniu w tych państwach wysokiego poziomu ochrony zwierząt, po trzecie, również w Polsce ochrona zwierząt istniała przez wiele lat bez tego sformułowania, ma ona bowiem znacznie dłuższe tradycje normatywne niż uoz⁴, po czwarte, art. 6 i 7 uoz (czy też mówiąc ogólniej ustawowa definicja przestępstwa znęcania się nad zwierzętami i procedura reakcji na to zdarzenie) mogłyby bez uszczerbku istnieć również bez art. 1 uoz, po piąte, odpowiednie stosowanie przepisów odnoszących się do rzeczy wynika, w opinii autora, nie tylko z art. 1 ust. 2 uoz, lecz także z samej natury zwierząt jako przedmiotów stosunków prawnych⁵.

Normatywna dereifikacja zwierząt nie oznacza jednak ich personifikacji ani jakiegokolwiek formy istnienia „praw zwierząt”⁶. Istnienie bowiem zwie-

³ Polski ustawodawca poszedł tu wzorem ustawodawcy niemieckiego (§ 90a wprowadzony do kodeksu cywilnego niemieckiego, Bürgerliches Gesetzbuch z dnia 18 sierpnia 1896 r., Reichsgesetzblatt z 1896 r., s. 195, ze zm., za pomocą Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht z dnia 20 sierpnia 1990 r., Bundesgesetzblatt z 1990 r., cz. I, s. 1762; por. Tierschutzgesetz z dnia 24 lipca 1972 r., Bundesgesetzblatt z 1972 r., cz. I, s. 1277, z 2006 r., cz. I, s. 1206, 1313, z 2018 r., cz. I, s. 2586).

⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. z 1928 r., Nr 36, poz. 332, ze zm.).

⁵ Por. M. Kulik, M. Mozgawa, *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6, s. 7.

⁶ Za najbardziej godną polecenia w tym zakresie można uznać pracę: M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 23–54. Por. E. Łętowska, *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja*, [w:] A. Szpunar (red.), *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, Łódź 1997, s. 71–72, 85–86; S. Rogala-Walczyńska, *Prawnokarna ochrona zwierząt*, „Prokurator” 2009, nr 3–4 (39–40), s. 88–89; M. Goettel, „Czasowe odebranie” oraz „przepadek” jako szczególne środki prawnej ochrony zwierząt, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 146 i nn.; T. Gardocka, *Zagadnienie społecznej szkodliwości przestępstw, których bezpośrednim przedmiotem wykonawczym są zwierzęta*, [w:] T. Gardocka, A. Gruszczyńska (red.), *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Toruń 2012, s. 157 i nn. Odrzucić należy zaś niepodbudowane tezy, wynikające raczej z ideologicznego nastawienia niż z analizy dogmatyczno-logicznej, np. L. Jastrzębski, *Prawo ochrony środowiska w Polsce*, Warszawa 1990, s. 124 (dot. etycznej personifikacji zwierząt); J. Białocerkiewicz, *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Toruń 2005, s. 107, 233 (dot. rzekomej obiektywnej podmiotowości i „praw podmiotowych” zwierząt); A. Habuda, W. Radecki, *Przepisy karne w ustawach o ochronie zwierząt oraz o doświadczeniach na zwierzętach*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 21 (dot. istnienia „normy moralnej” co do

rząt jako podmiotów prawa czy też „praw zwierząt” jako jakichkolwiek praw podmiotowych nie jest możliwe zarówno w świetle współczesnych ustaleń nauk biologicznych, w tym zoologii, neurobiologii, neurologii i medycyny weterynaryjnej, jak i w zgodzie z zasadami logiki. Nawet gdyby założyć obiektywne istnienie bytów nazywanych „prawami zwierząt”, nie można w świetle nauk przyrodniczych i psychologicznych przyjąć, że zwierzęta miały by świadomość istnienia owych „uprawnień” i „obowiązków”, ani też możliwość realizowania tych „uprawnień” czy stosowania się do „obowiązków”, ani tym bardziej możliwość egzekwowania od zwierząt ich wykonania⁷. Przyjmując bowiem taki pogląd, musielibyśmy cofnąć rozwój doktryny, judykatury i legislacji prawa do czasów niechlubnych procesów zwierząt występujących w okresie starożytności, średniowiecza i wczesnej epoki nowożytnej⁸. W związku z tym, w ocenie autora, nie można uznać za dopuszczalne używania określenia „prawa zwierząt” w języku prawnym ani prawniczym, ani nawet w mowie potocznej, w tym nawet na metaforyczne określenie statusu prawnego zwierząt. Zaciemnia to bowiem obraz i sugeruje realne istnienie „praw zwierząt” podobnych do praw człowieka⁹.

dereifikacji i personifikacji zwierząt – należy zauważyć, że nie istnieje taka powszechnie akceptowalna norma moralna); J. Helios, W. Jedlecka, *Ochrona zwierząt w polskim prawie karnym*, [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Ławniczak (red.), *Aspekty prawne, filozoficzne oraz religijne ochrony roślin i zwierząt – wybrane zagadnienia*, Wrocław 2016, s. 91, 96, 100, 103–104, w tym przyp. 251, a także tychże autorek, *Rola lekarza weterynarii w ochronie zwierząt i ich praw*, [w:] J. Helios et al., *Aspekty...*, s. 123, 127, 129–130, 140 (nielogiczne i często wewnętrznie sprzeczne wywody, wynikające po części z mylnej interpretacji, a po części z apriorycznie przyjętych założeń filozoficznych, dot. istnienia obiektywnej podmiotowości i obiektywnych „praw zwierząt” (lecz nie obowiązków) i właściwej im „moralności”, przyznawania zwierzętom „praw” przez ludzi, licznych też i stwierdzeń niezgodnych z obowiązującą literą prawa, czy wręcz antropomorfizacji o zabarwieniu baśniowym).

⁷ Należy zauważyć, że do całkowicie odmiennych wniosków dojść można przyjmując psychologiczną teorię prawa, którą wysunął Leon Petrażycki. Prawo rozumiane jako przeżycie psychiczne, emocje imperatywno-atrybutywne, przeżycia obejmujące tak obowiązki, jak i uprawnienia. Żądania powinnego zachowania, nie implikuje możliwości wyegzekwowania tychże uprawnień. Co więcej, dopuszcza istnienie szerokiej gamy podmiotów, w tym podmiotów zbiorowych (np. narodu), hipotetycznych (np. bóstw) czy zwierząt, gdyż warunkiem wystarczającym jest samo przekonanie o istnieniu podmiotu, żywione przez osobę przeżywającą tzw. impulsje prawne. W takim wypadku zwierzęta mogą stać się „podmiotami prawa”. Zob. L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959, t. 2, Warszawa 1960, a także (przykładowe) syntetyczne ujęcie idei polskiego filozofa prawa: S. Tochowicz, *Psychologiczna teoria prawa Leona Petrażyckiego*, „ZN WSP w Bydgoszczy. Studia Psychologiczne” 1990, nr 7, s. 87–96.

⁸ Niem. *Tierprozesse*, fr. *procès intentés aux animaux*. Por. M.L. Klementowski, *O odpowiedzialności karnej zwierząt i ich udziale w karze w średniowiecznej i wczesnonowożytnej Europie*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Lublin 2002, s. 23 i nn.; K. Motyka, *Zwierzęta na ławie oskarżonych i ich prawa (człowieka?)*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeżko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 316 i nn.

⁹ Por. A. Majewski, *Prawa człowieka a prawa zwierząt*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, nr 13, s. 4 i nn.

Miast tworzenia koncepcji alogicznych i nieuzasadnionych ani teoretycznie¹⁰, ani praktycznie¹¹, postulatem autora jest skupienie uwagi i wysiłków na obowiązkach człowieka względem zwierząt, a zwłaszcza na zapewnieniu im dobrostanu (ang. *animal welfare*) – zatem wszelkich warunków bytowych umożliwiających wyrażanie przez nie ich normalnego behawioru¹². Czyli nie kategoria normatywna „praw zwierząt”, postulaty podmiotowości zwierząt czy rzekome „normy moralne”, lecz prawna ochrona zwierząt i działania faktyczne zmierzające do zapewnienia dobrostanu stanowią i stanowić powinny, w ocenie autora, przeciwwagę i środek zaradczy w stosunku do nagan-nych i karygodnych przypadków znęcania się nad zwierzętami.

W ust. 2 przywołanego art. 1 uoz ustawodawca nakazuje odpowiednie stosowanie do zwierząt przepisów dotyczących rzeczy¹³. W związku z powyższym, jako nie-rzeczy zwierzęta nie podlegają jednak reżimowi własności w rozumieniu cywilistycznym odnoszącemu się jedynie do rzeczy¹⁴. Nagan-ym przykładem niekonsekwencji legislatora jest zatem wielokrotne używanie w uoz określenia: *właściciel lub opiekun zwierzęcia*¹⁵. Norma art. 1 uoz

¹⁰ Por. E. Łętowska, *Dwa...*, s. 71 i nn.; M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 25, 34, 37–42, 47, 221–226, w tym przyp. 71–73 na s. 47.

¹¹ Por. M. Nazar, *Normatywna dereifikacja zwierząt – aspekty cywilnoprawne*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Lublin 2002, s. 139, 149–151.

¹² Por. E. Hernandez, A. Fawcett, E. Brouwer, J. Rau, P.V. Turner, *Speaking up: Veterinary ethical responsibilities and animal welfare issues in everyday practice*, „Animals (Basel)” 2018, nr 8(1):15, s. 1–25, DOI: 10.3390/ani8010015, ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5789310 (data dostępu: 25.04.2019); M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 221–226.

¹³ W ocenie autora, nawet przed wejściem w życie uoz nie można było wprost stosować do zwierząt przepisów odnoszących się do rzeczy w polskim systemie prawnym. Nie wynikało to jednak ze specyficznego i zawartego *explicite* stwierdzenia normy prawnej, jak ma to miejsce obecnie, lecz z samej, swoistej i wynikającej z uwarunkowań biologicznych natury zwierzęcia żywego jako przedmiotu stosunków cywilnoprawnych. Por. M. Nazar, *Normatywna...*, s. 130–131. Nadmienić należy, że przejawami tego w ugruntowanych od starożytności normach prawa cywilnego są m.in. uregulowania rękojmi za wady fizyczne zwierząt czy *actio de pauperie*.

¹⁴ Art. 140 nn. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1025, 1104, 1629, 2073, 2244, z 2019 r., poz. 80), dalej: kc. Nie są one zatem przedmiotami prawa własności, lecz są przedmiotami analogicznego do własności prawa majątkowego, nazywanego w literaturze w krótkich słowach „własnością” bądź „prawem własności” (w cudzysłowie). Podobnie w świetle art. 1 uoz nie można mówić o właścicielu zwierzęcia czy też o jego sprzedaży, użytkowaniu, zastawie, najmie, dzierżawie, itd., lecz co najwyżej o jego „właścicielu” – osobie, która dysponuje prawem majątkowym do zwierzęcia, podobnym do prawa własności, „sprzedaży” – umowie wzajemnej, zobowiązującej do odpłatnego przeniesienia prawa do zwierzęcia podobnego do prawa własności itd. Zob. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 49–51, 60–65, 81–101, 111–129, 132.

¹⁵ Art. 7 uoz. Jak wskazano powyżej, nie można do zwierząt jako nie-rzeczy stosować wprost przepisów dotyczących własności. Pojęcie *opiekuna zwierzęcia*, niezdefiniowane w uoz ani w innych aktach normatywnych, jest zaś smutnym przykładem tworzenia przez polskiego ustawodawcę bytów niepotrzebnych, gdyż dubluje cywilistyczne pojęcie „posiadacza”, zarówno samoistnego, jak i zależnego, z zastrzeżeniem uczynionym powyżej, że nie można mówić o posiadaczu zwierzęcia, lecz co najwyżej o jego „posiadaczu” – osobie, która faktycznie włada zwierzęciem (zob. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 127–129). Co więcej, ustawodawca, stanowiąc w art. 7 ust. 4 uoz o kosztach pokrywanych podczas okresu czasowego odebrania zwierzęcia w drodze wykonania decyzji

rodzi ponadto liczne wątpliwości natury prawnej, w tym odnoszące się do zakresu jej obowiązywania¹⁶.

Niezależnie od jakości legislacyjnej uoz, należy stwierdzić, że lekarze weterynarii są szczególnie powołani przez prawo do ochrony zwierząt, zarówno na płaszczyźnie indywidualnej, jak i instytucjonalnej – w ramach organów rządowych i samorządu zawodowego.

Sfera instytucjonalna obejmuje, po pierwsze, organy Inspekcji Weterynaryjnej¹⁷, które są podstawowym podmiotem ochrony zwierząt w Polsce¹⁸, po drugie, organy samorządu zawodowego lekarzy weterynarii¹⁹ jako zobo-

administracyjnej wójta (burmistrza, prezydenta miasta), a zatem przed wydaniem przez sąd kar-ny i uprawnieniem się wyroku w przedmiotowej materii, posługuje się frazą *dotychczasowy* (sic!) *właściciel lub opiekun*. Jest to chyba najbardziej dobitny przykład niskiego poziomu legisla-cyjnego uoz, bo o ile mówić można w sposób uprawniony o dotychczasowym „posiadaniu” zwierzę-cia (znajduje się ono bowiem w tym czasie w faktycznym władaniu innego podmiotu, schroniska dla zwierząt, gospodarstwa rolnego, ogrodu zoologicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1–3 uoz), o tyle prawo „własności” zwierzęcia w okresie normowanym nie ulega zmianie – mimo, że jego wykonywanie jest znacznie, acz nie całkowicie, ograniczone (pozbawić go może jedynie prawomoc-ny wyrok sądu, zgodnie z art. 7 ust. 6 i art. 35 ust. 3 uoz). Por. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 258–273; idem, „*Czasowe odebranie*”..., s. 146 i nn.; W. Jedlecka, J. Helios, *Administracyjnoprawne aspekty ochrony zwierząt*, [w:] J. Helios *et al.*, *Aspekty...*, s. 80–81.

¹⁶ Wywołane przez emocjonalnie nacechowane, niedopracowane i niedookreślone przesłanki dereifikacji zawarte w art. 1 ust. 1 uoz (i analogiczne, macierzyste przepisy niemieckie, zob. przyp. 3 *supra*): *zwierzę, jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania cierpienia*, które zdają się być bardziej adekwatne do zawarcia w preambule, niż w artykułowanej części ustawy, i które bywają – tak w prawie niemieckim (O. Palandt, H. Heinrichs, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, wyd. 78, Monachium 2019, komentarz do § 90a) jak i polskim (M. Nazar, *Normatywna...*, s. 149; M. Goet-tel, *Sytuacja...*, s. 43–45, w tym przyp. 66 na s. 43–44) – traktowane jako niemające znaczenia normatywnego (sic!). Sytuację komplikują dodatkowo dalsze regulacje uoz: art. 2 ust. 1, mówiący o ograniczeniu zakresu (lecz nie całej uoz, zdaniem części doktryny, które to zdanie podziela autor), art. 5 (*każde zwierzę*), rozdz. 2 (zwierzęta domowe), rozdz. 3 (zwierzęta gospodarskie), rozdz. 4 (zwierzęta wykorzystywane do celów rozrywkowych, widowiskowych, filmowych, sporto-wych i specjalnych), rozdz. 6 (zwierzęta wolno żyjące – dzikie), jak również uregulowanie zagad-nień dotyczących, np. zwierząt doświadczalnych i laboratoryjnych oraz zwierząt łownych i chro-nionych w szeregu dalszych ustaw. Problemy te, których szersze omówienie przekracza ramy niniejszej pracy, wraz z przeglądem doktryny przedstawia M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 236 i nn.

¹⁷ Działająca na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1557, dalej: uIW. Organami tymi są, zgodnie z art. 5 ust. 1 uIW: główny, wojewódzcy, powiatowi, graniczni lekarze weterynarii. Pełnią oni swoje zadania na podstawie wielu aktów prawnych krajowych i unijnych, wyliczenie ich kompetencji w ramach art. 3 ust. 1 uIW ma znamiona katalogu otwartego.

¹⁸ Art. 3 w zw. z art. 1 ust. 3 uoz stanowią, że to właśnie Inspekcja Weterynaryjna jest pod-miotem podstawowym do działania na rzecz ochrony zwierząt w Polsce (ujawniania i ścigania przestępstw i wykroczeń oraz nadzoru w tym zakresie, zgodnie z art. 34a uoz i art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. g uIW), zaś udział innych podmiotów winien mieć znamiona współdziałania – obligatoryjnego (w przypadku organów administracji publicznej, w tym samorządu terytorialnego, i samorządu zawodowego, o czym traktuje art. 3 uoz oraz art. 10 ust. 2 pkt 11 uozlw) bądź fakultatywnego (w przypadku innych instytucji i organizacji, w tym organizacji społecznych, o czym traktują art. 34a ust. 1 i 2 oraz art. 40 uoz).

¹⁹ Normy uozlw stanowią, że organami tymi są: krajowy zjazd lekarzy weterynarii, krajowa i okręgowe rady lekarsko-weterynaryjne (oraz ich prezesi), krajowi i okręgowi rzecznicy odpowie-

wiązane do sprawowania pieczy nad właściwym wykonywaniem tego zawodu²⁰ i działania na rzecz ochrony zwierząt²¹.

Sfera indywidualna dotyczy wszystkich polskich lekarzy weterynarii wykonujących swój zawód w ramach indywidualnych praktyk i różnych typów zakładów leczenia zwierząt²² oraz pracujących w organach administracji publicznej.

Wykonywanie zawodu lekarza weterynarii odbywa się w ramach trzech zasadniczych aspektów aktywności: ochrony zdrowia zwierząt, ochrony zdrowia publicznego i ochrony środowiska²³. Ochrona zwierząt zawiera się nie tylko w pierwszym, lecz zwłaszcza w trzecim z wymienionych aspektów²⁴. Każdy lekarz weterynarii winien zwracać uwagę na dostrzegane nieprawidłowości, wpływać na zapewnienie dobrostanu i przeciwdziałać się jego naruszeniom²⁵ – ale tylko w zakresie swej kompetencji²⁶.

Należy także podkreślić, że lekarze weterynarii są przedstawicielami zawodu zaufania publicznego²⁷ i jako tacy podlegają w ramach wykonywania swojego zawodu obligatoryjnym zasadom etyki zawodowej i deontologii²⁸ zawartym w kodeksie etyki. Ich działania i zaniechania na polu ochrony zwierząt podlegają więc także ocenie jurydycznej i moralnej²⁹ z punktu wi-

działności zawodowej i wreszcie sądy lekarsko-weterynaryjne (art. 18 ust 1 pkt 2, ust. 1a uozlw). Samorząd zawodowy nadaje prawo wykonywania zawodu lekarza weterynarii na obszarze państwa polskiego i czuwa nad jego właściwym wykonywaniem, zgodnym z prawem, ze sztuką lekarsko-weterynaryjną i etyką. Zob. art. 10 ust. 1 (a zwłaszcza pkt 1, 2, 3 i 5), ust. 2 pkt 4, 9, 10 i 11 uozlw.

²⁰ Art. 10 ust. 1 pkt 1 uozlw.

²¹ Art. 3 uoz.

²² Zob. ustawa z dnia 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 24. Por. etyczny obowiązek wskazany przez E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 1, zd. 1.

²³ Art. 1 ust. 1 (w tym zwłaszcza pkt 1 i 4) uozlw.

²⁴ Prawo ochrony zwierząt ujmowane jest jako część prawa ochrony środowiska (np. R. Paczuski, *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz 1996, s. 406–408; W. Radecki, *Ustawy o ochronie zwierząt, o doświadczeniach na zwierzętach – z komentarzem*, Warszawa 2007, s. 21–22; M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008, s. 74–76), ewentualnie jako element prawa ochrony dóbr kultury *sensu largissimo* (A. Dzikowski, *Bezpieczeństwo zwierząt z gatunków chronionych jako element ochrony dziedzictwa kulturowego Polski*, [w:] M. Różański, A. Dzikowski (red.), *Troska o zachowanie dóbr kultury*, Olsztyn 2018, s. 31 i nn. Sama uozlw nie wyodrębnia tej kategorii; por. J. Stelmasiak, *Administracyjnoprawne aspekty ochrony zwierząt*, [w:] *Prawna ochrona...*, s. 155.

²⁵ Art. 30 ust. 2, 3 i 4 kodeksu etyki. Troska o dobrostan jest powszechnie ujmowana jako etyczny obowiązek lekarzy weterynarii, zob. E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 1, 9.

²⁶ Art. 30 ust. 4 w zw. z art. 39 ust. 1 kodeksu etyki. Por. E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 7, wraz z przyp. 6.

²⁷ Działającego w oparciu o normę art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., t.j. Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483, z 2001 r., nr 28, poz. 319, z 2006 r., nr 200, poz. 1471, z 2009 r., nr 114, poz. 946, oraz art. 8 ust. 1 i 2 uozlw, na bazie których podstawową cechą tego typu zawodów jako samorządnych jest wykonywanie zadań publicznych i ochrona interesu społecznego, a zadania korporacyjne takie jak reprezentacja interesów członkowskich są jedynie akcesoryjne.

²⁸ Art. 10 ust 1 pkt 2, 19 ust. 1 oraz art. 45 uozlw.

²⁹ Podzielić należy pogląd, że normy deontologiczne same w sobie nie są normami prawnymi i są wobec tych drugich autonomiczne, a także że normy etyczne nie potrzebują legitymacji

dzenia etyki zawodowej, w tym odpowiedzialności przed sądami lekarsko-weterynaryjnymi³⁰. Badane zagadnienia stanowią źródło ważnych, często trudnych, wyborów deontologicznych dla lekarzy weterynarii.

Znęcanie się nad zwierzętami i reakcja na naruszenie w świetle uoz

Znęcanie się nad zwierzętami jest penalizowane przez uoz jako świadome dopuszczanie do zadawania lub zadawanie jakimkolwiek zwierzętom bólu lub cierpienia³¹ i zagrożone sankcjami natury administracyjnoprawnej³² i karnej³³. Zakazane jest także nieuprawnione zabijanie zwierząt³⁴.

jurydycznej, natomiast normy prawne – winny być uzasadnione aksjologicznie (J. Helios, W. Jedlecka, *Rola...*, s. 138), a nie tylko poprawne w znaczeniu pozytywistycznym. Jeżeli jednak kompetentny organ uchwalil na mocy ustawowego upoważnienia (zob. przyp. 2 *supra*) kodeks etyki i istnieje procedura jego egzekwowania sądowego (art. 45 nn. uozlw), to za naruszenie zasad etyki odpowiadać można także jak za naruszenie normy prawnej.

³⁰ Sądy lekarsko-weterynaryjne (okręgowe i krajowy) działają w oparciu o normy art. 45 nn. uozlw oraz normy kodeksu etyki, i rozpatrują kwestie naruszeń wewnętrznego prawa korporacyjnego przez członków samorządu zawodowego, w tym sprzeniewierzenie się zasadom etycznym (kluczowe znaczenie ma tu art. 25 uozlw: *Członkowie samorządu podlegają odpowiedzialności zawodowej przed sądami lekarsko-weterynaryjnymi za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii weterynaryjnej oraz za naruszenie przepisów o wykonywaniu zawodu lekarza weterynarii*). Instancją kasacyjną jest Sąd Najwyższy (art. 46b nn. uozlw). Spośród prac zajmujących się omawianą problematyką jako antyprzykład posłużyć może praca J. Helios, W. Jedleckiej, *Rola...*, s. 130–140, zawierająca liczne błędy terminologiczne, logiczne i metodologiczne.

³¹ Art. 6 ust. 1a i 2 uoz. Należy podkreślić, że przepis art. 6 ust. 2 o niezwykle niskim poziomie legislacyjnym, poza podaniem w zdaniu pierwszym definicji znęcania, przytacza wybrane, kazuistyczne przykłady zachowań zabronionych (nie są to przykłady statystycznie najczęstsze, nie są też one usystematyzowane) – stanowi zatem katalog otwarty (ale nie obejmuje przypadków takich jak podeszły wiek, zły stan zdrowia, niezaradność „właściciela” czy trzymanie zbyt wielu sztuk zwierząt na raz, gdyż są to, co najwyżej, wykroczenia z art. 37 ust. 1uopz, a nie przestępstwa z art. 35 ust. 3 uoz. Zob. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 258 i nn. Nie ulega jednak wątpliwości, że zabronione są wszelkie zachowania (działania i zaniechania) wyczerpujące znamiona czynów o społecznej szkodliwości większej niż znikoma (art. 1 § 2, 115 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600, 2077; por. T. Gardocka, *Zagadnienie...*, s. 157 i nn.), które skutkują dopuszczeniem do zadawania bądź zadaniem zwierzęciu bólu lub cierpienia, w tym na drodze niezapewnienia zwierzęciu odpowiedniego poziomu dobrostanu. Należy także pamiętać, że art. 6 uoz doprecyzowuje także definicje legalne zawarte w art. 4 teże ustawy.

³² Art. 7 uoz. Procedura administracyjna wydaje się być najodpowiedniejszą i najskuteczniejszą metodą działania państwa, ze względu na przedmiot ochrony oraz możliwości wynikające z władzości i nadrzędności organu (A. Lipiński, *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Kraków 2005, s. 415–416), wywiera ona także skutki ochronne i zabezpieczające, a także cywilne i karne (M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 234, 258–273) oraz stanowi element kontroli społecznej (J. Stelmasiak, *Administracyjnoprawne...*, s. 155). Sprawca naruszeń zakazów normatywnych ponosi ujemne konsekwencje przewidziane przez normy prawne w ramach sanacyjnej procedury administracyjnej, co ma na celu przywrócenie równowagi środowiska oraz wywarcie ujemnych konsekwencji wobec tego podmiotu, zob. J. Boć, K. Nowacki, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska*, Wrocław

Przebieg *sui generis* procedury, a w zasadzie procedur administracyjnych zwyczajnej i nadzwyczajnej, zwanych łącznie „czasowym odebraniem zwierzęcia”, uregulowany jest przez art. 7 uoz oraz normy kodeksu postępowania administracyjnego³⁵. Skrócenie cierpień³⁶ zwierzęcia jest w każdym przypadku naruszeń uoz nadrzędnym dobrem chronionym przez prawo. Stanowi to *ratio legis* i naczelną dyrektywę interpretacyjną art. 7 uoz.

Zgodnie z art. 7 ust. 1–2a uoz przebiega procedura zwyczajna czasowego odebrania zwierzęcia, zgodnie z którą wójt (burmistrz, prezydent miasta), po uzyskaniu stosownej informacji, podejmuje *ex officio* decyzję w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia, której nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Organem powołanym jest wójt (burmistrz, prezydent miasta)³⁷, a więc organ nieposiadający specjalistycznej wiedzy weterynaryjnej³⁸, co znacznie utrudniać może ustalenie prawdy obiektywnej³⁹. Poza tym zastrzeżeniem,

2000, s. 321–325; J. Ciechanowicz-McLean, *Polskie prawo ochrony przyrody*, Warszawa 2006, s. 169; K. Kwaśnicka, *Odpowiedzialność administracyjna w prawie ochrony środowiska*, Warszawa 2011, s. 66–70; W. Jedlecka, J. Helios, *Administracyjnoprawne...*, s. 73–78.

³³ Art. 35 nn. uoz. Sankcje karne ustanowione przez tę szczególną ustawę karną (por. J. Helios, W. Jedlecka, *Ochrona...*, s. 104–105) przeważają nad administracyjnoprawnymi (zob. ibidem, s. 91–122; W. Jedlecka, J. Helios, *Administracyjnoprawne...*, s. 89).

³⁴ Sytuacje nieprzewidziane przez art. 6 ust. 1 uoz i *leges speciales*.

³⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2096, z 2019 r., poz. 60, 730, dalej: kpa. Por. W. Jedlecka, J. Helios, *Administracyjnoprawne...*, s. 78.

³⁶ Por. ze skróceniem cierpień na drodze eutanatycznej (art. 4 pkt, 33 ust. 3 uoz, art. 15 ust. 2 i 3 kodeksu etyki).

³⁷ Organem odwoławczym, zgodnie z art. 7 ust. 2a uoz, jest samorządowe kolegium odwoławcze (który to fakt wynika także z ogólnej właściwości drugoinstancyjnej), natomiast specyficzne i wybitnie skrócone, ze względu na przedmiot jakim jest żywe zwierzę, są terminy: na wniesienie odwołania – 3 dni od dnia doręczenia, na rozpatrzenie sprawy – 7 dni.

³⁸ W przeciwieństwie do organów Inspekcji Weterynaryjnej, takich jak powiatowy lekarz weterynarii. Takie ustawowe uregulowanie organu kompetentnego wydaje się być, w świetle art. 1 ust. 3 uoz, brakiem konsekwencji ze strony ustawodawcy.

³⁹ Art. 7 kpa. Niedopełnienie obowiązku ustalenia przez organ prawdy obiektywnej jest częstym uchybieniem stwierdzanym podczas sądowo-administracyjnej kontroli decyzji w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia. Często organ ogranicza się jedynie do przyjęcia twierdzeń wysuwanych i dowodów przedłożonych przez organizację społeczną, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt. Sądy administracyjne częstokroć – na pozór racjonalnie, z pobudek pragmatycznych – przyjmują, że nie trzeba stwierdzić znamion czynu, lecz wystarczy samo wykazanie, że zwierzę jest trzymane w niewłaściwych warunkach (zob. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 260, przyp. 544). Taka wykładnia *contra legem* i sprzeczna z zasadą *nullum crimen sine lege* jest, w ocenie autora, nie do przyjęcia, jako że to właśnie popełnienie umyślnie czynu zabronionego znęcania się nad zwierzęciem stanowi jedyną i wyłączną przesłankę do uruchomienia procedury odebrania czasowego (procedura administracyjna – jako szybka i efektywna – będzie więc miała rolę wykonawczą, służebną względem zaistnienia przestępstwa, ocenianego karnistycznie). W doktrynie wyrażane są także odmienne poglądy, głoszące, że odpowiedzialność „właściciela” lub posiadacza, w przeciwieństwie do ujęcia karnistycznego, nie jest uzależniona od winy i umyślności sprawcy naruszeń ustawowych zakazów, lecz wynika z samego faktu zaistnienia takich naruszeń (obiektywnie ujęte bezprawie administracyjne). Zob. J. Stelmasiak, *Administracyjnoprawne...*, s. 155; W. Jedlecka, J. Helios, *Administracyjnoprawne...*, s. 78.

zasadnym dla obu analizowanych procedur, omawiany przepis nie budzi większych wątpliwości, zarówno na płaszczyźnie wykładni językowej, jak i celowościowej⁴⁰.

Nie można tego samego powiedzieć natomiast o procedurze nadzwyczajnej czasowego odebrania zwierzęcia, ustanowionej na mocy art. 7 ust. 3 uoz. Znajduje ona zastosowanie w przypadkach niecierpiących zwłoki – gdy wskutek naruszenia (działania, zaniechania) bezpośrednio zagrożone są życie bądź zdrowie zwierzęcia. W sytuacjach takich, zgodnie z normą ustawową, winno mieć miejsce obligatoryjne odebranie⁴¹ zwierzęcia, które to działanie faktyczne może zostać usankcjonowane następnie w drodze decyzji administracyjnej⁴². Do dokonania obligatoryjnego odebrania upoważnieni są funkcjonariusze policji i straży miejskiej (gminnej) oraz – co budzić może największe wątpliwości – *upoważnieni*⁴³ *przedstawiciele*⁴⁴ *organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt*⁴⁵.

Kolejną normą otwierającą pole do nadużyć jest art. 7 ust. 4 i 5 uoz, która stanowi, że koszty dalszego utrzymania, diagnostyki i leczenia odebranego zwierzęcia, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia przez sąd o jego losie⁴⁶, pokrywa jego „właściciel” bądź dotychczasowy „posiadacz”⁴⁷. Orzeczenie o kosztach odbywa się w drodze decyzji administracyjnej⁴⁸, należności ściągane są na zasadach egzekucji administracyjnej.

⁴⁰ Nie będzie to jednak przedmiotem dalszych rozważań niniejszej pracy.

⁴¹ Art. 7 ust. 3 uoz stanowi wprost: *odbiera*.

⁴² Zgodnie z art. 7 ust. 3 uoz, decyzję następczą, działającą z mocą wsteczną, w sprawie odebrania zwierzęcia ma wydać wójt (burmistrz, prezydent miasta), może to być zarówno decyzja sankcjonująca dokonane już fizyczne odebranie zwierzęcia, jak i nakazująca jego zwrot.

⁴³ Upoważnieni przez macierzystą organizację społeczną.

⁴⁴ Sami siebie określający mianem, najczęściej, „(społecznych) inspektorów ochrony zwierząt”, a swoje działania – „interwencjami”.

⁴⁵ W opinii autora dopuszczenie możliwości odebrania zwierzęcia przez osoby niebędące funkcjonariuszami służb mundurowych (ani nawet pracownikami organów administracji publicznej, czego uoz w ogóle nie przewiduje) stanowi zbyt daleko idące naruszenie prawa „własności” zwierzęcia, jak i, ewentualnie, miru domowego. Niewątpliwie szczytny cel regulacji, jakim jest zapobieżenie dalszemu łamaniu przepisów uoz, które w bezpośredni sposób zagrażałoby życiu lub zdrowiu zwierząt, realizowany jest bowiem przy pomocy środków nieadekwatnych wobec chronionego dobra i zbyt daleko idących (poprzez nadawanie zbyt szerokich, głęboko ingerujących uprawnień) – mogących prowadzić do licznych nadużyć.

⁴⁶ Art. 7 ust. 6 uoz.

⁴⁷ W dosłownym, błędnym, brzmieniu ustawy: *dotychczasowy właściciel lub opiekun*. Por. M. Goettel, *Sytuacja...*, s. 258 i nn.

⁴⁸ Może być zawarte w decyzji dotyczącej odebrania czasowego bądź w drugim, późniejszym akcie administracyjnym, co jest korzystniejsze ze względów prakseologicznych. Niestety, także w tym wypadku często organ nie przeprowadza we właściwy sposób postępowania i nie ustala prawdy obiektywnej, a więc nie sprawdza, czy koszty przedłożone w rozliczeniu zostały rzeczywiście poniesione, czy były konieczne i użyteczne, czy ich wysokość odpowiada przeciętnej wysokości wynagrodzenia za takie czynności itd., podpisując się niejako *in blanco* pod przedłożonym rozliczeniem.

Możliwy udział lekarzy weterynarii w sytuacjach znęcania się nad zwierzętami

W dalszej części wywodów przedstawione zostaną różnorodne sposoby możliwego udziału lekarzy weterynarii w razie popełnienia analizowanego przestępstwa⁴⁹.

Po pierwsze, lekarz weterynarii może działać jako organ⁵⁰ bądź pracownik organu, który reaguje na przypadek sprawstwa omawianego czynu zabronionego przez osobę trzecią. Te działania, o ile są dokonywane sumiennie, zgodnie z naczelnymi zasadami postępowania administracyjnego, zwłaszcza z zasadą legalizmu i prawdy obiektywnej, nie budzą wątpliwości etyczno-prawnych.

Po drugie, lekarz weterynarii może stać się sprawcą⁵¹ znęcania się nad zwierzętami. Podmiot tego czynu zabronionego jest podmiotem powszechnym⁵², dokonywanym w zamiarze bezpośrednim⁵³, uoz nie różnicuje lekarzy weterynarii od innych sprawców, a zatem odpowiadali by oni administracyjnoprawnie i karnie na podstawie uoz tak jak wszelcy pozostali sprawcy. Natomiast różnicują ich normy etyki zawodowej – w każdym przypadku, zarówno związanym, jak i niezwiązanym bezpośrednio z wykonywaniem pracy, winni oni działać w zgodzie z pryncypiami etyki zawodowej. Uchybienia i sprzeniewierzenia się tym regułom mogą być oceniane przez sądy korporacyjne w ramach odpowiedzialności zawodowej, a ich najostrzejszą konsekwencją jest pozbawienie prawa wykonywania zawodu i możliwości ubiegania się o nie⁵⁴.

⁴⁹ Życie tworzy tak liczne – i pozornie nieprawdopodobne – stany faktyczne, że autor nie rości sobie pretensji, aby wyliczenie niniejsze mogło być uważane za zupełne. Ani zarysowane typy sytuacyjne, ani ich kolejność nie mogą być w żadnej mierze uznawane za typowe (najczęstsze statystycznie). Mają one na celu wskazanie przykładów sytuacji: naruszenia przez lekarza weterynarii zarówno norm uoz, jak i norm etycznych; naruszenia jedynie norm etyki zawodowej; braku naruszeń. Autor nie twierdzi tym bardziej, że każdy przypadek udziału lekarza weterynarii w procedurze przewidzianej przez art. 7 ust. 3 uoz stanowi naruszenie zasad etyki zawodowej i godzien jest moralnego potępienia oraz reakcji prawnej (administracyjnej, karnej, dyscyplinarnej, zawodowej itp.) porównywalnych do słusznych reakcji na przypadki znęcania się nad zwierzęciem przez jakiegokolwiek sprawcę.

⁵⁰ Przede wszystkim w ramach Inspekcji Weterynaryjnej (zwłaszcza powiatowy lekarz weterynarii) oraz w odniesieniu do wójtów, burmistrzów i prezydentów miast. Nie jest wykluczone także pomocnicze działanie organów samorządu zawodowego lekarzy weterynarii.

⁵¹ Wyróżnić można kilka możliwych typów stanów faktycznych, np. znęcanie się nad zwierzęciem niezwiązane z wykonywaniem pracy (w tym nad zwierzęciem własnym i cudzym), i znęcanie się nad zwierzęciem związane z wykonywaniem pracy, a więc świadczeniem usług lekarsko-weterynaryjnych (w przeważającej mierze co do zwierząt cudzych, ale nie jest wykluczone popełnienie przestępstwa na zwierzęciu własnym), w tym – ewentualnie – w ramach błędu w sztuce lekarsko-weterynaryjnej.

⁵² J. Helios, W. Jedlecka, *Ochrona...*, s. 99.

⁵³ A zatem umyślnie, por. L. Drwęski, *Ocena skuteczności ścigania przestępstw związanych z ochroną zwierząt – obraz statystyczny*, [w:] *Status zwierzęcia. Zagadnienia...*, s. 234.

⁵⁴ Art. 45 nn. uozlw.

W razie błędu w sztuce (błędu medycznego) połączonego ze znęcaniem się – wystąpić może odpowiedzialność cywilna kontraktowa⁵⁵ i deliktowa⁵⁶, zaś w zależności od formy świadczenia pracy pozostaje kwestia odpowiedzialności pracowniczej, dyscyplinarnej.

Mogą także zaistnieć następstwa natury faktycznej takie jak ostracyzm społeczny, spadek liczby klientów zakładu leczenia zwierząt i idący zatem spadek dochodów czy też medialne nagłośnienie sprawy. Nie bez znaczenia z punktu widzenia korporacji zawodowej jest też obniżenie rangi zawodu i spadek społecznego zaufania do całej grupy zawodowej.

Wszelkie ewentualne przypadki tych nagannych etycznie i penalizowanych działań winny spotykać się ze sprawiedliwą reakcją, adekwatną do czynu, ale i do pełnionego zawodu czy roli społecznej. Nie ulega wątpliwości, że od lekarzy weterynarii, jako przedstawicieli zawodu zaufania społecznego, którego jednym z celów działania jest ochrona zwierząt, wymagać można ponadprzeciętnej⁵⁷ etyczności w tym zakresie, zatem nie mogą się oni dopuszczać nawet najłżejszych działań i zaniechań. Muszą działać w zgodzie z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami⁵⁸ oraz liczyć, że ujemne (*sensu largo*) następstwa sprawstwa będą dla nich dotkliwsze niż dla osób niebędących lekarzami weterynarii.

Po trzecie, mogą mieć miejsce sytuacje budzące takie wątpliwości, a więc przypadki, w których lekarz weterynarii działa w ramach organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt. Działając tak, lekarz weterynarii może przybierać różnorodne pozycje, w tym:

- lekarza weterynarii będącego jednocześnie upoważnionym przedstawicielem organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt i wykonuje nadzwyczajną procedurę czasowego odebrania zwierzęcia na podstawie art. 7 ust. 3 uoz⁵⁹,

- lekarza weterynarii biorącego udział w zarówno zwyczajnej⁶⁰, jak i nadzwyczajnej⁶¹ procedurze czasowego odebrania zwierzęcia, dostarczającego merytorycznego wsparcia upoważnionym przedstawicielom organizacji

⁵⁵ Art. 471 nn. kc.

⁵⁶ Art. 415 nn. kc.

⁵⁷ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2012 r., III CzP 84/12, „Orzecnictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2013, nr 7–8, s. 83.

⁵⁸ Art. 5 kc, art. 2 kodeksu etyki.

⁵⁹ Tzw. interwencja. Co do tego przypadku zastosowanie znajdują wszystkie wyrażone powyżej zastrzeżenia i wątpliwości juretyczne i etyczne, dotyczące zarówno samego przebiegu procedury nadzwyczajnej (faktyczne odebranie i następcza decyzja działająca z mocą wsteczną), jak i dopuszczenia przez ustawodawcę do obligatoryjnego odbierania zwierząt przez takie osoby (niebędące funkcjonariuszami służb mundurowych ani organami czy pracownikami organów administracji publicznej).

⁶⁰ Na podstawie art. 7 ust. 1 uoz.

⁶¹ Na podstawie art. 7 ust. 3 uoz.

społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt poprzez dokonanie, m.in. badania klinicznego zwierzęcia i orzeczenia o jego stanie zdrowia lub o objawach (i ewentualnych śladach i dowodach) znęcania;

– lekarza weterynarii prowadzącego na zlecenie⁶² takiej organizacji diagnostykę i terapię weterynaryjną odebranego⁶³ czasowo zwierzęcia.

We wszystkich wymienionych powyżej przypadkach aktywności w ramach organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, należy rozważyć – nawet przy pozornie całkowitej zgodności z przepisami uoz i procedury administracyjnej – możliwość uchylenia zasadom etyki zawodowej i konfliktu tych zasad z normami prawa ustawowego. Obejmuje to zwłaszcza zasady: uczciwej konkurencji⁶⁴, solidarności zawodowej i dbania o godność zawodu⁶⁵, niepoprzestawiania jedynie na wiedzy specjalistycznej, ale łączenia jej z pryncypiami rzetelności, uczciwości i kulturalności⁶⁶, a w krańcowych przypadkach nawet naruszeniem nadrzędnego celu działań polskich⁶⁷ lekarzy weterynarii – dobra człowieka⁶⁸. Naruszone mogą zostać także postulaty jawności, transparentności i unikania niejasnych powiązań oraz konfliktów intere-

⁶² Co do zasady, dokonywanie diagnostycznych i terapeutycznych zabiegów lekarsko-weterynaryjnych odbywa się na podstawie umowy nienazwanej podobnej do umowy zlecenia, zawieranej pomiędzy właścicielem bądź posiadaczem zwierzęcia a lekarzem weterynarii, powszechnie zwanej „umową o świadczenie usług lekarsko-weterynaryjnych”. Czynności lecznicze są zobowiązaniami starannego działania, ale niektóre (proste) czynności lekarskie mogą mieć postać zobowiązań rezultatu.

⁶³ Niezależnie od tego, czy odebranie nastąpiło w ramach procedury zwyczajnej, polegającej na natychmiastowym wykonaniu decyzji wójta (burmistrza, prezydenta miasta) wydanej na podstawie art. 7 ust. 1 uoz, czy też procedury nadzwyczajnej, polegającej na faktycznym odebraniu zwierzęcia usankcjonowanym następczą decyzją wójta (burmistrza, prezydenta miasta) wydaną na podstawie art. 7 ust. 3 uoz.

⁶⁴ Art. 41 ust. 1 i 2 kodeksu etyki.

⁶⁵ Art. 3 kodeksu etyki.

⁶⁶ Art. 4 kodeksu etyki.

⁶⁷ W niektórych krajach trzecich, np. Wielkiej Brytanii czy Kanadzie (zob. B.E. Rollin, *An introduction to veterinary medical ethics: theory and cases*, Ames 2006; E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 1–2, 7–9), za cel nadrzędny lekarzy weterynarii i imperatyw przeważający nad innymi dobrami chronionymi, ujmowane jest dobro i dobrostan zwierzęcia, brytyjski lekarz weterynarii winien zatem działać w ramach tzw. *animal advocacy*, nawet wbrew decyzjom ze strony właścicielskiej. W takim duchu, błędnie i *contra legem scriptam*, interpretują polskie ustawodawstwo weterynaryjne J. Helios, W. Jedlecka, *Ochrona...*, s. 127. W opinii B.E. Rollina, *An introduction...*, pytanie: *Wobec kogo lekarz weterynarii ma etyczne zobowiązania – klienta czy zwierzęcego pacjenta?* stanowi fundamentalny dylemat etyki weterynaryjnej. O ile w niektórych krajach przyjmowany jest w kodeksach etyki model „pediatryczny”, o tyle polskie tradycje i przepisy korporacyjne skłaniają się bardziej ku modelowi „mechanika samochodowego”, przez niektórych uważanemu za antropocentryczny. Nawet w krajach, gdzie lekarze weterynarii oficjalnie opowiadają się za pierwszym z przywołanych modeli, w dokonywaniu wyborów moralnych w poszczególnych przypadkach wybierają model drugi (por. C.A. Morgan, *Stepping up to the plate: Animal welfare, veterinarians and ethical conflicts*, dysertacja, Uniwersytet Kolumbii Brytyjskiej, Vancouver 2009).

⁶⁸ Art. 1 kodeksu etyki.

sów⁶⁹ poprzez działanie pod kontrolą organizacji społecznej i nadużywanie uprawnień⁷⁰.

Należy zaznaczyć, że wyróżnia się w literaturze deontologicznej różnorodne obowiązki etyczno-prawne lekarzy weterynarii, w tym w odniesieniu do: pacjentów, klientów, społeczeństwa, środowiska, własnej grupy zawodowej i wreszcie samych siebie, które powinny być realizowane na drodze wyborów zgodnych z prawem powszechnie obowiązującym i etyką zawodową (w wyborach tych liczą się bowiem zamiary i odwaga moralna, a nie utylitaryzm wyrażany przez rachunek zysków i strat)⁷¹. Ich etyczne umiejętności (stawianie pytań, spostrzeżenia etyczne, wnioskowanie, podejmowanie deontologicznie poprawnych wyborów i refleksja, komunikacja) oraz praktyka etyczna, zgodność z normami prawnymi oraz wysokie standardy osobiste, pozwalają na uniknięcie bądź zredukowanie stresu moralnego poprzez dokonywanie właściwych wyborów⁷².

W sytuacji dokonania przez lekarza weterynarii w warunkach terenowych⁷³, wstępnego rozpoznania i podstawowego badania klinicznego, oraz wydania orzeczenia o stanie (zdrowia, dobrostanu i utrzymania) zwierzęcia, można mówić o złamaniu oczywistego zakazu⁷⁴ dokonywania przez lekarza weterynarii jakichkolwiek czynności diagnostyczno-leczniczych bez zgody⁷⁵ „właściciela” bądź „posiadacza” zwierzęcia.

Inaczej jest w razie prowadzenia przez lekarza weterynarii diagnostyki i terapii czasowo odebranego zwierzęcia. Na mocy dorozumianego wyłącze-

⁶⁹ Na podstawie art. 2, 3 oraz 41 kodeksu etyki. Por. E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 1, 7–8.

⁷⁰ Na podstawie art. 4, 8, 16 ust. 2, 19 ust. 1 oraz art. 30 ust. 2, 3 i 4 w zw. z art. 39 ust. 1 kodeksu etyki. Por. J. Parchomiuk, *Nadużycie prawa w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018.

⁷¹ Zob. E. Hernandez *et al.*, *Speaking up...*, s. 2, 7, wraz z przyp. 3 i 26.

⁷² Ibidem, s. 2–3, 8; M. Magalhães-Sant’Ana, I.A.S. Olsson, P. Sandoe, K. Millar, *How ethics is taught by European veterinary faculties: A review of published literature and web resources*, [w:] C.M.R. Casabona, L.E. San Epifanio, A.E. Cirión (red.), *Global food security: Ethical and legal challenges*, Wageningen 2010, s. 441–446; J.M. Verrinder, R. Ostini, C.J.C. Phillips, *Differences in moral judgement on animal and human ethic issues between university students in animal-related, human medical and arts programs*, „PLoS ONE” 2016, nr 11, DOI: 10.1371/journal.pone.0149308; C.E.M. Batchelor, A. Creed, D.E.F. McKeegan, *A preliminary investigation into the moral reasoning abilities of UK veterinarians*, „Veterinary Record” 2015, nr 177, DOI: 10.1136/vr.102775; D.C.J. Main, P. Thornton, K. Kerr, *Teaching animal welfare science, ethics and law to veterinary students in the United Kingdom*, „Journal of Veterinary Medical Education” 2005, nr 32, s. 505–508.

⁷³ Czyli w miejscu domniemanego popełnienia czynu, bez rozstrzygania czy chodzi o czyn zabroniony, a więc czy rzeczywiście doszło do popełnienia przestępstwa.

⁷⁴ Art. 16 ust. 2, 19 ust. 1, 41 ust. 1 i 2 kodeksu etyki.

⁷⁵ Wbrew woli bądź bez wiedzy. Zgoda (ang. *informed consent*) (ang. *informed consent*) winna być wyrażona swobodnie, po udzieleniu informacji (uprzedniej, pełnej, wystarczającej, jasnej, precyzyjnej, zrozumiałej, niedwuznacznej) i objaśnieniu procedury, w tym jej ujemnych i dodatkowych następstw, powikłań, kosztów, przez kompetentną osobę, a także ewentualnym udokumentowaniu zgody na piśmie. Zob. V. Ashall, K.M. Millar, P. Hobson-West, *Informed consent in veterinary medicine: Ethical implications for the profession and the animal ‘patient’*, „Food Ethics” 2018, nr 1(3), s. 247–258.

nia zawartego w art. 7 ust. 4 uoz, nie ma tu miejsca wymóg uzyskania przez lekarza weterynarii zgody „właściciela” bądź dotychczasowego „posiadacza” zwierzęcia, a jedynie tymczasowego „posiadacza”, tj. podmiotu, pod władzą którego przebywa odebrane czasowo zwierzę⁷⁶.

W obu przywołanych wypadkach może powstać niekorzystna sprzeczność interesów. Należy unikać każdej takiej sprzeczności, aby nie przerodziła się w poważniejsze zjawisko, jakim jest konflikt interesów⁷⁷. Organizacja społeczna może bowiem rewanżować się⁷⁸ lekarzowi weterynarii wydającemu korzystne dla niej orzeczenia o negatywnym stanie zdrowia i utrzymania zwierzęcia. Dalego bardziej posuniętym konfliktem być może przypadek, w którym ten sam lekarz weterynarii wydaje najpierw orzeczenie, a później prowadzi dalszą diagnostykę i terapię⁷⁹.

Takie zachowania rodzić mogą liczne potencjalne nadużycia, są niekorzystne z punktu widzenia nie tylko etyki zawodowej oraz interesów całej grupy zawodowej⁸⁰, na straży których stoi samorząd zawodowy, lecz także moralności indywidualnej, gdyż mogą mieć negatywny wpływ na filozofię moralną i indywidualne wybory człowieka.

Nawet ze swych obowiązków i uprawnień, w tym wpływania na polepszenie dobrostanu zwierząt, przeciwdziałania naruszeniom dobrostanu i łamaniu zasad ochrony zwierząt⁸¹, lekarz weterynarii nie może czynić niewła-

⁷⁶ Schroniska dla zwierząt, gospodarstwa rolne i ogrody zoologiczne, zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1–3 uoz.

⁷⁷ Ze względu na opinię społeczną oraz szybki obieg informacji i opinii we współczesnym społeczeństwie informacyjnym, należy rozważyć w tym miejscu nie tylko realne i potencjalne sprzeczności i konflikty interesów, ale nawet postrzegalne sprzeczności i konflikty interesów.

⁷⁸ Co do zasady, praca kliniczna lekarza weterynarii, świadczenie usług lekarsko-weterynaryjnych są odpłatne, według umownych stawek. W badanych przypadkach pokrywać te koszty będą, w zależności od sytuacji: zlecający „wstępne” badanie (organizacja społeczna) bądź, po dokonaniu legalnego odebrania zwierzęcia, jak już zaznaczono, „właściciel” bądź dotychczasowy „posiadacz zwierzęcia” (art. 7 ust. 4 i 5 uoz). Może mieć jednak miejsce cicha czy konkludentna umowa danego lekarza weterynarii z daną organizacją społeczną dotycząca *sui generis* trwałej współpracy, a więc dokonywania tylko w jego zakładzie leczniczym dla zwierząt wszelkich badań diagnostycznych, szczepień profilaktycznych, zabiegów chirurgicznych i terapeutycznych, co zapewni mu trwałe źródło zysku. Potencjalnie możliwe są także m.in. relacje i zależności prywatne (rodzinne, przyjacielskie, finansowe i inne), przestępstwo łapownictwa, wręczanie prezentów eufemistycznie i dyminutywnie określanych mianem „zwyczajowych dowodów wdzięczności”, uzyskiwanie przez lekarza weterynarii innych, w tym niewymiernych, korzyści, np. zamieszczanie pozytywnych opinii w środkach masowego przekazu, Internecie, forach, mediach społecznościowych (w tym ewentualnie połączone z negatywnymi opiniami na temat konkurencyjnych zakładów leczniczych dla zwierząt), co skutkować może zwiększeniem napływu klientów do danego zakładu.

⁷⁹ Stanowi to *sui generis* złamanie zasady *nemo iudex in causa sua*.

⁸⁰ Podważający społeczne zaufanie do osób wykonujących zawód. Dotyczy to m.in. społecznego i medialnego postrzegania zawodu, zachodzących transpozycji, nadinterpretacji i ekstrapolacji zachowań naganych na zasadzie *pars pro toto*, powstawania obrazu stereotypowego osób go wykonujących, a także ocenianego poziomu etycznego, a pośrednio merytorycznego, badanej grupy zawodowej.

⁸¹ Art. 30 kodeksu etyki.

ściwego użytku⁸². Celem jego działań – jak i obowiązkiem jako obywatela polskiego i członka zawodu zaufania publicznego – powinno być zapobieganie popełnianiu czynów zabronionych, a nie osiąganie własnych korzyści⁸³. Nie może być też nadrzędnym celem jego aktywności wykonywanie poleceń o charakterze *de facto* służbowym czy pozostawanie w stanie takiej faktycznej zależności.

Konsekwencje prawnego (i moralnego) nakazu przestrzegania zasad etyki zawodowej rozciągają się nie na całokształt aktywności lekarzy weterynarii i implikują sposób oceniania (zaostrożony rygor odpowiedzialności) i przestrzegania ich działań i zaniechań. Jak wskazano powyżej, od lekarzy weterynarii w ramach wykonywanego przez nich zawodu zaufania publicznego można wymagać więcej niż od przeciętnego obywatela na polu etycznym, w tym transparentności, uczciwości, rzetelności czy moralnej nieskazitelności; nawet najmniejsze naruszenia – czy to polegające na popełnianiu przestępstw penalizowanych przez uoz, czy na złamaniu zasad etyki zawodowej poprzez działania nominalnie i pozornie zgodne z literą ustawy, czy nawet na naruszeniach mniej rażących, lecz społecznie negatywnie odbieranych – winny być eliminowane.

Postulaty deontologiczne i *de lege ferenda*

Przedstawione wątpliwości natury moralnej i jurydycznej pozwalają na przedłożenie propozycji zmian, których celem jest poprawienie poziomu i jakości ochrony zwierząt w Polsce, a także wskazanie lekarzom weterynarii ścieżki działania pomocnej w unikaniu sytuacji wątpliwych etycznie, która mogą ujemnie oddziaływać na ich indywidualne wykonywanie zawodu, jak i na stan oraz obraz grupy zawodowej jako całości.

Postulowane są⁸⁴, w odniesieniu do ustawy o ochronie zwierząt:

- zmiana art. 1 uoz, polegająca na pominięciu klauzuli dereifikacyjnej z art. 1 ust. 1 uoz⁸⁵ oraz usunięciu emocjonalnie nacechowanych, nienormatywnych określeń⁸⁶;
- doprecyzowanie zakresu obowiązywania ustawy przez wzajemne skoordynowanie art. 1 ust. 1, 2 ust. 1, 5 uoz;

⁸² Zob. art. 5 kc.

⁸³ W tym korzyści o charakterze materialnym.

⁸⁴ Autor jest świadomy, że przedstawione postulaty mogą nie być możliwe do zrealizowania z przyczyn politycznych czy w związku z wpływami grup interesów.

⁸⁵ Jeśli ustawodawca nie zdecyduje się na „rereifikację” zwierząt, to winien, przynajmniej, używać spójnej i konsekwentnej terminologii, a zatem nie używać sformułowań typu *właściciel lub opiekun, dotychczasowy właściciel*. Konsekwencja i większe ważenie słów w aktach normatywnych są z resztą postulowane przez autora nie tylko w tym wypadku, ale we wszystkich omawianych.

⁸⁶ Art. 1 ust. 1 zd. 2, art. 5 *in fine* uoz.

- ograniczenie definicji ustawowych zawartych w art. 4 uoz do koniecznego minimum;
- rezygnacja z kazuistycznego wyliczenia zawartego w art. 6 ust. 2 pkt 1–19 uoz i poprzestanie na generalno-abstrakcyjnym określeniu znamion czynu;
- ustanowienie organem właściwym w procedurze czasowego odebrania zwierzęcia na mocy art. 7 uoz, powiatowego lekarza weterynarii zamiast wójta (burmistrza, prezydenta miasta)⁸⁷;
- rozszerzenie katalogu podmiotów, po uzyskaniu informacji od których organ obowiązany jest wszcząć postępowanie z urzędu, na wszelkie zgłoszenia⁸⁸;
- dogłębna zmiana bądź likwidacja procedury nadzwyczajnej z art. 7 ust. 3 uoz w obecnym kształcie⁸⁹ jako nieadekwatnej do dóbr chronionych;
- określenie kompetencji lekarzy weterynarii pracujących klinicznie i zakładów leczenia zwierząt w związku z procedurą czasowego odebrania zwierząt⁹⁰.

W odniesieniu do korporacyjnego prawa wewnętrznego lekarzy weterynarii:

- zmiana kodeksu etyki poprzez usunięcie błędnych określeń⁹¹;
- podkreślenie, że celem działań w zakresie ochrony zwierząt winna być ta właśnie ochrona i jej największa efektywność, a nie partykularne interesy;

⁸⁷ W konsekwencji: organem odwoławczym – wojewódzkiego lekarza weterynarii miast samorządowego kolegium odwoławczego. Autor zdaje sobie sprawę, że w obecnej sytuacji Inspekcji Weterynaryjnej (przeciążenie obowiązkami wynikającymi z prawa unijnego i krajowego, niskie zarobki, poważne niedobory kadrowe) postulat ten jest mało prawdopodobny do ziszczenia się.

⁸⁸ Art. 7 ust. 1a uoz.

⁸⁹ W tym zwłaszcza wyłączenie możliwości dokonania obligatoryjnego odebrania faktycznego zwierzęcia przez upoważnionych przedstawicieli organizacji społecznej, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt (pozostawienie możliwości dokonania takiego odebrania przez funkcjonariuszy służb mundurowych, nadanie takiego uprawnienia pracownikom Inspekcji Weterynaryjnej), zamiast tego położenie większego nacisku na obowiązek ustalenia przez organ prawdy obiektywnej, zarówno co do samego zaistnienia naruszeń, jak i orzeczenia o kosztach na podstawie art. 7 ust. 4 i 5 uoz.

⁹⁰ Wskazanie, którzy lekarze weterynarii będą uprawnieni do dokonywania oceny czy dane zwierzę rzeczywiście podlegało znęcaniu się: upoważnienie okręgowych rad lekarsko-weterynaryjnych do wydania i bieżącego aktualizowania list, stosownych dla różnych gatunków zwierząt, zawierających dane osobowe i kontaktowe rekomendowanych lekarzy weterynarii (posiadających kompetencje, np. specjalizację zawodową i odpowiednio długą praktykę do oceniania danego gatunku zwierząt), a także do określenia jakie zakłady lecznicze (np. lecznice, kliniki) będą mogły prowadzić działania zmierzające do poprawy stanu zdrowia odebranego czasowo zwierzęcia, upoważnienia krajowej rady lekarsko-weterynaryjnej do określenia stawek za czynności diagnostyczno-lecznicze. Oczywiście, regulacje takie mogą zostać zawarte także w nowelizacjach ustaw o zakładach leczniczych dla zwierząt czy o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych. Całościowe uregulowanie tej materii jest także możliwe, a nawet bardziej prawdopodobne i możliwe z pragmatycznego punktu widzenia – poprzez uchwałę Krajowej Rady Lekarsko-Weterynaryjnej lub Krajowego Zjazdu Lekarzy Weterynarii.

⁹¹ Np. art. 30 ust. 1 kodeksu etyki.

– dodanie, że lekarz weterynarii winien w każdym przypadku ujawniać swoje powiązania z instytucjami, przedsiębiorstwami i organizacjami, a także unikać wszelkich możliwych⁹² sprzeczności i konfliktów interesów, mogących mieć wpływ na rzetelność jego pracy, jak i na postrzeganie wszystkich osób wykonujących ten doniosły społecznie zawód⁹³.

Zakończenie

Na styku dziedzin takich jak prawo, nauki przyrodnicze, etyka zawodowa i deontologia pojawiają się liczne wątpliwości i dysputy natury filozoficznej, normatywnej i moralnej w odniesieniu do różnych sfer działalności lekarzy weterynarii, w tym ich uczestnictwa w sytuacjach znęcania się nad zwierzętami⁹⁴. Dokonane badanie aktów normatywnych, w tym z zakresu etyki zawodowej lekarzy weterynarii oraz poglądów doktryny, pozwala na przedstawienie postulatów deontologicznych i *de lege ferenda* oraz wyciągnięcie wniosków z zakresu filozofii moralnej. Stwierdzono, że w omawianej materii liczne są jeszcze luki i niedopowiedzenia, które utrudniać mogą deontologiczne wybory dokonywane w codziennej pracy lekarzy weterynarii, że w niektórych sytuacjach regulacje normatywne raczej zaciemniają obraz niż ułatwiają skuteczną ochronę zwierząt, że ściśle związane ze sobą obowiązki i uprawnienia z zakresu ochrony (zwierząt, zdrowia zwierząt, środowiska i zdrowia publicznego) nie mogą być jednak rozpatrywane w próżni, gdyż nie może nastąpić właściwa interpretacja przepisów dotyczących lekarzy weterynarii jeżeli nie uwzględni się ich statusu jako przedstawicieli zawodu zaufania publicznego, których obowiązkiem jest troska o godność zawodu czy stosunki między członkami korporacji i wobec osób trzecich, a także, że zarówno na polu prawa, jak i etyki zawodowej, przed lekarzami weterynarii stoją liczne wyzwania, którym sprostanie pozwoli poprawić sytuację zwierząt, a jednocześnie zapewnić najwyższe standardy wykonywania przez nich nie tylko zawodu zaufania publicznego, ale i pracy medycznej.

Wykaz literatury

Ashall V., Millar K.M., Hobson-West P., *Informed consent in veterinary medicine: Ethical implications for the profession and the animal 'patient'*, „Food Ethics” 2018, nr 1(3).

⁹² Realnych, potencjalnych, postrzegalnych.

⁹³ Należy zaznaczyć, że o ile w obecnym stanie prawnym lekarz weterynarii ma prawo i społeczny obowiązek przeciwdziałania naruszeniom uoż, o tyle ujawnianie jego zawodowych i pozazawodowych relacji jest jedynie deontologicznym postulatem.

⁹⁴ A zwłaszcza udziału w szczególnej formie ochrony zwierząt przed znęcaniem się, jaką stanowią procedury czasowego odebrania zwierzęcia ustanowione w art. 7 uoż.

- Batchelor C.E.M., Creed A., McKeegan D.E.F., *A preliminary investigation into the moral reasoning abilities of UK veterinarians*, „Veterinary Record” 2015, nr 177.
- Białocerkiewicz J., *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Wyd. TNOiK, Toruń 2005.
- Boć J., Nowacki K., Samborska-Boć E., *Ochrona środowiska*, Kolonia, Wrocław 2000.
- Ciechanowicz-McLean J., *Polskie prawo ochrony przyrody*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Drwęski L., *Ocena skuteczności ścigania przestępstw związanych z ochroną zwierząt – obraz statystyczny*, [w:] T. Gardocka, A. Gruszczyńska (red.), *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2012.
- Dzikowski A., *Bezpieczeństwo zwierząt z gatunków chronionych jako element ochrony dziedzictwa kulturowego Polski*, [w:] M. Różański, A. Dzikowski (red.), *Troska o zachowanie dóbr kultury*, Olsztyn 2018.
- Gabriel-Węglowski M., *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Wyd. TNOiK, Toruń 2008.
- Gardocka T., *Zagadnienie społecznej szkodliwości przestępstw, których bezpośrednim przedmiotem wykonawczym są zwierzęta*, [w:] T. Gardocka, A. Gruszczyńska (red.), *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2012.
- Goettel M., *„Czasowe odebranie” oraz „przepadek” jako szczególne środki prawnej ochrony zwierząt*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13.
- Goettel M., *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Habuda A., Radecki W., *Przepisy karne w ustawach o ochronie zwierząt oraz o doświadczeniach na zwierzętach*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5.
- Helios J., Jedlecka W., *Ochrona zwierząt w polskim prawie karnym*, [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Ławniczak (red.), *Aspekty prawne, filozoficzne oraz religijne ochrony roślin i zwierząt – wybrane zagadnienia*, Prace Naukowe Wydz. Prawa, Administracji i Ekonomii Uwr, Wrocław 2016.
- Helios J., Jedlecka W., *Rola lekarza weterynarii w ochronie zwierząt i ich praw*, [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Ławniczak (red.), *Aspekty prawne, filozoficzne oraz religijne ochrony roślin i zwierząt – wybrane zagadnienia*, Prace Naukowe Wydz. Prawa, Administracji i Ekonomii Uwr, Wrocław 2016.
- Hernandez E., Fawcett A., Brouwer E., Rau J., Turner P.V., *Speaking up: Veterinary ethical responsibilities and animal welfare issues in everyday practice*, „Animals (Basel)” 2018, nr 8(1):15.
- Jastrzębski L., *Prawo ochrony środowiska w Polsce*, PWN, Warszawa 1990.
- Jedlecka W., Helios J., *Administracyjnoprawne aspekty ochrony zwierząt*, [w:] J. Helios, W. Jedlecka, A. Ławniczak (red.), *Aspekty prawne, filozoficzne oraz religijne ochrony roślin i zwierząt – wybrane zagadnienia*, Prace Naukowe Wydz. Prawa, Administracji i Ekonomii Uwr, Wrocław 2016.
- Klementowski M.L., *O odpowiedzialności karnej zwierząt i ich udziale w karze w średnio-wiecznej i wczesnonowożytnej Europie*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2002.
- Kulik M., Mozgawa M., *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6.
- Kwaśnicka K., *Odpowiedzialność administracyjna w prawie ochrony środowiska*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Lipiński A., *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005.

- Łętowska E., *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja*, [w:] A. Szpunar (red.), *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, Wyd. UŁ, Łódź 1997.
- Magalhães-Sant'Ana M., Olsson I.A.S., Sandoe P., Millar K., *How ethics is taught by European veterinary faculties: A review of published literature and web resources*, [w:] C.M.R. Casabona, L.E. San Epifanio, A.E. Cirión (red.), *Global food security: Ethical and legal challenges*, Wageningen 2010.
- Main D.C.J., Thornton P., Kerr K., *Teaching animal welfare science, ethics and law to veterinary students in the United Kingdom*, „Journal of Veterinary Medical Education” 2005, nr 32.
- Majewski A., *Prawa człowieka a prawa zwierząt*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, nr 13.
- Morgan C.A., *Stepping up to the plate: Animal welfare, veterinarians and ethical conflicts*, dysertacja, Uniwersytet Kolumbii Brytyjskiej, Vancouver 2009.
- Motyka K., *Zwierzęta na ławie oskarżonych i ich prawa (człowieka?)*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Wyd. TNOiK, Toruń 2004.
- Nazar M., *Normatywna dereifikacja zwierząt – aspekty cywilnoprawne*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2002.
- Paczuski R., *Prawo ochrony środowiska*, Oficyna Wydawnicza Bratna, Bydgoszcz 1996.
- Palandt O., Heinrichs H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, wyd. 78, Monachium 2019.
- Parchomiuk J., *Nadużycie prawa w prawie administracyjnym*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Petrażycki L., *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 1, PWN, Warszawa 1959; t. 2, PWN, Warszawa 1960.
- Radecki W., *Ustawy o ochronie zwierząt, o doświadczeniach na zwierzętach – z komentarzem*, Difin, Warszawa 2007.
- Rogala-Walczyńska S., *Prawnokarna ochrona zwierząt*, „Prokurator” 2009, nr 3–4 (39–40).
- Rollin B.E., *An introduction to veterinary medical ethics: theory and cases*, Ames 2006.
- Tochowicz S., *Psychologiczna teoria prawa Leona Petrażyckiego*, „ZN WSP w Bydgoszczy. Studia Psychologiczne” 1990, nr 7.
- Stelmasiak J., *Administracyjnoprawne aspekty ochrony zwierząt*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawna ochrona zwierząt*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2002.
- Verrinder J.M., Ostini R., Phillips C.J.C., *Differences in moral judgement on animal and human ethic issues between university students in animal-related, human medical and arts programs*, „PLoS ONE” 2016, nr 11.

Summary

Animal cruelty cases and reaction to them vs. professional ethics of veterinary surgeons: ethical and legal doubts

Key words: animals, animal cruelty, veterinary medicine, veterinary professional ethics, moral philosophy, deontology.

Veterinary surgeons are representatives of the profession of public trust, and their behavior must comply with the principles of professional ethics, among which responding to cases of lack of welfare or animal cruelty can be found. The aim of the work is to indicate the debatable facts, such as statutory acts and deontological choices (and possible errors) combined with possible abuse of animals, and conflicts with the professional ethics standards which may arise from these situations. Doubts and disputes of a normative and moral nature in relation to various spheres of activity of veterinary surgeons concerning animal protection and animal cruelty are analyzed and presented. Deontological and *de lege ferenda* postulates, as well as conclusions in the field of moral philosophy are presented.

Anna Maria Hernacka-Janikowska

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-2393-8950

Znieważenie symboli i znaków państwowych – aspekty prawno-politologiczne

Wprowadzenie

Symbole narodowe odgrywają niezwykle istotną rolę w życiu społecznym, kulturowym i politycznym. Widoczne są w przestrzeni publicznej i często stanowią przedmiot dyskursu społeczno-politycznego. Ponadto są elementarną częścią wychowania obywatelskiego¹.

Szacunek wobec symboli narodowych jest przejawem nie tylko właściwej postawy obywateli, ale stanowi również obowiązek w myśl obowiązujących przepisów prawa. Rolą symboli narodowych jest wzmacnianie postaw patriotycznych i przynależności narodowej. Symbole państwowe i narodowe poddane są szczególnej ochronie prawnej, ponieważ nie tylko identyfikują państwo wśród pozostałych krajów świata, lecz również stanowią element patriotyczny, łączący obywateli we wspólnocie terytorialnej i kulturowej. Stanowią niezwykle ważny aspekt z perspektywy poczucia tożsamości i przynależności terytorialnej, której elementem jest wspólna symbolika państwowa². Zaznaczyć należy, że symbole państwowe i narodowe podlegają prawnej ochronie, niemniej jednak, jak uznaje Radosław Grabowski, „obok symboli narodowych funkcjonują symbole państwowe, nierzadko zbliżone, a nawet identyczne. Wyróżnia je jednak fakt prawnego uznania za oficjalne symbole określonego państwa”³. Nie tylko państwa posiadają symbole narodowe, ale również organizacje międzynarodowe czy też części elementarne państw – landy, stany. Przykładem symboliki państwowej może być np. godło, flaga, hymn, de-

¹ M. A. Stradowski, *Znaczenie symboli w wychowaniu obywatelskim*, „Seminare. Poszukiwania naukowe” 2013, t. 33, s. 163.

² W. Sobczak, *Język jako wyznacznik tożsamości narodowej w europejskim systemie prawnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 42, s. 406.

³ R. Grabowski, *Polskie symbole narodowe i państwowe. Geneza, ewolucja, stan prawny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2011, t. 87, s. 33.

wiza⁴. Oczywiście w zależności od rozpatrywanego obszaru terytorialnego są one zróżnicowane ze względu na wewnętrzne uregulowania prawne państw. Ponadto struktury polityczne niebędące państwami, jak np. ONZ, NATO czy Czerwony Krzyż, posiadają swoje własne symbole⁵.

Rozwiązania konstytucyjne i prawnokarne

Zgodnie z przepisem art. 28 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. „1. Godłem Rzeczypospolitej Polskiej jest wizerunek orla białego w koronie w czerwonym polu. 2. Barwami Rzeczypospolitej Polskiej są kolory biały i czerwony. 3. Hymnem Rzeczypospolitej Polskiej jest Mazurek Dąbrowskiego. 4. Godło, barwy i hymn Rzeczypospolitej Polskiej podlegają ochronie prawnej. 5. Szczegóły dotyczące godła, barw i hymnu określa ustawa”⁶. Szczegółowe uregulowania dotyczące podmiotów upoważnionych do używania symboli narodowych w poszczególnych okolicznościach zostały zawarte w ustawie z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych⁷. Co więcej, wskazać należy na ochronę Znak Polski Walczącej na mocy ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o ochronie Znak Polski Walczącej⁸.

Symbole narodowe podlegają ochronie prawnej również na mocy przepisów kodeksu wykroczeń. Pomocniczym w tym zakresie staje się przepis art. 49 kodeksu wykroczeń, w którym to stwierdza się w paragrafie 1: „Kto w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekceważenie Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom, podlega karze aresztu albo grzywny”⁹. Przepis paragrafu 2 traktuje z kolei bezpośrednio o symbolach narodowych i zgodnie z nim „tej samej karze podlega, kto narusza przepisy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁰.

Poddając rozważaniom kwestie dotyczące ochrony prawnej symboli narodowych, która została przywołana w powyższych przepisach, należy wskazać rozwiązania prawne przewidziane w kodeksie karnym. Użytecznym w tym zakresie stał się przepis art. 137 § 1 i 2, zgodnie z którym „kto publicznie znieważa, niszczy, uszkadza lub usuwa godło, sztandar, chorągiew, ban-

⁴ S. Sagan, V. Serzhanova, *Symbole państw współczesnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 343, 344, 348, 351.

⁵ Ibidem, s. 353.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1509).

⁸ Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o ochronie Znak Polski Walczącej (Dz.U. z 2014 r., poz. 1062).

⁹ Art. 49 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 821).

¹⁰ Ibidem, art. 49 § 2.

dere, flagę lub inny znak państwowy podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”¹¹. Ponadto, „tej samej karze podlega, kto na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej znieważa, niszczy, uszkadza lub usuwa godło, sztandar, chorągiew, flagę lub inny znak państwa obcego, wystawione publicznie przez przedstawicielstwo tego państwa lub na zarządzenie polskiego organu władzy”¹². Zaznaczyć jednak należy, że przepis artykułu 137 § 2 stosuje się w momencie, gdy państwo obce zapewnia Rzeczypospolitej wzajemność¹³.

Przestępstwo ujęte w art. 137 ma zatem charakter powszechny, bowiem dotyczy każdej osoby. Ma ono również charakter umyślny¹⁴. Dla zaistnienia odpowiedzialności karnej z tytułu znieważenia symbolu narodowego wymagane jest, aby czyn ten był popełniony publicznie¹⁵. Ponadto, istotne jest również poddanie analizie zamiaru dokonania określonej czynności sprawczej. W stosunku do zachowania w postaci niszczenia, uszkadzania lub usuwania, umyślność dokonania tego czynu może mieć postać zamiaru bezpośredniego lub wynikowego. Natomiast w przypadku znieważenia, umyślność czynu identyfikowana jest jedynie z zamiarem bezpośrednim¹⁶.

Wobec powyższych zapisów kodeksu karnego, kult wobec symboli narodowych jest szczególnym przedmiotem ochrony, natomiast pośrednim staje się poczucie godności obywateli¹⁷. Zaznaczyć należy fakt, iż ujęte „znieważenie” w powyższych przepisach odnosi się co prawda do przedmiotów ujętych w ramach art. 137, lecz w istocie czynność ta traktuje o uczuciach osób, które przejawiają szacunek wobec symboli państwowych. Przez znieważenie należy więc rozumieć zademonstrowanie w dowolny sposób przejawu braku szacunku wobec przedmiotu objętego prawną ochroną¹⁸. Przykładem będzie zatem [...] „każda czynność, która oznacza ubliżenie, pohańbienie, wyszydzenie czy zohydzenie. Będzie to więc takie działanie sprawcy, które – w sposób jednoznaczny – będzie okazywaniem przez sprawcę ujemnego stosunku [...] okazywanie mu pogardy czy też deprecjonowanie tego symbolu, a jednocześnie będzie dokonane w obraźliwej formie”¹⁹.

¹¹ Art. 137 § 1 ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1950).

¹² Ibidem, art. 137 § 2.

¹³ Art. 138 § 2.

¹⁴ P. Kardas, *Kodeks karny. Część szczególna*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, s. 199, 202.

¹⁵ Ibidem, s. 201.

¹⁶ Ibidem, s. 202.

¹⁷ M. Budyn-Kulik, *Rozdział XVII. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 388.

¹⁸ O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2003, s. 78

¹⁹ M. Sewastianowicz, *Powstańcza „Kotwica” nie dla każdego i nie wszędzie*, <https://www.prawo.pl/prawo/znak-polski-walczaczej-mozna-uzywac-ale-z-ograniczeniami,453057.html> (data dostępu: 27.10.2019).

Oprócz podjęcia czynności znieważenia, odnaleźć można w zapisach przepisu art. 137 kodeksu karnego czynności polegające na niszczeniu, uszkodzaniu oraz usuwaniu. Również wobec wymienionych form zachowania koniecznym dla penalizacji tych czynności jest ich publiczne dokonanie.

Kolejna czynność sprawcza to niszczenie. Ustawodawca nie podał jednak w art. 137 kodeksu karnego legalnej definicji. Przydatnym w tym obszarze będzie odwołanie się do przepisów art. 288 kodeksu karnego traktującego o zniszczeniu mienia ruchomego. Niszczenie, w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, to czynność polegająca na dokonaniu zmian fizycznych danej rzeczy. Co więcej, przyjmuje się, że czynność wykonawcza w postaci zniszczenia rzeczy to całkowite unicestwienie jej bądź daleko idące uszkodzenie skutkujące tym, że nie przynależy ona już do tego rodzaju, do którego ówczesnie, a więc przed dokonaniem czynu zabronionego, należała²⁰. Z kolei uszkodzenie to naruszenie kształtu rzeczy, jednak bez jej unicestwienia²¹.

Ostatnią czynnością przewidzianą przez ustawodawcę związaną z ochroną symboli narodowych jest przestępstwo usunięcia określonego symbolu. Usunięcie natomiast polega na zabranii symbolu państwowego z miejsca jego ustanowienia²².

Każdy obywatel ma obowiązek przestrzegania prawa oraz szanowania symboli narodowych. Niemniej jednak, nie każde publiczne wykorzystanie symboli narodowych rodzi konsekwencje prawne. Przykład stanowić może postanowienie Sądu Administracyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2008 r. w sprawie kibiców, którzy podczas meczu w stanie nietrzeźwości śpiewali „Polska, Biało-Czerwoni!”. Zgodnie z postanowieniem sądu przejaw takiego zachowania nie stanowi znieważenia symboli narodowych.

W treści dokumentu odnaleźć można następującą argumentację: „Skoro zatem oskarżeni śpiewając w stanie nietrzeźwości »Polska, Biało-Czerwoni« dawali wyraz utożsamiania się z Państwem Polskim, nie sposób – mimo krytycznej oceny ich zachowania – uznać, że jednocześnie ich intencją było znieważenie polskich barw narodowych, nawet w sytuacji, gdy w pewnych fragmentach zdarzenia upuszczali na ziemię polską flagę bądź też ciągnęli ją po ziemi. Brak jest bowiem nie budzących wątpliwości podstaw do przyjęcia, iż w takiej formie chcieli wyrazić pogardę dla flagi państwowej oraz że to stanowiło motywację ich działania”²³. Zgodnie z tym, uczestnicy meczu nie ponosili odpowiedzialności karnej z tytułu znieważenia symboli narodowych z uwagi na fakt, że ich działanie nie było intencjonalne.

²⁰ M. Kulik, *Rozdział XXXV. Przestępstwa przeciwko mieniu*, [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 766.

²¹ Ibidem.

²² K. Wiak, *Część szczególna*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 817.

²³ II AKz 777/08 *Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach*, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-akz-777-08-postanowienie-sadu-apelacyjnego-w-520571465> (data dostępu: 20.10.2019).

Przykłady wykorzystania symboli i znaków państwowych

Wykorzystanie symboli narodowych następuje w określonych okolicznościach, najczęściej podczas uroczystości państwowych. Jednak istnieją sytuacje niemające uroczystego charakteru, w których symbole narodowe są używane.

Przykład stanowią tu różnego rodzaju manifestacje, zgromadzenia oraz strajki wywołane zaistniałą sytuacją społeczno-polityczną. Egzemplifikacją tego był „Marsz Godności”, który odbył się 18 czerwca 2016 r. m.in. w Warszawie²⁴. Powodem dla organizacji powyższego zgromadzenia były próby zastrzeżenia tzw. ustawy antyaborcyjnej oraz likwidacja programu *in vitro*. Uznać zatem można, że była to przyczyna o charakterze politycznym związana z próbą modyfikacji odpowiednich aktów normatywnych, której skutkiem było niezadowolenie społeczne wyrażone poprzez organizację niniejszego marszu.

Wśród wielu haseł i transparentów nawiązujących do przedmiotowej akcji znalazły się i takie, które interpretowane były jako przejaw zniewagi wobec symboli i znaków narodowych²⁵. Uznano wówczas, że uczestnicy i uczestniczki marszu znieważyli znak Polski Walczącej „[...] poprzez publiczne eksponowanie transparentu, na którym widniał przerobiony znak Polski Walczącej, w ten sposób, że u jego dolnych podstaw umieszczono symbole płci [...]”²⁶. Symbol ten został utrwalony w świadomości społecznej i identyfikowany jako „Polka Walcząca”. Osoby oskarżone zostały wyrokiem sądu uniewinnione z uwagi na to, iż – zdaniem sądu – „[...] publiczne eksponowanie transparentu o wskazanej na wstępie treści, w ocenie Sądu nie stanowiło znieważenia Znak Polski Walczącej. Połączenia tego Znak z symbolami płci nie doprowadziło do pomniejszenia jego wartości, jego zdeprecjonowania. Wymowy tego transparentu nie można ocenić jako wulgarnej, prześmiewczej, czy budzącej niesmak. Estetyka eksponowanego transparentu może być oczywiście oceniana rozmaicie, jednak nie sposób tutaj doszukiwać się zamiaru umniejszania wartości, które Znak Polski Walczącej, jako symbol, reprezentuje, czy też lekceważenia tych wartości”²⁷.

²⁴ *Marsz Godności w Warszawie. Organizatorki przypominają: „Prawa człowieka są prawami kobiet”*, „Polityka”, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1665410,1,marsz-godnosc-i-w-warszawie-organizatorki-przypominaja-prawa-czlowieka-sa-prawami-kobiet.read> (data dostępu: 3.10.2019).

²⁵ A. Szczeniak, A. Wójcik, *Polka Nie-podległa uniewinniona! Policja przegrała w sądzie. „Symbol Polski Walczącej dostał nowe życie”*, <https://oko.press/polka-podlegla-uniewinniona-sad-odrzuca-apelacje-policji-symbol-polski-walczacej-dostal-nowe-zycie/> (data dostępu: 3.10.2019).

²⁶ *Ruszył proces ws. znieważenia znaku Polski Walczącej*, <https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1061910,proces-ws-zniewazenia-znaku-polski-walczacej.html> (data dostępu: 13.10.2019).

²⁷ Sygn. akt XI W 1413/17, <https://www.saos.org.pl/judgments/349678> (data dostępu: 13.10.2019).

Ponadto, jak zauważył Piotr Zańko, celem akcji „Polki-Walczącej” było ukazanie trzech jej istotnych kontekstów. Zdaniem autora „Po pierwsze, aktywistki chciały przypomnieć, że symbole narodowe (w tym Znak Polski Walczącej) są dobrem wspólnym wszystkich Polek i Polaków i nie mogą być zawłaszczane przez środowiska prawicowe i skrajnie prawicowe. Po drugie, solidaryzując się z oskarżonymi o znieważenie Znak Polski Walczącej, aktywistkami Zielonych, chciały zaprotestować przeciwko stosowaniu przez instytucje państwowe podwójnych standardów [...]”²⁸. Po trzecie „[...] inicjując akcję »Polki Walczące« chciały również upomnieć się o »kobiece narracje dotyczące powstania warszawskiego – historie działających wówczas powstańców, jak i kobiet cywilnych, które pozostawały w objętej wojną Warszawie«”²⁹.

Inny przykład stanowić może Marsz Równości, który odbył się 8 lipca 2018 r. w Częstochowie. Do prokuratury wpłynęło zgłoszenie o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 137 kodeksu karnego dotyczącego znieważenia symbolu państwowego³⁰. Zawiadomienie dotyczyło symbolu orła białego na tęczowym tle³¹. Prokuratura jednak umorzyła śledztwo uznając, że „przedmiot postępowania nie posiada cech flagi narodowej, może być uznany co najwyżej za transparent”³². Co więcej, wskazano, że „z uwagi na zmianę barw transparentu i orła nie mamy do czynienia z flagą i godłem narodowym”³³. Tęcza, która stanowiła tło dla niniejszego transparentu, stanowi jeden z symboli społeczności LGBT+³⁴. Zaznaczyć jednak należy, że tęcza nie jest jedynym i właściwym symbolem identyfikowanym wyłącznie ze wspomnianym środowiskiem, bowiem zawiera również konotacje o zabarwieniu religijnym oraz mitologicznym. Ponadto symbol sam w sobie lub wpisanie go w inny symbol narodowy nie przesądza o uruchomieniu mechanizmów sankcji karnych wobec osoby, która się nim posługiwała. O negatywnym nastawieniu i silnym identyfikowaniu symbolu tęczy z osobami nieheteronormatywnymi świadczyć może fakt podpalenia w 2013 r. instalacji artystycznej przedstawiającej tęczę na Placu Zbawiciela w Warszawie.

²⁸ P. Zańko, *Pedagogie patriotyzmu*, „Kwartalnik Pedagogiczny” 2018, nr 4 (250), s. 203–204.

²⁹ Ibidem.

³⁰ *Zawiadomienie o znieważeniu symboli narodowych po Marszu Równości*, <https://www.tvn24.pl/polska-i-swiat,33,m/po-marszu-rownosc-szef-mswia-sklada-zawiadomienie-do-prokuratury-polska-i-swiat,852479.html>, (data dostępu: 03.10.2019).

³¹ A. Wójcik, *Orzeł na tęczowym tle to nie zniewaga [analiza prawna]*, <https://oko.press/orzel-na-teczowym-tle-to-nie-zniewaga-analiza-prawna/> (data dostępu: 03.10.2019).

³² *Prokuratura: transparent z orłem na tęczowym tle nie znieważa*, <https://www.rp.pl/Dobra-osobiste/310109953-Prokuratura-transparent-z-orlem-na-teczowym-tle-nie-zniewaza.html> (data dostępu: 03.10.2019).

³³ Ibidem.

³⁴ K. Czajka-Kominiarczuk, *Jak to się stało, że tęcza jest symbolem ruchu LGBTQ?*, „Polityka”, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/ludzieistyle/1792466,1,jak-to-sie-stalo-ze-tecza-jest-symbolem-ruchu-lgbtq.read> (data dostępu: 06.10.2019).

W październiku 2019 r. zakończył się trwający kilka lat proces Jana Kapeli oskarżonego na podstawie art. 49 § 2 kodeksu wykroczeń za przerobienie hymnu. Modyfikacja hymnu państwowego polegała na zmianie słów odnoszących się do antyuchodźczej polityki rządu³⁵.

Autor utworu został uznany dwukrotnie winnym przez sądy dwóch instancji. Kasację do Sądu Najwyższego wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdzając, iż sądy niższych instancji kierowały się automatyzmem przy interpretacji przepisów prawa wobec zaistniałej sytuacji, nie biorąc jednocześnie pod uwagę przesłanek obiektywnych i intencji autora³⁶.

Zdaniem sędziów Sądu Najwyższego „tematyka uchodźców wymaga nagłaśniania”³⁷ oraz że „w sposobie interpretacji Mazurka Dąbrowskiego przez obwinionego nie znajdujemy niczego naganego”³⁸. Ponadto, jak zaznaczyli sędziowie Sądu Najwyższego, „tylko czyn społecznie szkodliwy może być uznany za wykroczenie, a manifestacja autora tekstu nie była społecznie szkodliwa”³⁹.

Opinia społeczna wobec symboli narodowych

Interesujące są również badania przeprowadzone przez Centrum Badań Opinii Społecznej dotyczące wykorzystywania symboli narodowych – 46% ankietowanych uznało, że symbole narodowe, flaga i godło, są wykorzystywane we właściwy sposób, 32% udzieliło odpowiedzi wskazującej na nadużywanie tych symboli, natomiast 15% odpowiedzi związanych było ze zbyt rzadkim ich eksponowaniem⁴⁰.

Inne pytanie dotyczyło również wykorzystywania symboli narodowych w sytuacjach zarówno oficjalnych jak i nieoficjalnych. Zdecydowana większość, tj. 82% respondentów zgadzało się na wykorzystywanie symboli narodowych podczas oficjalnych uroczystości państwowych. Równie przychylne odpowiedzi dotyczyły używania symboli narodowych przez kibiców w trakcie zawodów sportowych. 45% ankietowanych zdecydowanie aprobuje taką formę wykorzystywania flagi i godła podczas imprez sportowych.

³⁵ E. Siedlecka, *Jaś Kapela nie sprofanował hymnu tylko wystąpił w interesie publicznym*, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1928486,1.jas-kapela-nie-sprofanowal-hymnu-tylko-wystapil-w-interesie-publicznym.read> (data dostępu: 17.10.2019).

³⁶ Ibidem.

³⁷ K. Żaczekiewicz-Zborska, *SN: Zmiana słów hymnu narodowego nie jest przestępstwem*, <https://www.prawo.pl/prawo/zmiana-slow-hymnu-narodowego-jest-dozwolona-wyrok-sn,488372.html> (data dostępu: 17.10.2019).

³⁸ Ibidem.

³⁹ *Jaś Kapela nie sprofanował...* (data dostępu: 17.10.2019).

⁴⁰ *Wykorzystywanie symboli narodowych i patriotycznych*, Centrum Badań Opinii Społecznej, nr 133/2017, Warszawa 2017, s. 2.

Kontrowersje budzi jednak wykorzystywanie symboli narodowych przez demonstrantów w trakcie manifestacji politycznych. 32% ankietowanych jest raczej przeciwna takiej formie używania symboli, a 18% respondentów jest temu zdecydowanie przeciwna. Natomiast 14% badanych zdecydowanie akceptuje wykorzystanie symboli państwowych w manifestacjach politycznych, a 27% raczej to aprobuje⁴¹.

Badaniom poddano również opinie dotyczące nie tylko godła i flagi, ale również znaku Polski Walczącej. Według Centrum Badania Opinii Społecznej „[...] Polacy są zdecydowanie bardziej sceptycznie nastawieni wobec używania znaku Polski Walczącej, niż flagi i godła. Jedynie jego pojawienie się w trakcie oficjalnych uroczystości jest akceptowane przez więcej niż połowę respondentów”⁴². W tym miejscu zaznaczyć również należy fakt, że zgodnie z odpowiedziami ankietowanych, bardziej krytycznie postrzegane jest wykorzystywanie znaku Polski Walczącej niż innych symboli narodowych takich jak np. flaga czy godło⁴³.

Aspekty politologiczne

W optyce politologicznej istotna jest również analiza obecności i wykorzystywania symboli narodowych przez partie polityczne. Nierzadko są one przedmiotem sporu, w którym jedna partia zarzuca partii opozycyjnej niewłaściwe ich używanie⁴⁴.

Niemniej jednak w obecnym dyskursie dotyczącym symboli narodowych narracja dotycząca nadużywania niniejszej symboliki zauważalna jest zarówno u osób o poglądach lewicowych oraz prawicowych. Wyraźny związek z deklarowanymi poglądami politycznymi w korelacji z wykorzystywaniem symboli narodowych wskazało Centrum Badania Opinii Społecznej. Zdaniem CBOS „[...] osoby o poglądach prawicowych wyraźnie rzadziej twierdzą, że symbole narodowe są nadużywane (uważa tak 27% z nich), niż zwolennicy centrum (36%) i lewicy (34%). Znajduje to odzwierciedlenie w opiniach badanych podzielonych według elektoratów partyjnych: potencjalni wyborcy Prawa i Sprawiedliwości rzadziej niż sympatycy innych ugrupowań są zdania, że symbole narodowe są nadużywane (27%), a relatywnie częściej, że są eksponowane zbyt rzadko (21%)”⁴⁵.

⁴¹ Ibidem, s. 4.

⁴² Ibidem, s. 7.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Przykład stanowić może wypowiedź Grzegorza Schetyny związana z obchodami Święta Wojska Polskiego, *Schetyna oskarża PiS o wykorzystywanie symboli narodowych do polityki*, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/grzegorz-schetyna-o-obchodach-swieta-wojska-polskiego/7jx82g2> (data dostępu: 6.10.2019).

⁴⁵ *Wykorzystywanie symboli narodowych...*, s. 2.

Istotnym aspektem politologicznym jest zbadanie przesłanek wykorzystywania symboli narodowych w konkretnych okolicznościach. Biorąc pod uwagę zaprezentowane wyżej w treści artykułu zdarzenia uznać można, że twórcom zależało przede wszystkim na doniosłości i widoczności (zarówno medialnej, jak i publicznej) zjawiska i problemu, które podnosili w ramach uczestnictwa w manifestacji. Widoczność ta jest znaczącą częścią życia społecznego i politycznego obywateli i decydentów politycznych.

Ważnym elementem jest też istotność tematu, w którym manifestujący posługują się symbolami państwowymi. Oczywiście o doniosłości zaistniałego zjawiska powinna świadczyć społeczna reakcja na określone zdarzenie np. w postaci manifestacji. Niemniej jednak, uwypuklenie problematyki poprzez włączenie do niej symboliki narodowej, zyskuje większą siłę oddziaływania na społeczeństwo. Elizabeth Ellsworth posługiwała się w tym kontekście terminem *anomalous places of learning*, które przetłumaczyć można jako „miejsca nietypowego uczenia się”⁴⁶. Być może manifestacje prezentujące pewien społeczny wydźwięk otaczającej rzeczywistości, który bywa problematyczny w jednoznacznej ocenie, okazały się dobrą sytuacją dla edukacji związanej z wartościami, różnorodnością i złożonością świata społecznego, jak również zrozumienia patriotyzmu w różnych jego odsłonach.

Innym kluczowym elementem jest oddziaływanie na społeczeństwo i na opinię publiczną. Celem jest najczęściej refleksja nad zaistniałym problemem społecznym. Jak zauważył jeden z autorów, „spektakle teatru politycznego badają i oceniają konkretne procesy społeczne, edukacyjne, ekonomiczne i polityczne”⁴⁷. To właśnie niektóre sytuacje życia publicznego, nierzadko poprzez przybieranie kontrowersyjnych form przekazu, mogą wpływać na emocje i świadomość społeczną, kształtując postawy obywatelskie.

Symbole pełnią funkcje komunikacyjne, są nośnikami wartości, idei. Budują poczucie tożsamości i utrwalają tradycje historyczne⁴⁸. Ponadto, są użyteczne w określeniu dychotomii „moja grupa” vs. „obca grupa”.

Jak wskazał Krzysztof Jaskułkowski „symbole pomagają również wyznaczyć wyraźną granicę między grupą własną a obcą. Jednostki identyfikują się zatem z narodem, ponieważ dostarcza on pozytywnej tożsamości i podnosi samoocenę, a nie ze względu na wymierne korzyści czy sprawne funkcjonowanie instytucji politycznych, społecznych, ekonomicznych”⁴⁹. Zatem krytyka skierowana wobec symboli narodowych (jak również religijnych) interpretowana jest w sposób atakujący indywidualne poczucie wartości, z którymi identyfikują się jednostki.

⁴⁶ P. Zańko, *Pedagogie patriotyzmu*, s. 194 za: E. Ellsworth, *Places of Learning: Media, Architecture, Pedagogy*, Routledge, New York.

⁴⁷ Ibidem, s. 205.

⁴⁸ *Znaczenie symboli w wychowaniu...*, s. 159.

⁴⁹ K. Jaskułkowski, *W obronie krzyża. Rzecz o używaniu i nadużywaniu symboli w polityce*, „Dyskurs. Pismo Naukowo-Artystyczne ASP we Wrocławiu” 2013, nr 16, s. 89–90.

Symbole państwowe są coraz częściej zauważalne w przestrzeni publicznej. Wykorzystywane są nie tylko podczas uroczystości państwowych, ale także w sytuacjach nieoficjalnych. Nierzadko obecność symboli narodowych budzi wątpliwości co do słuszności ich wykorzystania, a to z kolei determinuje możliwość zastosowania instrumentów karnych.

Na uwagę zasługuje również fakt, że przedmiot ochrony ujęty w przepisach prawa karnego może przybierać dualną formę. Z jednej strony można rozpatrywać przepis art. 137 w ujęciu wąskim wskazując na poszczególne i indywidualne symbole narodowe zarówno Rzeczypospolitej Polskiej, jak i innych krajów. Z drugiej natomiast, przedmiotem ochrony w szerokim aspekcie jest ochrona Rzeczypospolitej Polskiej. Z uwagi na to, ustawodawca zawarł omawiany przepis w rozdziale XVII kodeksu karnego traktującego o przestępstwach przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁰.

Należy zwrócić również szczególną uwagę na kontekst pojawienia się określonego symbolu bądź znaku narodowego. Jak zaprezentowano na powyższych przykładach, nawet modyfikacja symbolu bądź znaku nie przesądza o zaistnieniu czynu zabronionego. Możliwe jest bowiem przerabianie symboli i znaków narodowych jedynie w taki sposób, aby nie doprowadziło to do ich znieważenia.

Natomiast istnieje możliwość przedstawienia sytuacji związanych z penalizowaniem zachowań, w których wykorzystano symbol narodowy bądź znak Polski Walczącej przy jednoczesnym braku jego modyfikacji. Przytoczyć tu można przykład firmy, która oferowała kupującym kije bejsbolowe, na których widniał znak Polski Walczącej. Zdaniem Sądu stanowi to przejaw znieważenia symbolu i znaku prawnie chronionego. Ponadto przedmioty te, wobec których orzeczono przepadek, można kwalifikować jako broń białą⁵¹. W uzasadnieniu wyroku odnaleźć można zapis traktujący o tym, że „istotą znieważającego działania obwinionego było wykorzystanie i publiczne rozpowszechnianie chronionego Znak Polski Walczącej na przedmiocie, którego posiadanie jest zabronione i który dodatkowo budzi w społeczeństwie zdecydowanie negatywne skojarzenia z przestępczością i przemocą, a zatem taki, który absolutnie nie powinien stanowić nośnika symboli otaczanych ogólnonarodową czcią”⁵².

⁵⁰ A. Kilińska-Pekacz, *Prawnokarna ochrona symboli państwowych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, nr 4, s. 5.

⁵¹ *Kije baseballowe z symbolem Polski Walczącej. Jest decyzja sądu*, <https://www.wprost.pl/kraj/10066879/Kije-baseballowe-z-symbolem-Polski-Walczacej-Jest-decyzja-sadu.html> (data dostępu: 27.10.2019).

⁵² *Powstańcza „Kotwica”...*

Podsumowanie i proponowane kierunki zmian

Współcześnie symbolika narodowa jest wykorzystywana bardzo często w rozmaitych kontekstach. Podnieść jednak należy, że sprzeczne z prawem wykorzystywanie symboli i znaków narodowych, obarczone jest sankcją karłą. Postulować należy w tym kierunku o podwyższenie świadomości społecznej, co do wykorzystywania symboli narodowych. W wyniku kontroli Najwyższej Izby Kontroli przeprowadzonej w 2005 r. i sporządzonym przez nią raporcie dotyczącym używania symboli narodowych przez organy administracji publicznej odczytać można, że „Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia sposób używania symboli państwowych przez organy administracji publicznej”⁵³.

Zaprezentowane powyżej przykłady świadczą o tym, że każda sytuacja związana z wykorzystaniem symbolu bądź znaku narodowego, powinna być rozpatrywana indywidualnie. Sądy każdorazowo powinny dogłębnie zbadać intencje i celowość używania niniejszych symboli i znaków. Nie zawsze bowiem ich wykorzystanie będzie rodziło skutki prawne w kontekście przepisów kodeksu karnego. Tak samo nie każda modyfikacja symbolu i/lub znaku będzie podstawą do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy czynu na mocy przepisów karnych.

De lege ferenda postulować należy o właściwą delimitację zachowań, w których wykorzystywane są symbole narodowe. Używanie symbolu bądź znaku narodowego, np. w czasie manifestacji, której to kontekst wiąże się ściśle z obecną bądź zmieniającą się sytuacją prawnopolityczną, nie zawsze jest przejawem braku szacunku i pogardy wobec symboliki narodowej. Może stanowić to wyraz ukazania głosu obywateli w dyskursie publicznym, w którym to symbole te są wykorzystywane. Zaznaczyć jednak należy niezwykle istotną kwestię – sytuacje, w których dochodzi do używania symbolu i znaku narodowego, jak np. manifestacje, co do których istnieje domniemanie przekroczenia ich prawnokarnej ochrony, powinno być indywidualnie ocenione.

Konstatacją niech będą słowa Ewy Łętowskiej: „Bardziej uchybia szacunkowi do symboli narodowych ich trywializacja handlowa, niż niewulgarna parafraza”⁵⁴.

⁵³ Informacja o wynikach kontroli używania symboli państwowych przez organy administracji publicznej, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2005, s. 10.

⁵⁴ E. Łętowska, Prof. Łętowska o Kapeli: „Bardziej uchybia szacunkowi do symboli narodowych ich trywializacja handlowa, niż niewulgarna parafraza”, <https://oko.press/prof-letowska-znacznie-bardziej-uchybia-szacunkowi-symboli-narodowych-trywializacja-handlowa-niz-niewulgarna-parafraza/> (data dostępu: 06.01.2020).

Wykaz literatury

- Budyn-Kulik M., *Rozdział XVII. Przepięstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Czajka-Kominiarczyk K., *Jak to się stało, że tęcza jest symbolem ruchu LGBTQ?*, „Polityka”, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/ludzieistyle/1792466,1,jak-to-sie-stalo-ze-tecza-jest-symbolem-ruchu-lgbtq.read>.
- Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. Arche, Gdańsk 2003.
- Grabowski R., *Polskie symbole narodowe i państwowe. Geneza, ewolucja, stan prawny*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2011, t. 87.
- Kardas P., *Kodeks karny. Część szczególna*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Kilińska-Pękacz A., *Prawnokarna ochrona symboli państwowych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, nr 4.
- Kulik M., *Rozdział XXXV. Przepięstwa przeciwko mieniu*, [w:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Łętowska E., *Prof. Łętowska o Kapeli: „Bardziej uchybia szacunkowi do symboli narodowych ich trywializacja handlowa, niż niewulgarna parafraza”*, <https://oko.press/prof-letowska-znacznie-bardziej-uchybia-szacunkowi-symboli-narodowych-trywializacja-handlowa-niz-niewulgarna-parafraza/>.
- Marsz Godności w Warszawie. Organizatorki przypominają: „Prawa człowieka są prawami kobiet”, „Polityka”, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1665410,1,marsz-godnosci-w-warszawie-organizatorki-przypominaja-prawa-czlowieka-sa-prawami-kobiet.read>.
- Prokuratura: transparent z orłem na tęczowym tle nie znieważa*, <https://www.rp.pl/Dobra-osobiste/310109953-Prokuratura-transparent-z-orlem-na-teczowym-tle-nie-zniewaza.html>.
- Ruszył proces ws. znieważenia znaku Polski Walczącej*, <https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1061910,proces-ws-zniewazenia-znaku-polski-walczacej.html>.
- Sagan S., Serzhanova V., *Symbole państw współczesnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 343.
- Schetyna oskarża PiS o wykorzystywanie symboli narodowych do polityki*, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/grzegorz-schetyna-o-obchodach-swiet-woj-ska-polskiego/7jx82g2>.
- Sewastianowicz M., *Powstańca „Kotwica” nie dla każdego i nie wszędzie*, <https://www.prawo.pl/prawo/znak-polski-walczacej-mozna-uzywac-ale-z-ograniczeniami,453057.html>.
- Siedlecka E., *Jaś Kapela nie sprofanował hymnu tylko wystąpił w interesie publicznym*, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1928486,1,jas-kapela-nie-sprofanowal-hymnu-tylko-wystapil-w-interesie-publicznym.read>.
- Sobczak W., *Język jako wyznacznik tożsamości narodowej w europejskim systemie prawnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 42.
- Stradowski M.A., *Znaczenie symboli w wychowaniu obywatelskim*, „Seminare. Poszukiwania naukowe” 2013, t. 33.

- Szczęśniak A., Wójcik A., *Polka Nie-podległa uniewinniona! Policja przegrała w sądzie*. „Symbol Polski Walczącej dostał nowe życie”, <https://oko.press/polka-podlegla-uniewinniona-sad-odrzuca-apelacje-policji-symbol-polski-walczacej-dostal-nowe-zycie/>.
- Wiak K., *Część szczególna*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Wójcik A., *Orzeł na tęczowym tle to nie zniewaga [analiza prawna]*, <https://oko.press/orzel-na-teczowym-tle-to-nie-zniewaga-analiza-prawna/>.
- Wykorzystywanie symboli narodowych i patriotycznych*, Centrum Badania Opinii Społecznej, nr 133/2017, Warszawa 2017.
- Zańko P., *Pedagogie patriotyzmu*, „Kwartalnik Pedagogiczny” 2018, nr 4 (250).
- Zańko P., *Pedagogie patriotyzmu* za: E. Ellsworth, *Places of Learning: Media, Architecture, Pedagogy*, Routledge, New York.
- Zawiadomienie o znieważeniu symboli narodowych po Marszu Równości*, <https://www.tvn24.pl/polska-i-swiat,33,m/po-marszu-rownosci-szef-mswia-sklada-zawiadomienie-do-prokuratury-polska-i-swiat,852479.html>.
- Żaczekiewicz-Zborska K., *SN: Zmiana słów hymnu narodowego nie jest przestępstwem*, <https://www.prawo.pl/prawo/zmiana-slow-hymnu-narodowego-jest-dozwolona-wyrok-sn,488372.html>.

Summary

Insult of symbols and state signs – legal and political aspects

Key words: criminal law, manifestations, legal liability, modification symbols and signs, case law.

Symbols and national symbols are legally protected goods, including under the provisions of the Penal Code. They are not only symbols in themselves, but they carry with them values, culture, history of the nation, they are a carrier of identity and belonging. National symbols are increasingly visible in public space. They are also often the subject of public discourse. The issue of their use is noticeable not only during official state ceremonies, but also noticeable at the time of manifestations caused, for example, by an attempt to implement legislative changes that have met with social dissatisfaction. The aim of the article is to present the legal and political aspects of insulting symbols and national signs. The article has a dual character. The first part deals with criminal law aspects of the protection of state symbols and signs. The second concerns political aspects. As part of this part, examples of socio-political manifestations were presented in which national symbols were used and transformed. The conclusions of this article relate in particular to deepening reflection on the demarcation of legally prohibited and permitted acts that are associated with the use of national symbols and state symbols.

Kazimiera JuszkaUniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie
ORCID: 0000-0002-8466-1716**Karol Juszka**Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie
ORCID: 0000-0001-7547-2449

Analiza przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw jako metoda badawcza wykonywania czynności kryminalistycznych

Wstęp

Od początku powstania kryminalistyki organy ścigania zwracały się do przedstawicieli nauki o stworzenie sposobów, metod i środków wykrywania sprawców przestępstw. Odpowiadając na to zapotrzebowanie, nauka na przestrzeni lat wyodrębniła grupę osób, którzy w sposób naukowy i profesjonalnie odpowiadali na pytania organów ścigania. Przedmiotowe odpowiedzi były opracowane na podstawie badań i doświadczeń nauk przyrodniczych, technicznych a następnie prawnych. Z czasem wyniki przedmiotowych badań i doświadczeń doprowadziły do ukształtowania czynności kryminalistycznych służących do wykrywania sprawców przestępstw. Dalszy rozwój naukowy i badawczy wypracowywał zalecenia kształtującej się techniki, taktyki, strategii i metodyki kryminalistycznej, które podkreślały, po pierwsze, konieczność przestrzegania kolejności przeprowadzania poszczególnych czynności kryminalistycznych. Następnie kształtowano zalecenia dotyczące etapów wykonywania konkretnej czynności. Kolejnym przedmiotem zaleceń było prawidłowe wykonywanie czynności organów ścigania w ramach przedmiotowych etapów czynności. Niniejsze zalecenia są w szczególności zawarte w metodyce przeprowadzenia danej czynności, które obecnie obowiązują jako akty prawne wydane przez Komendanta Głównego Policji.

Powstawanie i rozwój poszczególnych czynności kryminalistycznych prowadzi do stopniowego kształtowania się metod badawczych przeprowadzania każdej z tych czynności oraz sposobów analizy wyników ich wykonania

a także wpływu przedmiotowych wyników na dalszy tok postępowania karnego i kształt prawomocnego wyroku.

Tadeusz Hanausek trafnie podkreślał, że metoda w rozumieniu taktyki kryminalistycznej to celowo stosowany zespół czynności i środków, który dzięki konsekwencji, specyficznym, wzajemnym relacjom poszczególnych elementów wchodzących w skład tego zespołu oraz adekwatności jego zastosowań pozwala na optymalną realizację założonych celów¹.

Kierując się wskazaną wyżej definicją T. Hanauska, celem artykułu jest przedstawienie stosowanej w kryminalistyce jakościowej metody badawczej polegającej na analizie decyzji organów ścigania dotyczących prowadzenia czynności kryminalistycznych na przykładzie przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw przez wszystkie etapy wykonywania tej czynności.

Prezentacja metody badawczej

Prezentację tytułowej metody badawczej należy rozpocząć od wyznaczenia zakresu czynności, które mogą być zastosowane w ramach tej metody. Niniejszymi czynnościami są czynności procesowo-kryminalistyczne, np. oględziny², okazanie³, eksperyment⁴, konfrontacja⁵ oraz czynności kryminalistyczne, np. wizja lokalna⁶.

¹ T. Hanausek, *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Warszawa 1994, s. 53–54.

² K. Juszka, *Jakość czynności kryminalistycznych*, Lublin 2007; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych na wykrywalność sprawców zabójstw*, Kraków 2013; K. Juszka, K. Juszka, *Nieprzestrzeganie taktyki przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw skutkujące wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 137–147; K. Juszka, K. Juszka, *Studies vetting the observance of rules for conducting forensic evidence by inspection in killing cases in Poland*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 3.2., s. 121–130; E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, K. Juszka, *Przestanki bezpieczeństwa w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, „Zeszyty Naukowe Collegium Balticum Szczecińskiej Szkoły Wyższej” 2016, s. 68–76; K. Juszka, K. Juszka, *Specyfika oględzin w cyberprzestrzeni*, [w:] W.A. Kasprzak, I.A. Jaroszewska, A. Opalska (red.), *Cybercrimes*, Szczecin 2016, s. 55–61; K. Juszka, K. Juszka, *Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach zabójstw w Polsce*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, nr 65(4), s. 214–224; K. Juszka, *Propozycje kierunków zmian w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczecin 2015, s. 529–536; K. Juszka, K. Juszka, *Oględziny w wykrywaniu sprawców zabójstw w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Przegląd Policyjny” 2015, nr 2, s. 77–83; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy sposobu przeprowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 535–549; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin procesowo-kryminalistycznych w sprawach zabójstw w propozycjach własnych reformy prawa karnego*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 384–390; K. Juszka, *Efektywność oględzin na przykładzie studium przypadku*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, Warszawa 2012, s. 385–388; K. Juszka, *Wybrane problemy oględzin*

Po określeniu zakresu czynności przeprowadza się czynności przygotowawcze, do których należy analiza literatury i orzecznictwa dotyczących wykonywania czynności kryminalistycznych, analiza obowiązujących przepisów procesowych oraz zaleceń taktyki kryminalistycznej dotyczących badanej czynności, analiza metodyk przeprowadzania badanej czynności zawartej w przepisach międzynarodowych oraz ich wpływu na polski porządek prawny, analiza obowiązującej w Polsce metodyki przeprowadzania badanej czynności, analiza dotychczas przeprowadzonych badań⁷, własnych doświadczeń i przemyśleń dotyczących podejmowanej czynności oraz przygotowanie kwestionariusza do badań akt na podstawie wyników powyższych analiz.

Stosowanie tytułowej metody po przeprowadzeniu czynności przygotowawczych wymaga przejścia przez następujące etapy: wybór czynności organów ścigania podejmowanych w ramach poszczególnych etapów wykonywania czynności na podstawie wyników analiz przygotowawczych, przeprowadzenie pilotażowych badań akt na podstawie przygotowanego kwestionariusza, analiza wyników pilotażowych badań akt, ewentualne zmiany w kwestionariuszu w analizie wyników badań pilotażowych, przeprowadzenie głównych badań akt na podstawie przygotowanego kwestionariusza po badaniach pilotażowych, analizę wyników głównych badań akt, przedstawienie wniosków końcowych, przedstawienie postulatów *de lege lata* i postulatów *de lege ferenda* dotyczących zmian w obowiązujących przepisach lub zaleceniach

i wykrywania sprawców zabójstw, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość prawa karnego*, Olsztyn 2011, s. 612–617; K. Juszka, *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 4, s. 47–56; K. Juszka, *Perspektywa doskonalenia systemu wykrywalności sprawców przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8, s. 219–230; K. Juszka, *Jakość oględzin kryminalistycznych w wybranych publikacjach Józefa Gurgula*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Lure et facto. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi*, Kraków 2006, s. 49–55; K. Juszka, *Stan jakości wybranych czynności kryminalistycznych*, [w:] R. Jaworski, M. Szostak (red.), *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla*, Wrocław 2005, s. 255–265.

³ K. Juszka, K. Juszka, *Research issues pertaining to the methodology of performing a police lineup in Poland*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 3.1., s. 13–21; K. Juszka, *Zasady procesowe i kryminalistyczne a powtarzalność okazania w praktyce*, „Problemy Kryminalistyki” 2009, nr 269, s. 34–39; K. Juszka, *Zasada prawdy materialnej, a sugestia w okazaniu*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 1, s. 23–31.

⁴ K. Witkowska, *Wyniki oględzin a eksperyment procesowy w postępowaniu karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 3, s. s. 55–63.

⁵ K. Juszka, *Problematyka badawcza metodyki przeprowadzenia konfrontacji procesowo-kryminalistycznej w Polsce*, „Problemy Kryminalistyki” 2016, nr 291, s. 3–6; K. Juszka, *Problematyka dokumentacji konfrontacji*, „Prokurator” 2010, nr 3, s. 68–77; K. Juszka, E. Żywucka-Kozłowska, *Utylitarny charakter konfrontacji*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 2, s. 33–41; K. Juszka, E. Żywucka-Kozłowska, *Orzecznictwo podstawy sposobu przeprowadzenia eksperymentu, okazania, konfrontacji w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 527–534.

⁶ K. Juszka, E. Żywucka-Kozłowska, *Wizja wizji lokalnej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2006, t. X, s. 249–255.

⁷ Por. K. Juszka, *Jakość czynności...*, K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin...*

taktyki kryminalistycznej lub postulatów zmiany praktyki stosowania w ramach obowiązujących przepisów i zaleceń.

Przechodząc do tytułowej czynności należy podkreślić, że oględziny w sprawach zabójstw to najważniejsza na miejscu zdarzenia⁸ czynność kryminalistyczna (wymagająca metodyki kryminalistycznej)⁹, wykonywana w razie potrzeby¹⁰, której celem jest utrwalenie stanu przedmiotu oględzin, zabezpieczenie dowodów dla sądu a następnie ich identyfikacji, czyli stwierdzenia na podstawie badań porównawczych materiału dowodowego (zabezpieczonego na miejscu oględzin) i materiału porównawczego (wzorcowego), czy w szczególności badane materiały są takie same czy te same oraz czy wykazują cechy grupowe lub indywidualne¹¹.

Oględziny w sprawach zabójstw są przykładem zastosowania tytułowej metody badawczej, w odniesieniu do której należy przeprowadzić zaprezentowane wyżej czynności przygotowawcze i etapy zastosowania metody badawczej. Należy także uwzględnić specyfikę przeprowadzania tej czynności jako pierwszej w kolejności i najważniejszej czynności na miejscu zdarzenia.

W ramach przedstawionych w niniejszym artykule czynności przygotowawczych należy wskazać, że podstawami prawnymi przeprowadzenia oględzin w sprawach zabójstw są: przepisy procesowe (kodeks postępowania karnego), zalecenia taktyki kryminalistycznej, przepisy zawarte w przedsięwzięciach ENFSI poświęconych opracowaniu europejskiego wzorca badań miejsca zdarzenia, procedury postępowania zamieszczone w akcie prawnym o nazwie Procedury postępowania Policji podczas organizowania i przeprowadzania oględzin miejsca przestępstwa, wprowadzone przez Komendanta Głównego Policji dnia 7 sierpnia 2001 r. (Komenda Główna Policji – praca zbiorowa), zarządzenia i wytyczne Komendanta Głównego Policji od dnia 23 grudnia 2004 r. wraz z obecnie obowiązującymi Wytycznymi nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 30 sierpnia 2017 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów (Dz. Urz. KGP z dnia 7 września 2017 r., poz. 59).

⁸ K. Juszka, *Skanowanie 3D...*, s. 117; K. Juszka, *Jakość oględzin kryminalistycznych w wybranych publikacjach...*, s. 49; K. Juszka, *Efektywność oględzin...*, s. 385.

⁹ S. Pikulski, *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Białystok 1997, s. 17–18; K. Juszka, *Jakość czynności...*, s. 21; K. Juszka, *Zasady dokumentacji...*, s. 47; K. Witkowska, *Oględziny. Aspekty procesowe i kryminalistyczne*, Warszawa 2013, s. 37.

¹⁰ D. Karczmarska, *Wskazania kryminalistyki a prawo dowodowe*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicum et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, Warszawa 2011, s. 563–564; J. Gurgul, *Refleksje porównawcze o wykrywaniu zabójców na tle doświadczeń krajowych i amerykańskich*, „Problemy Kryminalistyki” 2001, nr 232, s. 11.

¹¹ Por. T. Hanausek, *Kryminalistyka*, Kraków 2009, s. 40–41; S. Pikulski, M. Kaliszczak, *Nowa metoda kryminalistycznej identyfikacji zwłok ludzkich*, Szczytno 1998, s. 14; A. Taracha, *Wykorzystanie śladów daktyloskopijnych w realizacji funkcji wykrywczej przez Policję*, [w:] E. Gruza, M. Goc, T. Tomaszewski (red.), *Co nowego w kryminalistyce-przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2010, s. 346; H. Kolečki, *Dowód identyczności nie musi być dowodem sprawstwa*, „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 76; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 535–536.

Wskazanymi w celu wystąpienia etapami przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw są: etap czynności przygotowawczych¹², etap czynności szczegółowych, który dzieli się na etap statyczny¹³ i etap dynamiczny¹⁴ oraz ostatni etap: etap analizy¹⁵.

Do oryginalnego wyboru czynności organów ścigania w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw jako etapów stosowania tytułowej metody należą: skład grupy oględzinowej (prokurator, policjanci, medyk sądowy, technik kryminalistyczny)¹⁶, izolacja miejsca oględzin¹⁷, podział na fazy oględzin¹⁸, procesowe zabezpieczenie przedmiotu oględzin za pomocą protokołu (m.in. podpisanie każdej karty protokołu oględzin miejsca, stosowanie prawi-

¹² T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 84–85, 134–135; Por. S. Pikulski, *Podstawowe...*, s. 205; S. Pikulski, *Zabójstwo z zaskroby*, Warszawa 1990, s. 409; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 74–75; J. Mazepa (red.), *Vademecum technika kryminalistyki*, Warszawa 2008, s. 22.

¹³ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 86; J. Kasprzak, B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Warszawa 2006, s. 191–192; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008, s. 215; M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2009, s. 432; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 74–75; W. Kędziński (red.), *Technika kryminalistyczna*, t.1, Szczytno 2007, s. 104.

¹⁴ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 87; E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka...*, s. 215; M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, *Kryminalistyka...*, s. 427; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 74–75; W. Kędziński (red.), *Technika...*, s. 104; J. Mazepa (red.), *Vademecum...*, s. 24.

¹⁵ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 87; M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, *Kryminalistyka...*, s. 276, 434–435; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady kryminalistyczne. Ujawnianie, zabezpieczenie, wykorzystanie*, Warszawa 2007, s. 446–447; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 74–76; J. Mazepa (red.), *Vademecum...*, s. 24; W. Kędziński (red.), *Technika...*, s. 104.

¹⁶ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 84–85; S. Pikulski, *Zabójstwo...*, s. 442; S. Pikulski, *Podstawowe...*, s. 196–202; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 451; M. Całkiewicz, *Oględziny zwłok i miejsca ich znalezienia*, Warszawa 2010, s. 51–52; J. Gurgul, *O organizacyjnych i psychologicznych problemach oględzin miejsca z perspektywy doświadczeń praktyka*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 269, s. 32–33; J. Gurgul, *Planowanie postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1, s. 155; J. Gurgul, *Osobowe aspekty oględzin szczególnie miejsca i zwłok*, [w:] M. Lisiecki, M. Zajder (red.), *Procesowo-kryminalistyczne czynności dowodowe*, Szczytno 2003, s. 67; J. Gurgul, *Standardy postępowania dla kierującymi oględzinami miejsca zdarzenia. Próba komentarza*, cz. I, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 10, s. 120; J. Gurgul, *Znaczenie taktyki kryminalistycznej*, „Problemy Kryminalistyki” 1985, nr 168, s. 188; K. Juszka, K. Juszka, *Nieprzestrzeganie taktyki...*, s. 139–140; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 70–72; K. Juszka, *Propozycje...*, s. 530; K. Juszka, K. Juszka, *Specyfika oględzin...*, s. 55–56; K. Juszka, K. Juszka, *Oględziny w wykrywaniu...*, s. 78; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 536–537, 540; K. Juszka, *Perspektywa...*, s. 221.

¹⁷ J. Gurgul, *Refleksje...*, s. 11; M. Całkiewicz, *Oględziny zwłok...*, s. 25–26; K. Juszka, K. Juszka, *Przesłanki bezpieczeństwa...*, s. 72–74; E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, *Oględziny...*, s. 2; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 518–519; K. Witkowska, *Wartość dowodowa oględzin zwłok*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10, s. 134.

¹⁸ S. Pikulski, *Zabójstwo...*, s. 409–410; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 445; K. Juszka, *Propozycje...*, s. 532–533; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 520–522; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 537–541.

dłowego nazewnictwa)¹⁹, techniczne zabezpieczenie przedmiotu oględzin (fotografia²⁰, film²¹, szkice²², metryczki²³, pomiary²⁴), użycie psa tropiącego²⁵, czynności medyka sądowego w ramach oględzin zwłok na miejscu zdarzenia

¹⁹ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 87, 223–224; B. Holyst (red.), *Nowa technika przedstawiania terenu*, „Kryminalistyka na świecie” 2013, nr 1, s. 143–144; S. Pikulski, *Podstawowe...*, s. 94–95; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 461–462; M. Goc, J. Kasprzak, *Mianownictwo przedmiotów oględzin*, Legionowo 1997, s. 5; E. Gruza, *Oględziny śledcze miejsca zdarzenia w praktyce procesowej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 1996, nr 1, s. 122–126; T. Tomaszewski, *Zmiany w kodeksie postępowania karnego (stan na dzień 1 lipca 2003 r.) – aspekty kryminalistyczne*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2005, t. IX, s. 45; M. Calkiewicz, *Oględziny zwłok...*, s. 46–47, 153–163; J. Gurgul, *Uwagi o wykrywalności i czynnościach śledczych w sprawach o zabójstwa*, wyd. II, Opole 2010, s. 36, 38; J. Gurgul, *Karnoprocesowe i pomostowe aspekty podpisywania protokołu*, [w:] H. Kolecki (red.), *Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Mirosławowi Owocowi*, Poznań 2008, s. 48; J. Gurgul, *Oceń dowodów w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2001, s. 141; J. Gurgul, *Procesowo-kryminalistyczne aspekty oględzin w sprawach o zabójstwa*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1476; J. Gurgul, *Osobowe...*, s. 60; A. Leciak, *Oględziny miejsca zdarzenia, utrwalanie ich przebiegu i wyników w nowym k.p.k. oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Szczytno 1999, s. 24–26; K. Juszka, K. Juszka, *Oględziny w wykrywaniu...*, s. 78–79; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 536; K. Juszka, *Propozycje...*, s. 531–533; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 520, 522–523; K. Juszka, *Skanowanie 3D...*, s. 117–122; K. Juszka, *Efektywność oględzin...*, s. 386; K. Juszka, *Jakość oględzin...*, s. 54; K. Juszka, *Zasady dokumentacji...*, s. 48–50; K. Juszka, *Stan jakości...*, s. 260; K. Witkowska, *Oględziny...*, s. 333; K. Witkowska, *Procesowe aspekty utrwalania przebiegu i wyników oględzin*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5, s. 29–33, 37; D. Sielicki, *Nowoczesne metody protokolowania czynności sądowych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, t. LXI, s. 14; M. Fudalej, *Protokół oględzin sądowo-lekarskich końca XX wieku – rewolucja cyfrowa z nami czy bez nas*, „Problemy Kryminalistyki” 1998, nr 221, s. 37–38; M. Andrzejkowicz, *Analogowe a cyfrowe zapisywanie obrazu i dźwięku dla celów procesowych*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki. Toruń 5–7 maja 2004 r.*, Toruń 2004, s. 237–241.

²⁰ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 130–132; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 466; J. Moszczyński, *Wykorzystanie metod fluorescencyjnych w daktyloskopii*, „Problemy Kryminalistyki” 1996, nr 211, s. 37–48; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 539; H. Malewski, *Oględziny w praktyce policji litewskiej*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Szczytno 1999, s. 219; K. Witkowska, *Procesowe...*, s. 41; K. Witkowska, *Oględziny...*, s. 332, 347, 360; A. Szajowska, *Dokumentowanie czynności technicznych w czasie oględzin miejsca zdarzenia w praktyce angielskiej*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Szczytno 1999, s. 86.

²¹ M. Kulicki, *Podsumowanie*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Szczytno 1999, s. 274; M. Calkiewicz, *Oględziny zwłok...*, s. 46–47; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 539; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 520; J. Gurgul, *Oględziny – niektóre aspekty teoretyczne i praktyczne*, „Problemy Kryminalistyki” 1995, nr 207, s. 26; A. Leciak, *Utrwalenie przebiegu i wyników oględzin miejsca zdarzenia*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 9, s. 109.

²² M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 470; H. Malewski, *Oględziny...*, s. 219; M. Calkiewicz, *Oględziny zwłok...*, s. 64; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 539; M. Betlejewski, *Szkice kryminalistyczne-tendencje zmian*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Szczytno 1999, s. 122–124; K. Witkowska, *Procesowe...*, s. 41; A. Szajowska, *Dokumentowanie...*, s. 86.

²³ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 87; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 539; J. Tulisza, *Policyjne oględziny miejsca przestępstwa*, Słupsk 2005, s. 27–28.

²⁴ K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 539; J. Mazepa (red.), *Vademecum...*, s. 29–32.

²⁵ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 87, 134–135; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 519–520; J. Gurgul, *Śledztwa w sprawach o zabójstwa*, Warszawa 1977, s. 76.

jako członka grupy oględzinowej (określenie tożsamości zwłok, identyfikacja zwłok, których tożsamości nie ustalono, ułożenie zwłok, zabezpieczenie przedmiotów ujawnionych przy zwłokach kwestia rozebrania zwłok, rysopis zwłok oraz stanu poszczególnych części ciała, określenie znamion śmierci, określenie czasu zgonu, opisanie obrażeń widocznych na zwłokach, opis innych destrukcyjnych działań innych czynników, określenie przypuszczalnej przyczyny zgonu, opisanie przypuszczalnie użytego narzędzia przestępstwa)²⁶, ocena i selekcja materiału dowodowego²⁷, kwestia oględzin uzupełniających²⁸, kwestia oględzin powtórnych²⁹.

²⁶ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 94, 96, 134–135, 154; B. Hołyst (red.), *Daktyloskopia*, „Kryminalistyka na świecie” 2012, nr 2 (3), s. 111–117; S. Pikulski, *Zabójstwo...*, s. 413–416; S. Pikulski, M. Kaliszczak, *Nowa...*, s. 20–22; I. Sołtyszewski, B. Młodziejowski, R. Płoski, W. Pepiński, J. Jonica, *Kryminalistyczne i sądowo-lekarskie metody identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich*, „Problemy Kryminalistyki” 2003, nr 239, s. 8; M. Kulicki, *Normy kodeksu postępowania karnego i kryminalistyczne reguły realizacji czynności dowodowych*, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewiczza*, Toruń 2004, s. 222; J. Moszczyński, *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych. Przyczyny i zakres stosowania subiektywnych ocen w wybranych metodach identyfikacji człowieka*, Olsztyn 2011, s. 185–186; M. Goc, J. Moszczyński, *Ślady...*, s. 211–214, 235–236, 448; R.A. Stefański, *Oględziny i otwarcie zwłok jako czynności procesowe*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 3, s. 29–30; M. Całkiewicz, *Oględziny zwłok...*, s. 25–26, 56–64, 73–89; M. Całkiewicz, *Oględziny zwłok w polskiej praktyce śledczej na podstawie badań aktowych*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Wybrane problemy procesu karnego i kryminalistyki*, Olsztyn 2010, s. 54, 56, 59; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, s. 536, 540–541; E. Żywucka-Kozłowska, K. Juszka, *Oględziny...*, s. 2, 4–5; K. Juszka, *Propozycje...*, s. 531; K. Juszka, *Zmiany...*, s. 518; K. Juszka, *Skanowanie 3D...*, s. 117; K. Juszka, *Zasady dokumentacji...*, s. 49; J. Gurgul, *O organizacyjnych...*, s. 32–33; J. Gurgul, *Osobowe...*, s. 58–68; J. Gurgul, *Refleksje...*, s. 11; J. Jerzewska, *Od oględzin do opinii biegłego. Poradnik dla prowadzących postępowanie karne*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 39, 47; K. Witkowska, *Wartość dowodowa...*, s. 134; K. Witkowska, *Oględziny...*, s. 51, 91, 217, 222, 227, 249; L. Cześnin, *Kryminalistyczna problematyka oględzin ze szczególnym uwzględnieniem oględzin zwłok*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2011, t. XV, s. 29–31; L. Bednarski, *Znaczenie kazuistyki w identyfikacji charakteru zdarzenia i zwłok na miejscu ich znalezienia w przypadku śmierci gwałtownej*, „Problemy Kryminalistyki” 2007, nr 256, s. 77; S. Matuszewski, *Katalog owadów przydatnych do ustalania czasu śmierci w lasach Polski. Część I: Wprowadzenie*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 267, s. 14; B. Wojciechowski, *Wykorzystanie profilu psychologicznego sprawcy zabójstwa w procesie karnym*, [w:] *Dowody w procesie karnym. Nowe rozwiązania i niewykorzystane możliwości. Ogólnopolska Konferencja naukowa w dniach 10–11 maj 2005 r.*, Uniwersytet Śląski, Wydział Prawa i Administracji, Katowice 2005, s. 20–25.

²⁷ J. Gurgul, *Ocena dowodów...*, s. 136.

²⁸ K. Juszka, *Zmiany...*, s. 523.

²⁹ T. Hanausek, *Kryminalistyka...*, s. 130; A. Taracha, *O istocie i zakresie pojęcia „czynności niepowtarzalne” w polskim procesie karnym*, „Annales UMCS” 1980, Sectio G Ius, nr XXVII, s. 188–189; J. Moszczyński, *Obszary subiektywizmu w badaniach identyfikacyjnych. Wybrane zagadnienia*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomocnicze w postępowaniu karnym*, Olsztyn 2009, s. 48; K. Juszka, *Propozycje...*, s. 534; K. Juszka, *Perspektywa...*, s. 220; J. Gurgul, *Osobowe...*, s. 61; J. Gurgul, *Standardy...*, s. 127; M. Lisiecki, J. Jagużewska, *Efektywność wykorzystania śladów kryminalistycznych w procesie wykrywczym i dowodowym w sprawach przestępstw na tle seksualnym-refleksje i wnioski w świetle teorii i praktyki*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki. Toruń 5–7 maja 2004 r.*

Kolejne etapy zastosowania tytułowej metody badawczej dotyczącej oględzin w sprawach zabójstw (badania aktowe, analiza wyników badań aktowych, postulaty de lege lata i de lege ferenda) pokrywają się z przedstawionymi w niniejszej prezentacji etapami dotyczącymi czynności kryminalistycznych.

Badania własne, które przeprowadzono z wykorzystaniem tytułowej metody, obejmują analizę 90 spraw karnych w sprawach zabójstw w toku postępowań prowadzonych w powszechnych jednostkach organizacyjnych sądownictwa i prokuratury z lat 2000–2010. W niniejszych 90 sprawach wykonano 251 oględzin, w tym 110 oględzin miejsca zdarzenia, 20 oględzin zwłok, 29 oględzin osoby oraz 92 oględzin rzeczy. Podstawą analizy był kształt tej czynności w polskim porządku prawnym. Przed przeprowadzeniem badań należało wziąć pod uwagę fakultatywność wykonywania oględzin oraz brak statystyk badanej czynności dotyczących liczebności poszczególnych rodzajów oględzin (miejsca, zwłok, osoby, rzeczy). Przedmiotem badań były oględziny przeprowadzone w sprawach zabójstw (art. 148 k.k.) Narzędziem badawczym był kwestionariusz zawierający 40 wytycznych dotyczących tytułowej problematyki, opracowany na podstawie analizy literatury przedmiotu, przedstawionych wyżej aktów prawnych oraz własnych przemyśleń. Niniejszy kwestionariusz obejmował zarówno cechy ilościowe, jak i jakościowe. Dzięki temu było możliwe dogłębne poznanie problemu. W konsekwencji zaprezentowano propozycje działań zmieniających przepisy i praktykę stosowania tej czynności w obowiązującym stanie prawnym, odnoszącej się zarówno do kwestii procesowych jak i taktycznych.

Podsumowanie i wnioski

Podsumowując, analiza akt spraw dotycząca przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw jest jakościową kryminalistyczną metodą badawczą wykonywania czynności kryminalistycznych. W przedmiotowych sprawach akta losowano, przy czym losowanie odbywało się metodą nazywaną w badaniach statystycznych metodą losowania zespołowego wieloetapowego³⁰. Jest ona powszechnie stosowana w naukach społecznych. Pierwszy etap badań polegał na określeniu trzech warstw, tj. miejsca przeprowadzania badań według właściwości miejscowej (sądy okręgowe należące do obszaru właściwości Sądu Apelacyjnego w Krakowie oraz prokuratury należące do obszaru właściwości Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie), czasu wyznaczonego przez

Toruń 2004, s. 208; K. Witkowska, *Wykorzystanie wyników oględzin w realizacji celów i zadań postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 4, s. 102–104; M. Lech, F. Reś, *Jak uniknąć kontaminacji*, [w:] I. Sołyszewski (red.), *Badania biologiczne. Aktualne zagadnienia biologii kryminalistycznej*, Warszawa 2002, s. 30.

³⁰ R. Zasepa, *Metoda reprezentacyjna*, Warszawa 1972, s. 17, 23.

sygnaturę akt i wpisania sprawy do repertorium sądu (2000–2010) oraz zakresu, czyli w przypadku niniejszych badań stanowiącego oględziny w sprawach zabójstw z art. 148 k.k. Te trzy warstwy – czas, miejsce i zakres z pierwszego etapu – stanowiły materiał do drugiego etapu losowania, tzw. prostego losowania warstwowego. Ten drugi etap polegał na tym, że każde z akt znajdujących się w poszczególnej „warstwie” mogło być wylosowane i to z jednakowym prawdopodobieństwem. Objęcie niniejszą analizą wszystkich etapów przeprowadzenia tytułowych oględzin powiązane z zastosowaniem metody losowania zespołowego wieloetapowego gwarantuje osiągnięcie znacznych efektów poznawczych oraz użytecznych także ze względu na fakt, że zebrany materiał badawczy pochodził z różnych sądów okręgowych należących do obszaru właściwości Sądu Apelacyjnego w Krakowie i prokuratur należących do właściwości Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie (pierwsza warstwa – miejsce). Tym samym uniknięto oceny przeprowadzania oględzin przez poszczególne jednostki organizacyjne sądów i prokuratur. Kompleksowe objęcie i analiza wszystkich etapów przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw umożliwia określenie ich wpływu na dalszy tok postępowania oraz kształt prawomocnego wyroku.

Wykaz literatury

- Andrzejkowicz M., *Analogowe a cyfrowe zapisywanie obrazu i dźwięku dla celów procesowych*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki. Toruń 5–7 maja 2004 r.*, Toruń 2004.
- Bednarski L., *Znaczenie kazuistyki w identyfikacji charakteru zdarzenia i zwłok na miejscu ich znalezienia w przypadku śmierci gwałtownej*, „Problemy Kryminalistyki” 2007, nr 256.
- Betlejewski M., *Szkice kryminalistyczne-tendencje zmian*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Wyd. WSPol., Szczytno 1999.
- Całkiewicz M., *Oględziny zwłok i miejsca ich znalezienia*, Poltext, Warszawa 2010.
- Całkiewicz M., *Oględziny zwłok w polskiej praktyce śledczej na podstawie badań aktowych*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Wybrane problemy procesu karnego i kryminalistyki*, Wyd. volumina.pl, Olsztyn 2010.
- Cześnin L., *Kryminalistyczna problematyka oględzin ze szczególnym uwzględnieniem oględzin zwłok*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2011, t. XV.
- Fudalej M., *Protokół oględzin sądowo-lekarskich końca XX wieku-rewolucja cyfrowa z nami czy bez nas*, „Problemy Kryminalistyki” 1998, nr 221.
- Goc M., Moszczyński J., *Ślady kryminalistyczne. Ujawnianie, zabezpieczenie, wykorzystanie*, Difin, Warszawa 2007.
- Goc M., Kasprzak J., *Mianownictwo przedmiotów oględzin*, Wyd. Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, Legionowo 1997.
- Gruza E., Goc M., Moszczyński J., *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Wyd. Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008.

- Gruza E., *Oględziny śledcze miejsca zdarzenia w praktyce procesowej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 1996, nr 1.
- Gurgul J., *O organizacyjnych i psychologicznych problemach oględzin miejsca z perspektywy doświadczeń praktyka*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 269.
- Gurgul J., *Uwagi o wykrywalności i czynnościach śledczych w sprawach o zabójstwa*, wyd. II, Prometeusz, Opole 2010.
- Gurgul J., *Karnoprocesowe i pomostowe aspekty podpisywania protokołu*, [w:] H. Kołeccki (red.), *Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Mirosławowi Owocowi*, Wyd. Poznańskie, Poznań 2008.
- Gurgul J., *Planowanie postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1.
- Gurgul J., *Osobowe aspekty oględzin szczególnie miejsca i zwłok*, [w:] M. Lisiecki, M. Zajder (red.), *Procesowo-kryminalistyczne czynności dowodowe*, Wyd. WSPol., Szczytno 2003.
- Gurgul J., *Ocena dowodów w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2001.
- Gurgul J., *Refleksje porównawcze o wykrywaniu zabójców na tle doświadczeń krajowych i amerykańskich*, „Problemy Kryminalistyki” 2001, nr 232.
- Gurgul J., *Standardy postępowania dla kierującymi oględzinami miejsca zdarzenia. Próba komentarza*, cz. I, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 10.
- Gurgul J., *Oględziny – niektóre aspekty teoretyczne i praktyczne*, „Problemy Kryminalistyki” 1995, nr 207.
- Gurgul J., *Znaczenie taktyki kryminalistycznej*, „Problemy Kryminalistyki” 1985, nr 168.
- Gurgul J., *Procesowo-kryminalistyczne aspekty oględzin w sprawach o zabójstwa*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10.
- Gurgul J., *Śledztwa w sprawach o zabójstwa*, Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW, Warszawa 1977.
- Hanausek T., *Kryminalistyka*, Wolter Kluwer, Kraków 2009.
- Hanausek T., *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1994.
- Holyst B. (red.), *Nowa technika przedstawiania terenu*, „Kryminalistyka na świecie” 2013, nr 1.
- Holyst B. (red.), *Daktyloskopia*, „Kryminalistyka na świecie” 2012, nr 2 (3).
- Jerzewska J., *Od oględzin do opinii biegłego. Poradnik dla prowadzących postępowanie karne*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Juszka K., Juszka K., *Nieprzestrzeganie taktyki przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw skutkujące wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Juszka K., Juszka K., *Studies vetting the observance of rules for conducting forensic evidence by inspection in killing cases in Poland*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 3(2).
- Juszka K., Juszka K., *Research issues pertaining to the methodology of performing a police lineup in Poland*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018, nr 3(1).
- Juszka K., Juszka K., *Specyfika oględzin w cyberprzestrzeni*, [w:] W.A. Kasprzak, I.A. Jaroszevska, A. Opalska (red.), *Cybercrimes*, Wyd. volumina.pl, Szczecin 2016.
- Juszka K., *Problematyka badawcza metodyki przeprowadzenia konfrontacji procesowo-kryminalistycznej w Polsce*, „Problemy Kryminalistyki” 2016, nr 291.
- Juszka K., Juszka K., *Oględziny w wykrywaniu sprawców zabójstw w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Przegląd Policyjny” 2015, nr 2.

- Juszk K., Juszk K., *Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach zabójstw w Polsce*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, nr 65(4).
- Juszk K., Juszk K., *Doktrynalne podstawy sposobu przeprowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, ElSet, Olsztyn 2015.
- Juszk K., *Propozycje kierunków zmian w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Wyd. WSPol., Szczytno 2015.
- Juszk K., Żywucka-Kozłowska E., *Orzecznice podstawy sposobu przeprowadzenia eksperymentu, okazania, konfrontacji w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, ElSet, Olsztyn 2015.
- Juszk K., *Zmiany w kształcie oględzin procesowo-kryminalistycznych w sprawach zabójstw w propozycjach własnych reformy prawa karnego*, [w:] I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego. Księga po Zjeździe Młodych Karnistów*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Juszk K., *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych na wykrywalność sprawców zabójstw*, Wyd. UJ, Kraków 2013.
- Juszk K., *Problematyka potrzeby przeprowadzenia oględzin a postulat maksymalnej określoności przepisu*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Juszk K., *Skanowanie 3D w realizacji zasad efektywnego przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta Kolečkiego*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydz. Prawa i Administracji UW, Warszawa 2013.
- Juszk K., *Efektywność oględzin na przykładzie studium przypadku*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, Warszawa 2012.
- Juszk K., *Wybrane problemy oględzin i wykrywania sprawców zabójstw*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Gracka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość prawa karnego*, ElSet, Olsztyn 2011.
- Juszk K., *Problematyka dokumentacji konfrontacji*, „Prokurator” 2010, nr 3.
- Juszk K., *Perspektywa doskonalenia systemu wykrywalności sprawców przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8.
- Juszk K., *Zasada prawdy materialnej, a sugestia w okazaniu*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 1.
- Juszk K., *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 4.
- Juszk K., *Zasady procesowe i kryminalistyczne a powtarzalność okazania w praktyce*, „Problemy Kryminalistyki” 2009, nr 269.
- Juszk K., Żywucka-Kozłowska E., *Utylitarny charakter konfrontacji*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 2.
- Juszk K., *Jakość czynności kryminalistycznych*, Oficyna Wydawnicza Verba, Lublin 2007.
- Juszk K., *Jakość oględzin kryminalistycznych w wybranych publikacjach Józefa Gurgula*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Iure et facto. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi*, Inst. Ekspertyz Sądowych, Kraków 2006.
- Juszk K., Żywucka-Kozłowska E., *Wizja wizji lokalnej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2006, tom X.

- Juszka K., *Stan jakości wybranych czynności kryminalistycznych*, [w:] R. Jaworski, M. Szostak (red.), *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kęgla*, Katedra Kryminalistyki Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii UW, Wrocław 2005.
- Karczmarska D., *Wskazania kryminalistyki a prawo dowodowe*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicum et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Kasprzak J., Młodziejowski B., Brzęk W., Moszczyński J., *Kryminalistyka*, Difin, Warszawa 2006.
- Kędzierski W. (red.), *Technika kryminalistyczna*, t. 1, wyd. WSPol., Szczytno 2007.
- Kolecki H., *Dowód identyczności nie musi być dowodem sprawstwa*, „Palestra” 2002, nr 3–4.
- Kulicki M., V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stęпка, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Wyd. UMK, Toruń 2009.
- Kulicki M., *Normy kodeksu postępowania karnego i kryminalistyczne reguły realizacji czynności dowodowych*, [w:] A. Marek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, Wyd. TNOiK, Toruń 2004.
- Kulicki M., *Podsumowanie*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Wyd. WSPol., Szczytno 1999.
- Lech M., Reś F., *Jak uniknąć kontaminacji*, [w:] I. Solyszewski (red.), *Badania biologiczne. Aktualne zagadnienia biologii kryminalistycznej*, Wyd. CLK KGP, Warszawa 2002.
- Leciak A., *Oględziny miejsca zdarzenia, utrwalanie ich przebiegu i wyników w nowym k.p.k. oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Wyd. WSPol., Szczytno 1999.
- Leciak A., *Utrwalenie przebiegu i wyników oględzin miejsca zdarzenia*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 9.
- Lisiecki M., Jaguszewska J., *Efektywność wykorzystania śladów kryminalistycznych w procesie wykryczym i dowodowym w sprawach przestępstw na tle seksualnym – refleksje i wnioski w świetle teorii i praktyki*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki. Toruń 5–7 maja 2004 r.*, Toruń 2004.
- Malewski H., *Oględziny w praktyce policji litewskiej*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Wyd. WSPol., Szczytno 1999.
- Matuszewski S., *Katalog owadów przydatnych do ustalania czasu śmierci w lasach Polski. Część I: Wprowadzenie*, „Problemy Kryminalistyki” 2010, nr 267.
- Mazepa J. (red.), *Vademecum technika kryminalistyki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Moszczyński J., *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych. Przyczyny i zakres stosowania subiektywnych ocen w wybranych metodach identyfikacji człowieka*, Wyd. UWM, Olsztyn 2011.
- Moszczyński J., *Obszary subiektywizmu w badaniach identyfikacyjnych. Wybrane zagadnienia*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski (red.), *Kryminalistyka i inne nauki pomostowe w postępowaniu karnym*, Print Group, Olsztyn 2009.
- Moszczyński J., *Wykorzystanie metod fluorescencyjnych w daktyloskopii*, „Problemy Kryminalistyki” 1996, nr 211.
- Pikulski S., Kaliszczyk M., *Nowa metoda kryminalistycznej identyfikacji zwłok ludzkich*, Wyd. WSPol., Szczytno 1998.

- Pikulski S., *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Temida 2, Białystok 1997.
- Pikulski S., *Zabójstwo z zazdrości*, ASW, Warszawa 1990.
- Sielicki D., *Nowoczesne metody protokolowania czynności sądowych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2004, t. LXI.
- Sołtyszewski I., Młodziejowski B., Płoski R., Pepiński W., Jonica J., *Kryminalistyczne i sądowo-lekarskie metody identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich*, „Problemy Kryminalistyki” 2003, nr 239.
- Stefański R.A., *Oględziny i otwarcie zwłok jako czynności procesowe*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 3.
- Szajowska A., *Dokumentowanie czynności technicznych w czasie oględzin miejsca zdarzenia w praktyce angielskiej*, [w:] M. Zajder, M. Goc (red.), *Nowoczesność oględzin procesowo-kryminalistycznych*, Wyd. WSPol., Szczytno 1999.
- Taracha A., *Wykorzystanie śladów daktyloskopijnych w realizacji funkcji wykrywczej przez Policję*, [w:] E. Gruza, M. Goc, T. Tomaszewski (red.), *Co nowego w kryminalistyce-przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydz. Prawa i Administracji UW, Warszawa 2010.
- Taracha A., *O istocie i zakresie pojęcia „czynności niepowtarzalne” w polskim procesie karnym*, „Annales UMCS” 1980, Sectio G Ius, nr XXVII.
- Tomaszewski T., *Zmiany w kodeksie postępowania karnego (stan na dzień 1 lipca 2003 r.) – aspekty kryminalistyczne*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2005, t. IX.
- Tuliszka J., *Policyjne oględziny miejsca przestępstwa*, Wyd. Niebieski, Słupsk 2005.
- Witkowska K., *Oględziny. Aspekty procesowe i kryminalistyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Witkowska K., *Procesowe aspekty utrwalania przebiegu i wyników oględzin*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5.
- Witkowska K., *Wartość dowodowa oględzin zwłok*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 10.
- Witkowska K., *Wykorzystanie wyników oględzin w realizacji celów i zadań postępowania karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 4.
- Witkowska K., *Wyniki oględzin a eksperyment procesowy w postępowaniu karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2009, nr 3.
- Wojciechowski B., *Wykorzystanie profilu psychologicznego sprawcy zabójstwa w procesie karnym*, [w:] *Dowody w procesie karnym. Nowe rozwiązania i niewykorzystane możliwości. Ogólnopolska Konferencja naukowa w dniach 10–11 maj 2005 r.*, Katowice 2005.
- Zasępa R., *Metoda reprezentacyjna*, PWE, Warszawa 1972.
- Żywucka-Kozłowska E., Juszka K., Juszka K., *Przesłanki bezpieczeństwa w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, „Zeszyty Naukowe Collegium Balticum Szczecińskiej Szkoły Wyższej”, Szczecin 2016.

Summary

Analysis of conducting forensic evidence by inspection in killing cases as a research method in carry out the forensic activities

Key words: inspection, qualitative research method, forensic activity, killing cases, detection process.

The aim of the article is to present qualitative research method, which is concentrated on analysis decisions of enforcement agencies. That analysis is concerned on forensic activity for example for conducting forensic evidence by inspection in killing cases. The presentation of the research issues will be analysed from the sequential stages of that inspection.

Danuta Kurzyna-Chmiel
Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0001-9168-5874

Prawo do nauki obcokrajowców – analiza krajowych rozwiązań prawnych w obszarze systemu oświaty

Wstęp

Prawo do nauki jest jednym z podstawowych praw współczesnego człowieka. Każdy może się kształcić. Zarówno prawo międzynarodowe, jak i krajowe regulują te zagadnienia. Przedmiotem rozważań uczyniono zbadanie aktualnego stanu prawnego, dokonano przeglądu poglądów doktryny w zakresie prawa do nauki osób nieposiadających obywatelstwa polskiego. Głównym celem artykułu jest prawna analiza prawa do nauki tych osób. Można zatem zadać pytanie, czy obcokrajowcom przysługują takie same prawa i takie same obowiązki oświatowe jak obywatelom w zakresie korzystania z tego prawa. Zagadnienia te są szczególnie ważne w wymiarze społecznym, gdyż coraz więcej osób na świecie migruje i korzysta ze świadczeń oświatowych w innych krajach. Cel badawczy określa ramy poruszanej tematyki. Na początku zostanie przedstawione prawo do nauki osób niebędących obywatelami polskimi w świetle głównych regulacji prawnomiędzynarodowych. Ocena krajowych rozwiązań prawnych oparta będzie przede wszystkim na regulacji konstytucyjnej, przepisach ustawy Prawo oświatowe i dotyczy systemu oświaty¹. Z uwagi na liczne różnice i cechy specyficzne poza przedmiotem rozważań pozostaną zagadnienia regulowane ustawą Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce².

¹ Ustawa Prawo oświatowe z 14.12.2016 r. (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1148 z późn. zm.).

² Ustawa z 20.07.2018 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 1668).

Prawo do nauki osób niebędących obywatelami polskimi w świetle głównych regulacji prawnomiędzynarodowych

Prawo do nauki ma charakter powszechny, co najprościej oznacza, że przysługuje każdemu. Można powiedzieć też, że dostępność oświaty jest warunkiem *sine qua non* realizacji tego prawa. W literaturze dostęp ten określany jest najczęściej jako uprawnienie do uczestnictwa dzieci, młodzieży i dorosłych w formalnym i nieformalnym nauczaniu, opiece i wychowaniu w różnych instytucjach edukacyjnych, na różnych szczeblach kształcenia³. Pojęcie dostępności ściśle wiąże się też z polityką edukacyjną państwa, które w oparciu o zasady konstytucyjne tworzy obraz systemu oświaty. Na władzach publicznych spoczywa obowiązek zapewnienia powszechnej dostępności do wykształcenia obywatelom (art. 70 ust. 4 Konstytucji)⁴. Dodatkowo „powszechna dostępność oświaty wiąże się ściśle z zasadą równości, która wyznacza reguły, na jakich każdy członek społeczeństwa korzysta z oświaty jako dobra wspólnego”⁵.

Nasz kraj wiąży liczne akty prawa międzynarodowego i europejskiego gwarantujące prawo do nauki wszystkim ludziom. Jako pierwszy z nich można wskazać Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolnościach z dnia 4 listopada 1950 r., a dokładnie art. 2 Protokołu dodatkowego nr 1⁶. Zgodnie z jego treścią „nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki, wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi”⁷. Dokument ten nie precyzuje natomiast kwestii szczegółowych np. wskazań dotyczących konkretnych poziomów nauczania, obowiązkowości nauczania, jego bezpłatności czy powszechności.

Kolejnym, istotnym dokumentem międzynarodowym określającym prawa w dziedzinie oświatowej jest Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych podpisany w dniu 19 grudnia 1966 roku⁸. Zgodnie z art. 13 każdy ma prawo do nauki. Celem nauczania ma być pełen roz-

³ D. Kurzyna-Chmiel, *Oświata jako zadanie publiczne*, Warszawa 2013, s. 47.

⁴ Zob. na ten temat: A. Szczechowicz, *Kilka uwag o odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce*, „Studia Publicznoprawne” 2019, nr 43, s. 325.

⁵ Podaję za: D. Kurzyna-Chmiel, *Oświata jako zadanie...*, s. 53.

⁶ Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r., (Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175).

⁷ Art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie 4.11. 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁸ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169, 3 Art.13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169).

wój osobowości i poczucia godności ludzkiej, uszanowanie praw i podstawowych wolności człowieka. Nauka powinna umożliwiać efektywny udział w wolnym społeczeństwie, rozwijać zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami i wszystkimi grupami rasowymi, etnicznymi lub religijnymi, jak również popierać działalność ONZ na rzecz utrzymania pokoju. Podkreślono, że nauczanie podstawowe ma być obowiązkowe, bezpłatne i dostępne dla wszystkich.

Natomiast stosownie do art. 28 Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w Nowym Jorku w dniu 20 listopada 1989 r.⁹ państwa – strony Konwencji – uznają prawo dziecka do nauki, a w celu realizacji tego prawa na zasadzie równych szans, zobowiązują się uczynić nauczanie podstawowe obowiązkowym i bezpłatnym dla wszystkich, wsparcie różnorodnych form szkolnictwa średniego, jak też podjęcie kroków na rzecz zapewnienia regularnego uczęszczania do szkół oraz zmniejszenia wskaźnika porzucania nauki¹⁰. W dokumencie tym pojawiają się też inne elementy dookreślające prawa do nauki, przykładowo: udostępnianie wszystkim dzieciom informacji i poradnictwa szkolnego i zawodowego, dołożenie starań, aby dyscyplina szkolna była stosowana w sposób zgodny z ludzką godnością dziecka i Konwencją o Prawach Dziecka.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka zawiera treści gwarantujące bezpłatną edukację dla każdego na poziomie „przynajmniej podstawowym”. Według jej postanowień art. 26 ust. 1, „każdy ma prawo do nauki, która ma być bezpłatna przynajmniej w zakresie szkoły podstawowej. Wykształcenie ma na celu wszechstronny rozwój osobowości, ugruntowanie szacunku dla praw człowieka i podstawowych wolności. Rodzice mają prawo pierwszeństwa w wyborze rodzaju wykształcenia dla swoich dzieci”¹¹. Akt ten nie ma prawnie wiążącego charakteru i chociaż stanowi jedynie dokument o charakterze deklaracyjnym, to jego rola w definiowaniu praw człowieka jest niepodważalna.

Także Konwencja w Sprawie Zwalczania Dyskryminacji w Dziedzinie Oświaty sporządzona w Paryżu w dniu 15 grudnia 1960 r.¹², porusza wiele wątków dotyczących kształcenia. Jej głównym przesłaniem jest przeciwdziałanie dyskryminacji w dostępie do nauki ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, wyznanie, język, światopogląd, narodowość, poglądy polityczne, sytuację materialną czy urodzenie. Celem oświaty powinien być pełny rozwój osobowości ludzkiej i ugruntowanie poszanowania praw człowieka i podstawo-

⁹ Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

¹⁰ 2 Art. 28 Konwencji ONZ o Prawach Dziecka z 20.11.1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

¹¹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta 10.12.1948 r. (Dz. U. z 1960 r. Nr 40, poz. 268), http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf.

¹² Dz. U. z 1964 r. Nr 40, poz. 268.

wych swobód. Oświata ma sprzyjać wzajemnemu zrozumieniu, tolerancji i przyjaźni między wszystkimi narodami, grupami rasowymi i wyznaniowymi, a także rozwojowi działalności ONZ na rzecz utrzymywania pokoju. Za niedopuszczalne uznano uniemożliwianie obcokrajowcom dostępu do bezpłatnej nauki na poziomie podstawowym. Jeśli chodzi zaś o wyższe poziomy kształcenia, zadeklarowano jedynie, że nauka ma być dostępna na poziomie średnim i wyższym.

W prawie europejskim w zakresie prawa do nauki szczególne znaczenie, zwłaszcza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, odgrywa art. 14 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 12 grudnia 2007 r.¹³ Według niego każdy ma prawo do nauki, a także dostępu do kształcenia zawodowego i ustawicznego. Prawo to obejmuje możliwość korzystania z bezpłatnej nauki obowiązkowej przez każdego, z czego można wnosić, że kwestia obywatelstwa nie ma tu znaczenia. Podkreśla się też wolność tworzenia placówek edukacyjnych z właściwym poszanowaniem zasad demokratycznych i prawa rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem religijnymi, filozoficznymi i pedagogicznymi oraz z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tej wolności i tego prawa.

Podsumowując główną regulację dotyczącą prawa do nauki w kontekście podmiotowym można zauważyć, że akty prawa międzynarodowego najczęściej posługują się ogólnym zwrotem „prawo do nauki przysługuje każdemu”, uwypuklając tym samym powszechność tego prawa jako prawa człowieka. Przynależność państwowa nie jest uznawana za warunek korzystania z niego. Dokumenty te „podkreślają humanistyczne cele, które mają prowadzić do wszechstronnego, zgodnego z możliwościami intelektualnymi i fizycznymi rozwoju jednostki, która dzięki edukacji może świadomie kształtować rzeczywistość społeczną zgodnie z uznanymi w prawie międzynarodowym prawami człowieka, wolnościami i swobodami”¹⁴.

Analiza prawna głównych rozwiązań krajowych w zakresie prawa do nauki osób nieposiadających obywatelstwa polskiego

Rozwiązania konstytucyjne wynikają z przyjęcia przez nasz kraj licznych zobowiązań prawno-międzynarodowych. Centralne miejsce w prawie krajowym w zakresie gwarancji prawa do nauki obcokrajowców (osób niepo-

¹³ Art. 14 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.UE.C.2007.303.1).

¹⁴ Cyt. za D. Kurzyna-Chmiel, *Prawa w dziedzinie oświaty (edukacji) w wybranych umowach międzynarodowych i prawie UE*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, (red.), *Umowy w administracji*, Wrocław 2008, s. 339.

siadających obywatelstwa polskiego) ma Konstytucja RP, a dokładnie jej art. 70¹⁵. Zgodnie z tym przepisem, każdy ma prawo do nauki, która do 18 roku życia jest obowiązkowa, a w szkołach publicznych jest bezpłatna. Prawo do nauki i obowiązki oświatowe jednostki dotyczą wszystkich osób znajdujących się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, a więc należy uznać, że także obcokrajowców. Bez znaczenia jest podstawa prawna ich przebywania na terytorium naszego kraju. W tym samym duchu stworzone są regulacje zawarte w przepisie art. 35 ust. 1 ustawy Prawo oświatowe. Pojawia się tu ogólne określenie, zgodnie z którym prawo do nauki przysługuje „każdemu”, z czego można dalej wnosić, że nie jest skierowane wyłącznie do obywateli polskich. Podobnie można interpretować ust. 2 tegoż artykułu, gdzie wspomniane jest o „dzieciach” podlegających obowiązkowi szkolnemu, bez wskazywania obywatelstwa jako jego źródła.

Korelatem prawa do nauki jest obowiązek władz publicznych polegający na organizacji kształcenia w sposób, który zapewnia odpowiednią ilość i jakość szkół i placówek dla beneficjentów. Zdaniem Leszka Garlickiego treść prawa do nauki zawiera możliwość zdobywania wiedzy, kształcenia prowadzonego w zorganizowanych formach, w sposób regularny i ciągły, obejmującego początkowo pewien kanon podstawowych wiadomości ogólnych, następnie możliwość uzyskania wiedzy specjalistycznej, kończącego uzyskaniem dokumentów, jednolicie w skali kraju dających szansę kontynuowania nauki bądź wykonywania określonego zawodu¹⁶. Ogólnie prawo do nauki rozumiane bywa na dwa sposoby. Pierwszy sposób upatruje je w kategorii dobra i wartości indywidualnej, a drugi jako podstawowe dobro społeczne¹⁷. Według Pawła Bały „Konstytucja RP, wiążąc prawo do nauki z uprawnieniami socjalnymi o charakterze egalitarystycznym, rozpatruje to prawo raczej w kategoriach socjalno-bytowych, jednocześnie rozumiejąc prawo do nauki przez pryzmat prawa do wykształcenia – jako typowe prawo socjalne, uprawnienie polegające na możliwości żądania od państwa usługi, tj. bezpłatnej edukacji, stwarzające obowiązki po stronie władz publicznych. Prawo do nauki zostało więc skojarzone z formalnym prawem do wykształcenia”¹⁸.

¹⁵ Konstytucja nie wyjaśnia jednoznacznie pojęcia „obywatelstwo” ani w art. 43, ani w art. 137. Konstytucja z 2.04.1997 r. (Dz. U. z 1997 r., poz. 483). W literaturze definiowane jest najczęściej jako przynależność państwowa związana z uprawnieniami i obowiązkami, tzn. przynależność jednostki do wspólnoty państwowej, węzeł prawny łączący jednostkę z państwem, status polityczny jednostki. Zob. H. Zięba-Załucka, [w:] *Konstytucyjny kształt równouprawnienia kobiet w Rzeczypospolitej Polskiej, Prawa i wolności obywatelskie w procesie transformacji ustrojowej*, H. Zięba-Załucka (red.), Materiały z Międzynarodowej Konferencji Naukowej (Sieniawa 22–23 kwietnia 1996 r.), Rzeszów 1997, s. 177.

¹⁶ L. Garlicki, *Komentarz do art. 70 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 3.

¹⁷ M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002, s. 213.

¹⁸ P. Bała, *Konstytucyjne prawo do nauki a polski system oświaty*, Warszawa 2009, s. 231; M. Augustyński, *Dobro wspólne w europejskiej tradycji doktrynalnej – kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41, s. 442.

Ustawa zasadnicza odnosi się do podstawowych cech prawa do nauki, zwłaszcza podkreślając jego równość, bezpłatność, powszechność i powiązanie z zasadą sprawiedliwości społecznej. Sposób wyrażenia w Konstytucji w art. 32 zasady równości ma charakter ramowy. Jej doprecyzowanie znajduje się w aktach prawnych niższego rzędu. Ogólnie oznacza ona, że podmioty charakteryzujące się w takim samym stopniu cechą istotną, tj. relewantną, powinny być traktowane równo, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Równość oznacza więc akceptację różnego traktowania przez prawo różnych podmiotów i – co ważne – nie oznacza identyczności praw wszystkich jednostek. Wymiar konstytucyjny zasady równości nie jest absolutny, dopuszczalne są pewne odstępstwa uzasadnione innymi wartościami konstytucyjnymi¹⁹. Analizując prawo do nauki można zauważyć, że równy dostęp do nauki dotyczy wszystkich jednostek, ale tylko w obrębie wskazanej przez prawodawcę grupy, czyli np. obywateli polskich. Pewne ograniczenia w realizacji tego prawa skierowane do osób, które nie posiadają obywatelstwa polskiego zostały wprowadzone w Konstytucji i doprecyzowane w ustawie Prawo oświatowe oraz aktach wykonawczych do niej²⁰. Dostęp do nauki dla obywateli polskich i obcokrajowców nie jest taki sam, jest wiązany z instytucją obywatelstwa. Równość dostępu do szkół rozumie się głównie poprzez takie same zasady wypełniania obowiązku szkolnego, rocznego obowiązkowego wychowania przedszkolnego i obowiązku nauki. Każdy podmiot objęty obowiązkiem szkolnym musi mieć zapewnioną możliwość pobierania nauki w szkole publicznej, o ile jego rodzice lub opiekunowie nie wybiorą kształcenia w szkole niepublicznej, gdzie warunki korzystania regulują zobowiązania umowne. Konstytucja formułuje bowiem wolność wyboru szkół innych niż publiczne. Powszechność dostępu do nauki (wykształcenia) w najogólniejszym ujęciu oznacza możliwość kształcenia się w szkołach i placówkach publicznych przez osoby objęte obowiązkami oświatowymi, ale także stworzenie takiej możliwości dla osób, które nie zostały nimi objęte, lecz chcą podjąć naukę²¹.

¹⁹ Zob. np. Wyroki TK: z 3.09. 1996 r., sygn. akt K 10/96, OTK ZU nr 4/1996, poz. 33; z 24.02.1999 r., sygn. akt SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24; z dnia 23.10. 2001 r., sygn. akt K 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 215; z 22.02. 2005 r., sygn. akt K 10/04, OTK ZU nr 2/A/2005, poz. 17; postanowienie z 24.10.2001 r., sygn. akt SK 10/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 225.

²⁰ Zob. zwłaszcza Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 23.08. 2017 r. w sprawie kształcenia osób niebędących obywatelami polskimi oraz osób będących obywatelami polskimi, które pobierały naukę w szkołach funkcjonujących w systemach oświaty innych państw (Dz. poz. 1665 oraz z 2019r. poz. 685).

²¹ Według danych SIO w polskich przedszkolach i szkołach, łącznie z policealnymi, uczyło się w roku szkolnym 2018/19 ok. 44 000 cudzoziemców, z czego:

- status uchodźcy posiada 206 osób
- o ochronę międzynarodową ubiega się 778 osób
- inne formy ochrony międzynarodowej (np. pobyt tolerowany czy pobyt ze względów humanitarnych) posiada 1747 osób. Zob. <https://sio.men.gov.pl>.

Ścisły związek z zasadą równości ma mająca również wymiar konstytucyjny (art. 2) zasada sprawiedliwości społecznej. W interpretacji tej klauzuli generalnej podstawowe znaczenie ma orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. „(...) Z punktu widzenia charakteru i funkcji konstytucyjnej zasady sprawiedliwości społecznej istotnym jest jej znaczenie dystrybutywne (rozdzielcze) to ona bowiem reguluje podział dóbr między członków społeczności lub grupy przy czym dobra te mają charakter »publiczny«, a więc związane są z funkcjonowaniem społeczeństwa lub grupy jako całości”²². Jak podkreśla Mirosław Wyrzykowski, „założeniem zasady sprawiedliwości rozdzielczej jest idea jednakowego traktowania wszystkich ludzi w obrębie określonej klasy (kategorii). Być sprawiedliwym to jednakowo traktować istoty różne z pewnego punktu widzenia tj. mające tę samą cechę charakterystyczną, istotną dla danej klasy, kategorii ludzi [...]. Równe traktowanie oznacza stosowanie takiej samej miary wobec wszystkich zainteresowanych otrzymywaniem rozdzielonych dóbr, a więc ocenianie ich sytuacji wobec tych samych kryteriów oraz poświęcenie równej wagi ich potrzebom i interesom”²³. Jak zauważa Trybunał Konstytucyjny, „zasada ta, jako wyznaczająca kierunki prawotwórstwa i wskazująca hierarchię celów, jakie prawo ma realizować, stanowi materialnoprawne kryterium mające nadrzędną pozycję w odniesieniu do innych wartości, którymi posługuje się Konstytucja, dzięki czemu pojęcie sprawiedliwości społecznej jest czynnikiem systematyzującym wartości (system aksjologii Konstytucji), a także może służyć jako kryterium rozstrzygania ewentualnych konfliktów pomiędzy tymi wartościami”²⁴.

Kolejna z podstawowych zasad dotyczących prawa do nauki, tj. zasada jej bezpłatności, nie ma bezwzględnego charakteru wobec wszystkich kategorii adresatów. Według art. 70 ust. 2 Konstytucji nauka w szkołach publicznych jest bezpłatna, istnieje też możliwość odpłatności za niektóre usługi edukacyjne w publicznych szkołach wyższych. Niewątpliwie nieodpłatność nauczania jest jednym z warunków szerokiej realizacji prawa do nauki. Trzeba też zauważyć, że przepis art. 70 ust. 2 ustawy zasadniczej nie precyzuje zakresu podmiotowego osób uprawnionych do nieodpłatnej nauki w szkołach publicznych. Dodatkowo założenie, że prawo to przysługuje każdemu na takich samych zasadach jest niespójne z regulacją ustawy Prawo

²² Cyt. za W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 70.

²³ Cyt. za M. Wyrzykowski, *Komentarz do artykułu 1 Małej Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konstytucji RP*, Warszawa 1996, s. 56.

²⁴ I. Skrzydło-Niżnik, *Polski samorząd terytorialny a konstytucyjna zasada demokratycznego państwa prawa realizującego zasadę sprawiedliwości społecznej*, [w:] S. Dolata (red.), *Funkcjonowanie samorządu terytorialnego – doświadczenia i perspektywy*, t. I, Opole 1998, s. 120. Także Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że sprawiedliwość społeczna jest pojęciem dynamicznym i pozostaje w związku z ogólnym kierunkiem aksjologicznym wyznaczanym przez Konstytucję. Zob. Orzeczenie TK 7.06.1999 r., P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103.

oświatowe, wprowadzającą różnicowanie w zakresie korzystania z tego prawa i wprowadzającą kategorie uprzywilejowane. Do kategorii tych można zaliczyć przykładowo, obywateli UE, uchodźców czy osoby pochodzenia polskiego w rozumieniu przepisów o repatriacji²⁵. Jak trafnie zauważa P. Bała, „pobieranie opłat od części obcokrajowców za naukę w szkołach publicznych przynależną »każdemu« na warunkach powszechności świadczy o pewnej niekonsekwencji ustawodawcy polskiego, który nie był w stanie zdecydować, czy nadać temu prawu charakter całkowicie socjalny, czy zbliżony do liberalnego prawa wolnościowego, bez elementu roszczenia”²⁶. Autor ten proponuje odróżnić konstytucyjne prawo do nauki od powszechnego i równego dostępu do kształcenia i od pomocy z tytułu podjętej nauki²⁷. Za nim można przyjąć, że prawo do nauki przysługuje każdemu, lecz zasada powszechnego i równego dostępu do wykształcenia wiązana jest z obywatelstwem, wymaga też stworzenia i wsparcia systemu pomocy dla uczniów i (studentów).

Można stwierdzić, że prawo do nauki o charakterze bezpłatnym dla osób niebędących obywatelami polskimi zależy w dużym stopniu od woli politycznej władz. Osoby, które nie są obywatelami polskimi, a podlegają obowiązkowi z art. 70 ust. 1 Konstytucji, korzystają z prawa do nauki i opieki w szkołach „na warunkach dotyczących obywateli polskich”. Odpłatność jest wyraźnie zróżnicowana. Obywatelstwo daje szczególne uprawnienia, choć zasada bezpłatności nauczania nie ma charakteru bezwzględnego, nawet w stosunku do obywateli naszego kraju. W istocie ustawodawca ogranicza ją do kształcenia w zakresie tzw. ramowych planów nauczania w szkołach i placówkach publicznych. Zatem za zajęcia przekraczające ową podstawę dopuszczona jest możliwość pobierania opłat. Znacznie więcej ograniczeń realizacji zasady bezpłatności kształcenia dotyczy obcokrajowców.

Realizacja obowiązku nauki i obowiązku szkolnego (rocznego przygotowania przedszkolnego) przez obcokrajowców

Osoby niebędące obywatelami polskimi, które podlegające obowiązkowi nauki korzystają z nauki i opieki w publicznych szkołach ponadpodstawowych na warunkach dotyczących obywateli polskich do ukończenia 18 lat, lub ukończenia szkoły ponadpodstawowej. Zgodnie z art. 165 ust. 1 u.p.p. Prawo oświatowe osoby niebędące obywatelami polskimi korzystają z nauki i opieki w:

²⁵ Ustawa z 9.11.2019 r., o repatriacji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1472).

²⁶ P. Bała, op. cit. s. 284.

²⁷ Ibidem, s. 285.

- publicznych przedszkolach lub publicznych innych formach wychowania przedszkolnego,
- niepublicznych przedszkolach, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy o finansowaniu zadań oświatowych²⁸,
- oddziałach przedszkolnych w niepublicznych szkołach podstawowych, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o finansowaniu zadań oświatowych,
- niepublicznych innych formach wychowania przedszkolnego, o których mowa w art. 21 ust. 1 ustawy o finansowaniu zadań oświatowych.

Natomiast osoby niebędące obywatelami polskimi, które podlegają obowiązkowi szkolnemu, korzystają z nauki i opieki w publicznych szkołach podstawowych, publicznych szkołach artystycznych oraz w publicznych placówkach, w tym placówkach artystycznych, na warunkach dotyczących obywateli polskich (art. 165 ust. 2 ustawy Prawo oświatowe). Rekrutacja do pierwszej klasy szkoły podstawowej obcokrajowców odbywa się tak samo jak w przypadku obywateli polskich. Korzystanie z wyższych poziomów edukacji wiąże się z koniecznością przedłożenia dokumentu świadczącego o poziomie edukacji, jaki uczeń ukończył w kraju pochodzenia. Powinno to być: świadectwo lub inny dokument stwierdzający ukończenie za granicą szkoły lub danego etapu edukacji (uznane za równorzędne polskiemu świadectwu) lub też świadectwo, zaświadczenie czy inny dokument wydany przez szkołę za granicą, potwierdzający sam fakt uczęszczania do szkoły, wskazujący klasę lub ukończony etap edukacji albo potwierdzający sumę lat nauki szkolnej. Jeżeli na podstawie przedłożonych dokumentów nie można ustalić sumy lat dotychczasowej nauki, ustalenia takie są czynione na podstawie oświadczenia rodzica. Obowiązek szkolny (tak samo jak obowiązek rocznego przygotowania przedszkolnego) dotyczy także osób, które nie mają obywatelstwa polskiego, lecz przebywają (mają miejsce pobytu) na terytorium naszego kraju. Pobyt jest okolicznością faktyczną, a więc podleganie temu obowiązkowi nie może być uzależnione od legalizacji pobytu.

Obcokrajowcy, którzy podlegają obowiązkowi szkolnemu/obowiązkowi nauki i nie znają języka polskiego albo znają go na poziomie niewystarczającym do korzystania z nauki, mają prawo do dodatkowej, bezpłatnej nauki języka polskiego w formie dodatkowych, bezpłatnych zajęć lekcyjnych. Dodatkową naukę języka polskiego organizuje gmina właściwa ze względu na miejsce zamieszkania takiej osoby. Sposób organizacji dodatkowej nauki języka polskiego określa w rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 kwietnia 2010 r. w sprawie przyjmowania osób niebędących obywatelami polskimi do publicznych przedszkoli, szkół, zakładów kształcenia nauczycieli i placówek oraz organizacji dodatkowej nauki języka polskiego dodatko-

²⁸ Ustawa z 27.10.2017 r. (Dz. U. poz. 2203 z późn. zm.).

wych zajęć wyrównawczych oraz nauki języka i kultury kraju pochodzenia²⁹). Cenne jest również to, że obcokrajowcy mogą korzystać z dodatkowych zajęć wyrównawczych z danego przedmiotu nauczania przez okres 12 miesięcy. Także osoby, które podlegają obowiązkowi nauki, lecz nie znają języka polskiego albo znają go na poziomie niewystarczającym do korzystania z nauki, mają prawo do pomocy udzielanej przez osobę władającą językiem kraju pochodzenia, zatrudnioną w charakterze pomocy nauczyciela przez dyrektora szkoły przez okres nie dłuższy niż przez okres 12 miesięcy.

Korzystanie z publicznych szkół i placówek oświatowych po zakończeniu wypełniania obowiązku nauki

Według regulacji ustawy Prawo oświatowe korzystanie z publicznych szkół i placówek oświatowych po zakończeniu wypełniania obowiązku nauki na zasadach zastrzeżonych dla obywateli polskich nie jest dostępne dla wszystkich kategorii obcokrajowców. Na warunkach dotyczących obywateli polskich z nauki w publicznych szkołach dla dorosłych, publicznych branżowych szkołach II stopnia, publicznych szkołach policealnych, publicznych szkołach artystycznych, publicznych placówkach i publicznych kolegiach pracowników służb społecznych oraz z kształcenia ustawicznego w formie kwalifikacyjnych kursów zawodowych korzystają:

- obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej, państwa członkowskiego Europejskiego Stowarzyszenia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej, a także członkowie ich rodzin posiadający prawo pobytu lub prawo stałego pobytu;
- osoby pochodzenia polskiego w rozumieniu przepisów o repatriacji;
- osoby, którym udzielono zezwolenia na pobyt stały na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- osoby posiadające ważną Kartę Polaka;
- osoby, dla których uprawnienie takie wynika z umów międzynarodowych;
- osoby, którym nadano status uchodźcy, oraz członkowie ich rodzin;
- osoby posiadające zgodę na pobyt tolerowany;
- osoby, którym udzielono zgody na pobyt ze względów humanitarnych oraz członkowie ich rodzin;
- osoby, którym udzielono ochrony uzupełniającej oraz członkowie ich rodzin;
- osoby korzystające z ochrony czasowej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

²⁹ Dz. U. z 2010 r., Nr 57, poz. 361.

- osoby, którym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej udzielono zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej;
- osoby, którym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej udzielono zezwolenia na pobyt czasowy w związku z okolicznością, o której mowa w art. 127, art. 159 *ust. 1*, art. 176 *lub* art. 186 *ust. 1 pkt. 3 lub 4* ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach³⁰;
- osoby, które ubiegają się o udzielenie ochrony międzynarodowej oraz członkowie ich rodzin;
- osoby, które posiadają kartę pobytu z adnotacją „dostęp do rynku pracy”, wizę Schengen lub wizę krajową wydaną w celu wykonywania pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Wyczerpujące wskazanie przez ustawodawcę podmiotów korzystających z nauki na warunkach dotyczących obywateli polskich (w publicznych szkołach dla dorosłych, publicznych szkołach policealnych, publicznych szkołach artystycznych, publicznych placówkach, publicznych zakładach kształcenia nauczycieli i publicznych kolegiach pracowników służb społecznych oraz z kształcenia ustawicznego w formie kwalifikacyjnych kursów zawodowych) oznacza, że pozostałe osoby korzystają z nauki na warunkach odpłatności. Organem właściwym w sprawach całkowitego bądź częściowego zwalniania obcokrajowców z opłat za naukę w szkołach prowadzonych przez jednostkę samorządu terytorialnego oraz w zakresie przedłużania terminu wniesienia opłat bądź wyrażania zgody na wniesienie opłat w ratach jest organ wykonawczy gminy³¹.

Oddziały przygotowawcze

Warto dodać także stosunkowo nowe rozwiązanie prawne, które od 1 września 2017 r. umożliwia organizowanie w szkołach tzw. oddziałów przygotowawczych („klasy powitalne” od angielskiego *welcome classes*)³². Z oddziału tego może skorzystać uczeń przybywających z zagranicy w przypadku stwierdzenia, że ma on trudności adaptacyjne związane z różnicami kulturowymi lub ze zmianą środowiska edukacyjnego. Do problemów tych można zaliczyć przykładowo problemy związane z wcześniejszym kształceniem za granicą lub zaburzenia komunikacyjne, nieznajomość lub słabą znajomość języka polskiego. Możliwość ta kierowana jest do każdego ucznia, który przy-

³⁰ Ustawa z 12.12. 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2013 r., poz. 1650 z późn. zm.).

³¹ Zob. Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Małopolskiego z 3.03.2011 r., WN.II.4131-1-7- 11; NZS 2011/3/49, Małop. 2011/145/1182.

³² Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 23.08.2017 r. w sprawie kształcenia osób niebędących obywatelami polskimi oraz osób będących obywatelami polskimi, które pobierały naukę w szkołach funkcjonujących w systemach oświaty innych państw (Dz. U. poz. 1655 oraz z 2019 r. poz. 685).

bywa do naszego kraju i spełnia odpowiednie kryteria, mogą z niej więc skorzystać także obywatele naszego kraju. Oddziały przygotowawcze mogą tworzyć zarówno organy prowadzące szkoły publiczne, jak i niepubliczne. Klasę taką można utworzyć od pierwszego września oraz w trakcie trwania roku szkolnego. Nauka w niej jest zgodna z podstawą programową kształcenia ogólnego i trwa rok z możliwością przedłużenia na następny. Klasy są niewielkie, może do nich uczęszczać nie więcej niż 15 uczniów. Ustawodawca przewidział także możliwość tworzenia oddziałów międzyszkolnych, tzn. do klasy przygotowawczej w jednej szkole mogą przyjeżdżać uczniowie z innych placówek. Okres nauki ucznia w oddziale przygotowawczym trwa do zakończenia zajęć dydaktyczno-wychowawczych w roku szkolnym, w którym uczeń został zakwalifikowany do oddziału przygotowawczego, z tym że okres ten w zależności od postępów w nauce ucznia i jego potrzeb edukacyjnych może zostać skrócony albo przedłużony, nie dłużej niż o jeden rok szkolny. Ustawodawca nie przewidział możliwości tworzenia oddziałów we wszystkich typach szkół, przykładowo wyłączenie to obejmuje szkoły artystyczne, czy szkoły dla dorosłych (art. 165. ust. 14 ustawy Prawo oświatowe). Istnieje natomiast możliwość organizacji dla osób niebędących obywatelami polskimi, podlegających obowiązkowi szkolnemu, przez placówkę dyplomatyczną lub konsularną kraju ich pochodzenia działającą w Polsce albo stowarzyszenie kulturalno-oświatowe danej narodowości w porozumieniu z dyrektorem szkoły i za zgodą organu prowadzącego, nauki języka i kultury kraju pochodzenia.

Podsumowanie

Badania poczynione w artykule wykazały, że osoby niebędącym obywatelami polskimi korzystają w naszym kraju z prawa do nauki, które ma charakter powszechny, czyli przysługujący każdemu. Analiza podstawowych aktów prawnych w tym zakresie wykazała, że najczęściej posługują się one ogólnym zwrotem „prawo do nauki przysługuje każdemu”, co podkreśla powszechność tego prawa, jako prawa człowieka. Przynależność państwowa nie jest uznawana za warunek korzystania z niego. Także regulacja prawa krajowego podkreśla powszechność prawa do nauki, którą należy wiązać z możliwością kształcenia się w szkołach i placówkach. Analiza dowiodła, że równy dostęp do nauki dotyczy wszystkich jednostek, ale tylko w obrębie wskazanej przez prawodawcę grupy, czyli np. obywateli polskich. W systemie oświaty zauważono ograniczenia w realizacji tego prawa skierowane do osób, które nie posiadają obywatelstwa polskiego. Dostęp do nauki dla obywateli polskich i obcokrajowców nie jest zatem taki sam i jest wiązany z instytucją obywatelstwa. Wszystkie osoby zamieszkałe na terytorium naszego

kraju zobowiązane są zaś do wypełniania obowiązku szkolnego, rocznego obowiązkowego wychowania przedszkolnego i obowiązku nauki. Prawo oświatowe wprowadza też zróżnicowanie w zakresie korzystania z prawa do nauki przez obcokrajowców i wprowadza wśród nich kategorie uprzywilejowane. Do kategorii tych można zaliczyć przykładowo obywateli UE, uchodźców czy osoby pochodzenia polskiego w rozumieniu przepisów o repatriacji. Od części obcokrajowców pobiera się też opłatę za naukę w szkołach publicznych. Ustawodawca w sposób wyczerpujący wskazuje podmioty korzystające z nauki na warunkach dotyczących obywateli polskich. Można przyjąć, że prawo do nauki przysługuje każdemu, lecz zasada powszechnego i równego dostępu do wykształcenia wyraźnie wiązana jest z instytucją obywatelstwa.

Wykaz literatury

- Augustyniak M., *Dobro wspólne w europejskiej tradycji doktrynalnej – kilka uwag*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41.
- Bała P., *Konstytucyjne prawo do nauki a polski system oświaty*, Wyd. Von Borowiecky, Warszawa 2009.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 70 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003.
- Chmaj M. (red.), *Wolności i prawa polityczne*, Wolter Kluwer, Kraków 2002.
- Jastrzębski B., *Podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa i administracji publicznej*, Wyd. Nauk. „Novum”, Płock 1999.
- Kordela M., *Zarys typologii uzasadnień aksjologicznych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 2001.
- Kurzyrna-Chmiel D., *Prawa w dziedzinie oświaty (edukacji) w wybranych umowach międzynarodowych i prawie UE*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun (red.), *Umowy w administracji*, Kolonia Limited, Wrocław 2008.
- Kurzyrna-Chmiel D., *Oświata jako zadanie publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Sadurski W., *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, PWN, Warszawa 1988.
- Skrzydło-Niżnik I., *Polski samorząd terytorialny a konstytucyjna zasada demokratycznego państwa prawa realizującego zasadę sprawiedliwości społecznej*, [w:] S. Dolata (red.), *Funkcjonowanie samorządu terytorialnego – doświadczenia i perspektywy*, t. I, Wyd. Warda&Kłosowski Consulting, Opole 1998.
- Szczechowicz A., *Kilka uwag o odpowiedzialności władzy publicznej w Polsce*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43.
- Wyrzykowski M., *Komentarz do artykułu 1 Małej Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konstytucji RP*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1996.
- Zięba-Zalucka H. (red.), *Konstytucyjny kształt równouprawnienia kobiet w Rzeczypospolitej Polskiej, Prawa i wolności obywatelskie w procesie transformacji ustrojowej. Materiały z Międzynarodowej Konferencji Naukowej (Sieniawa 22–23 kwietnia 1996 r.)*, Rzeszów 1997.

Summary

The foreigners' right to education – national legal provisions in the area of education in Poland

Key words: human right, citizenship, educational duties, preparatory classes.

The right to education is one of the human rights. According to the international and national law, everyone has the right to education. In the article the exercise of the right to education by foreigners living in Poland was analyzed. As a general rule, the nationality shall not be a qualifying factor regarding the exercise of this right. Polish legal provisions regarding the right to education reflect the State's international obligations. Every person living in Poland is obligated to attend school. That goes for the foreigners as well. However, on some level an access to education in the national education system provided has not been the same for Polish citizens and foreigners. Many things depend on the person's citizenship.

Oleg Stasiewicz Kuczyn

Uniwersytet Państwowy w Moskwie, Rosja

ORCID: 0000-0002-7528-2968

Негласная идентификация личности фиктивно пропавшего в ходе оперативно-розыскных мероприятий

По опубликованной в средствах массовой информации статистике в современной России ежегодно пропадает без вести около 70 тыс. человек. При этом в течение первых месяцев находятся до 80–90% пропавших лиц. Однако за период 1996–2011 г. пропали и не были найдены свыше 100 тыс. человек¹. Хотя эта информация и аналитическая, но всё равно можно сказать, что большое количество людей в Российской Федерации числятся пропавшими, и, их судьба не известна.

Согласно действующему российскому законодательству, когда в органы полиции поступает сообщение или заявление о пропаже лица, то там заводится розыскное дело и если через три месяца пропавший не обнаружен, то он должен быть объявлен в федеральный розыск, то есть данные о нём передаются в общероссийскую базу данных. Если где-либо в больницу поступил неизвестный больной или задержан гражданин без документов, то антропометрические данные пациента и отпечатки пальцев задержанного должны попасть в общероссийскую базу данных, и могут быть сверены с информацией о пропавших без вести.

Пропавший без вести, это юридический термин, определяющий положение человека, о местонахождении которого нет достоверной информации. Пропавших без вести можно разделить на две основные группы: те, кто, предположительно, остались живыми, но не могут или не хотят сообщать информацию о своем местонахождении и те, кто, предположительно, погибли при обстоятельствах, затрудняющих или исключающих возможность обнаружения тела.

¹ Ушли и не вернулись: в России ежедневно в среднем пропадают 16 детей, <https://ria.ru/20180830/1527478219.html> (доступ: 13.02.2020).

Бывают случаи, при которых пропавшие лица могут оказаться живыми, но по ряду причин не могут или не хотят сообщать информацию о своём местонахождении или вообще идентифицировать себя.

Задача органа полиции состоит в том, что обнаружить пропавшее лицо, его место нахождения и идентифицировать его личность². Идентификация личности, это процесс установление тождества личности человека по совокупности признаков путем сравнительного их исследования. Идентификация личности человека может проводиться экспертными методами, криминалистическими или в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Главное в процессе идентификации, это доказать, что установленное лицо является тем, кем оно является с момента своего рождения и соответствует своим анкетным данным или же опровергнуть это.

Вместе с тем, среди пропавших находятся лица, которым выгодно инсценировать смерть или безвестное исчезновение. К таким, в частности, относятся должники, преступники, перебежчики, агенты иностранных разведок. Они сознательно не выходят на связь со своими знакомыми, оставляют фальшивые улики совершённого в отношении них преступления или несчастного случая, часто свои деяния они сопровождают убийством и тщательным сокрытием трупа одинокого человека, чей паспорт и иные документы потом, скрывающееся лицо, намерено использовать с целью смены и зашифровки своей личности. Таких лиц следует считать фиктивно пропавшими, инсценирующими своё исчезновение, свою смерть или просто скрывающихся. При этом они часто меняют свою внешность, свои личные документы, используя вымышленную биографию или биографию других лиц.

Также вышеуказанные лица могут использовать для зашифровки своего исчезновения, возникшие не по их воле и желанию «неустановленные причины», или последствия природных, физических или иных явлений, не поддающихся объяснению современной наукой, а также природные или техногенные катастрофы.

После того как органы полиции принимают заявление о пропаже человека, возможно заведение либо розыскного дела, при явном отсутствии признаков преступления, либо возбуждение уголовного дела по статье «убийство», при наличии признаков вышеуказанного преступления. Необходимо отметить, что утверждения о принятии заявления правоохранными органами спустя 72 часа после пропажи человека является мифом. Напротив, немедленная подача заявления и начало проведения розыскных мероприятий позволяют использовать первые, самые результативные часы после пропажи человека. Подать заявление может любой

² Por. R. Łyżwa, *Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 308.

человек, родственник или знакомый пропавшего, по месту пропажи или месту жительства или в любое отделение полиции, но это зачастую удлиняет срок начала розыскных мероприятий, при наличии любых признаков пропажи. Заведение розыскного дела, как вида дел оперативного учета, служит способом обобщения получаемых в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий сведений и результатов. Так, например, начиная розыск без вести пропавшего лица, сотрудники полиции изучают сообщения, пришедшие из больниц и моргов, сверяют данные пропавших со сведениями обо всех задержанных лицах и лицах, находящихся в вытрезвителях.

Как показывает практика, если человек пропал во время нахождения в месте работы, то розыскные мероприятия обычно сначала проводит администрация предприятия или служба безопасности. На предприятиях, где установлен пропускной режим, факт невыхода человека с места работы в установленное время должен фиксироваться и незамедлительно должны начинаться мероприятия по определению местонахождения этого лица. В случае если пропавший работник не обнаруживается на территории предприятия, информация должна быть незамедлительно передана в органы полиции, а если предприятие является режимным – то в режимное подразделение и в органы ФСБ РФ. Все результаты этих предварительных мероприятий затем консолидируются в розыском деле.

Для розыска пропавших используются объявления в общественных местах, в прессе, на телевидении, а также объявления в Интернете, включая социальные сети и массово рассылаемые электронные письма.

При заведении органами полиции розыскного дела, розыск пропавшего лица осуществляется с применением всех сил и средств, которые предоставлены сотрудникам оперативных подразделений Федеральным законом от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»³ (далее по тексту – **ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ**). Законодатель в ст. 10 ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ особо оговорил, что факт заведения дела оперативного учета, в частности розыскного дела, не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина. В частности, это нормативное положение реализуется и в принципе негласного проведения ОРМ, в том числе и при розыске лиц без вести пропавших, а особенно в разоблачении лица, фиктивно пропавшего, о чём будет сказано ниже.

Общая теория ОРД охватывает основные идеи, принципы, понятия, категории, определения, термины и теоретические концепции, а также методы их познания и развития. В качестве структурных разделов она

³ Федеральный закон от 12.08.1995 N 144-ФЗ „Об оперативно-розыскной деятельности”, „Российская газета”, N 160, 18.08.1995 с поправками.

включает в себя ряд частных оперативно-розыскных теорий и учений. В первую очередь к ним относятся тактика и методика ОРД.

Тактика оперативно-розыскной деятельности начала формироваться её в рамках науки криминалистики. Она представляет собой систему научных положений, методов, приемов и рекомендаций для осуществления оперативно-розыскных мероприятий по своевременному выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию неочевидных, тяжких преступлений, лиц, их совершивших, розыску преступников и лиц без вести пропавших, а также для сопровождения расследования по сложным уголовным делам, требующим дополнительного сбора доказательственной информации об организаторах и соучастниках преступлений, обнаружения и изъятия следов, документов, орудий преступления и средств, нажитых преступным путем.

Оперативно-розыскная методика, это специальные научно-методические рекомендации по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию однотипных групп либо видов преступлений с помощью оперативно-розыскных сил, средств, также розыска преступников и лиц без вести пропавших.

Оперативно-розыскная деятельность – это наука, которая рассматривает закономерности процесса совершения преступлений, возникновения информации о каком-либо преступлении, информации о его участниках, противодействия криминальной среды. Она разрабатывает правовые, организационные, методические и тактические основы эффективного применения оперативно-розыскных сил, средств и методов в борьбе с преступностью, а также по выполнению иных, возложенных на неё задач.

В силу ст.1 ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ, оперативно-розыскная деятельность, это вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то настоящим Федеральным законом, в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. В задачи оперативно-розыскной деятельности (далее по тексту – ОРД), согласно ст. 2 ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ напрямую входит и проведение соответствующих мероприятий по осуществлению розыска без вести пропавших лиц.

Оперативно-розыскная деятельность представляет собой процесс познания скрытых от правоохранительных органов различных, интересующих эти органы, событий. Познание в ОРД осуществляется на основе использования системы взаимосвязанных друг с другом всеобщих, частных и специальных методов познания. Они позволяют оперативному сотруд-

нику получить определенные личные впечатления от восприятия выявленных и обнаруженных им разнообразных фактов и событий. Чтобы отобрать из их множества те, которые связаны с поведением проверяемых или разрабатываемых лиц, ему приходится проделывать сложную мыслительную работу, основанную на профессиональных знаниях и предшествующем опыте его личной или общей всего подразделения, профессиональной деятельности.

Оперативно-розыскная деятельность осуществляется путём проведения оперативно-розыскных мероприятий (**далее по тексту – ОРМ**), которые прямо перечислены в ст. 6 ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ.

К этим мероприятиям, указанным в федеральном законе, относятся:

1. Опрос.
2. Наведение справок.
3. Сбор образцов для сравнительного исследования.
4. Проверочная закупка.
5. Исследование предметов и документов.
6. Наблюдение.
7. Отождествление личности.
8. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.
9. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений.
10. Прослушивание телефонных переговоров.
11. Снятие информации с технических каналов связи.
12. Оперативное внедрение.
13. Контролируемая поставка.
14. Оперативный эксперимент.
15. Получение компьютерной информации.

Все результаты ОРМ подлежат оформлению в оперативно-служебных документах. Перечень служебных документов, которыми должны оформляться результаты ОРД, содержится в приложениях к Инструкции «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденной приказами МВД России N 776, Минобороны России N 703, ФСБ России N 509, ФСО России N 507, ФТС России N 1820, СВР России N 42, ФСИН России N 535, ФСКН России N 398, СК России N 68 от 27.09.2013⁴. При этом приведенный там перечень не является исчерпывающим, поэтому могут предоставляться и другие или по-иному названные документы.

⁴ Приказ МВД России N 776, Минобороны России N 703, ФСБ России N 509, ФСО России N 507, ФТС России N 1820, СВР России N 42, ФСИН России N 535, ФСКН России N 398, СК России N 68 от 27.09.2013 „Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд“, „Российская газета“, N 282, 13.12.2013.

Оперативно-розыскное мероприятие, это составная часть оперативно-розыскной деятельности, сведения об организации и тактике которой составляют государственную тайну, представляющая собой совокупность действий специально уполномоченных на то государственных органов (оперативных подразделений) и их должностных лиц (оперативных сотрудников), осуществляемых с соблюдением регламентированных законом оснований и условий, отвечающая нормам морали и нравственности и непосредственно направленная на достижение целей и разрешение задач оперативно-розыскной деятельности.

Кроме того, органы, осуществляющие ОРД, на основании ст. 17 ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ, могут заключать контракты с совершеннолетними дееспособными лицами независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений (за исключением отдельной категории лиц), и с согласия этих лиц, привлекать их к подготовке или проведению ОРМ, с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим ОРД, в том числе по контракту. Эти лица обязаны сохранять в тайне сведения, ставшие им известными в ходе подготовки или проведения ОРМ, и не вправе предоставлять заведомо ложную информацию указанным органам, а также участвовать в провокациях с использованием сил и средств ОРД.

Поэтому оперативно-розыскные мероприятия являются одной из частей оперативно-розыскной деятельности, в структуру которой, как следует из смысла ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ, помимо названных мероприятий, входят привлечение к конфиденциальному содействию лиц (агентурная работа), информационное обеспечение, документирование и некоторые другие.

Следовательно, в ходе установления пропавших лиц и их идентификации в Российской Федерации на законодательном уровне разрешается проведение гласных и негласных ОРМ, а также использовать в этих целях и секретных агентов.

Как показывает анализ следственной и оперативно-розыскной практик, нередко в ходе проведения ОРМ по розыску пропавшего лица или по оперативному сопровождению расследования уголовного дела, возбужденному якобы по убийству пропавшего лица, следователь или оперативный сотрудник полиции получает информацию, что пропавшее розыскиваемое лицо, просто инсценировало ситуацию со своим исчезновением, а само, создав себе новую биографию, изменив внешность и получив новые документы, скрывается от возможных негативных последствий своего обнаружения и идентификации личности в подлинном виде.

В дальнейшем, в ходе проведения различных поисковых ОРМ, сотрудники полиции получают информацию, что обнаруженное ими по розыскному делу лицо возможно и является разыскиваемым (фиктивно пропавшим), но перед ними стоит задача идентифицировать его личность.

При этом наиболее правильным, с тактической точки зрения, будет провести эту идентификацию негласно. Это обусловлено следующими тактическими соображениями:

1. В случае если подозреваемое в сокрытии своих личных данных лицо не является таковым, то в ходе его негласной идентификации оно и не узнает об этом, что, по мнению автора, в конечном итоге не повлияет на нарушение его прав, как гражданина, а также не причинит ему какого-либо морального вреда. Все ОРМ останутся в тайне, и проверяемый не будет знать об их проведении.

2. В случае же если подозреваемое в сокрытии своих личных данных лицо является таковым (фиктивно пропавшим), то негласная идентификация его личности полицией позволит оперативному сотруднику продолжить проведение в отношении него комплекса ОРМ и выяснить с какой целью он «приобрёл статус» пропавшего, почему скрывается от своих знакомых или родственников, не совершил ли он преступление и не находится ли в розыске, как преступник. Если же в ходе ОРМ будет установлено, что фиктивно пропавшее лицо не совершило никаких противоправных деяний, то реализация результатов ОРД по его идентификации будет проведена в связи с развитием той ситуации, которая выяснится в ходе оперативной работы и на основании действующего законодательства. А если фиктивно пропавший является разыскиваемым преступником или скрывается в связи с совершённым преступлением, то материалы ОРД будут реализованы в соответствии с УПК РФ⁵ и ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ.

Негласность означает неочевидность, скрытность проводимых ОРМ от лиц, в них не участвующих, в том числе и от сотрудников ОРД, но, прежде всего, от объектов, в отношении которых они проводятся. Это позволяет нейтрализовать возможное противодействие со стороны объектов ОРД, обеспечить безопасность участников ОРМ, повысить их эффективность и результативность, сохранить в тайне сам факт проведения ОРМ, а также применяемые при этом средства и методы.

Негласность в ОРД может быть абсолютной и относительной. При абсолютной негласности о проведении ОРМ осведомлены только оперативники, их осуществляющие, а также лица, действующие по их поручению и непосредственно выполняющие эти мероприятия (агенты, сотрудники подразделений специальных технических мероприятий, оперативно-

⁵ „Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации” от 18.12.2001 N 174-ФЗ, „Российская газета”, N 249, 22.12.2001.

-поисковых подразделений) и то, только в той степени, в которой их необходимо поставить в известность. При **относительной** негласности ОРМ об их проведении знают только граждане, в отношении которых они осуществляются, а их результаты, полученные в тайне от заинтересованных лиц (проверяемых), в дальнейшем могут быть преданы гласности. При установлении личности фиктивно пропавшего лица ОРМ обычно проводятся в абсолютно негласном режиме или же о них знают лица, которые например, заявили в органы полиции о том, что видели лицо, которое является пропавшим и желают помочь в его разоблачении.

Из всего перечня ОРМ, указанных в ФЗ от 12.08.1995 г. N 144-ФЗ для негласной идентификации лица в основном применяются следующие, которые проводятся негласно или зашифровано:

1. Опрос различных лиц, с целью получение сведений о личности проверяемого, его связях, образе жизни, подробностей биографии, месте работы и т.п.;

2. Наведение справок в различных учреждениях и организациях, из которых можно установить, что проверяемый гражданин не является тем лицом, за которого себя выдаёт;

3. Сбор образцов для сравнительного исследования, к которым относятся образцы ДНК, образцы крови, следы папиллярных узоров пальцев рук, образцы подчерка проверяемого лица;

4. Исследование документов, в результате которых можно установить их подделку или фальсификацию, место выдачи, должностных лиц, их выдавших;

5. Наблюдение, которое проводится с целью получения фотографий внешности проверяемого лица, видеозаписи особенностей его походки, манеры поведения, индивидуальных признаков внешности, а также установления его связей, которые он скрывает;

6. Отождествление личности в ходе негласного предъявления проверяемого лица предполагаемым его знакомым и родственникам по фотографиям, по видеозаписи, по голосу, манерам поведения;

7. Обследование жилых помещений и транспортных средств проверяемого лица с целью получения доказательств того (документов, фотографий, предметов и т.п.), что он не тот, за которого себя выдаёт;

8. Исследование предметов и документов с целью идентификации проверяемого по ДНК, отпечаткам пальцев, по портретной экспертизе, по группе крови и т.п.;

9. Комплексный контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, получение компьютерной информации, в ходе которых можно получить информацию об истинной личности проверяемого лица и его поведении.

Также негласной идентификации может способствовать и использование лица, оказывающего конфиденциальную помощь полиции (агентурный метод), когда агент, вступив в легендированный оперативный контакт с проверяемым лицом, устанавливает его подлинную личность.

В некоторых случаях, когда проверяемое лицо ведёт себя особо конспиративно, может применяться зашифрованное проведение оперативно-тактической комбинации, в результате которой фиктивно пропавший может выдать себя как лицо, действующее под прикрытием иной биографии, т.е. самостоятельно изобличить себя.

Фальсификация различной информации о своей подлинной личности является основным способом действия для проверяемого лица, которое фиктивно скрывается. Это способствует введению в заблуждение субъектов оперативно-розыскной деятельности (оперативных сотрудников) используя определенные, присущие ей способы. Основными способами фальсификации информации о личности пропавшего и об обстоятельствах его исчезновения являются: а) заведомо ложные показания различных заинтересованных лиц; б) заведомо ложное сообщение, заявление, донос лица, которое состоит в сговоре с фиктивно пропавшим; в) создание ложных следов и иных вещественных доказательств, подтверждающих гибель лица; г) полная или частичная подделка различных документов; д) подмена, дублирование объектов; е) частичное уничтожение объекта с целью изменения его внешнего вида, фальсифицировать назначение; ж) вынесение судом решения по подложным доказательствам о признании лица умершим, и т.п.

Фальсификацию можно разделить на три большие группы:

1. Фальсификация материальных объектов;
2. Фальсификация показаний различных лиц;
3. Фальсификация событий и юридических фактов.

Заключение

Выбор фальсификации как способа сокрытия информации о личности фиктивно пропавшего лица обусловлен различными факторами и эти факторы можно подразделить на объективные и субъективные. К числу объективных факторов относятся: предмет фальсификации, его характеристики, объект фальсификации, особенности связи между предметом и субъектом фальсификации. К субъективным факторам относятся: психофизиологические особенности субъекта фальсификации, его навыки и умения, различные способности, черты характера и т.д.

Фальсификация, наряду с другими способами сокрытия информации, о личности фиктивно пропавшего, имеет присущие только ей опре-

деленные признаки. Именно по этим признакам ее можно отличить от других способов, таких как инсценировка, маскировка, уничтожение. Необходимо отметить, что найти принципиальные отличия одного способа сокрытия информации о личности, от другого довольно непросто, поскольку все они имеют определённые сходства между собой.

Учитывая важнейшую роль ОРД в негласной идентификации личности лица фиктивно пропавшего, автор статьи полагает, что тщательное планирование, подготовка и эффективное проведение ОРМ, а также соблюдение правил и требований документирования результатов ОРД и их хранения, в совокупности с использованием уже имеющихся, и постоянным внедрением новейших информационных технологий, должно в значительной мере способствовать правоохранительным органам в решении поставленной перед ними задачи.

References

- Łyżwa R., *Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Prikaz MVD Rossii N 776, Minoborony Rossii N 703, FSB Rossii N 509, FSO Rossii N 507, FTS Rossii N 1820, SVR Rossii N 42, FSIN Rossii N 535, FSKN Rossii N 398, SK Rossii N 68 ot 27.09.2013 „Ob utverzdenii Instrukcii o poradke predstavleniâ rezul’tatov operativno-rozysknoj deatel’nosti organu doznaniâ, sledovatelû ili v sud” [Decree of the Ministry of Internal Affairs, Ministry of Defence, Federal Security Service on the matter of information transfer between surveillance services and investigative entities], „Rossijskaa gazeta”, N 282, 13.12.2013.
- Ugolovno-processual’nyj kodeks Rossijskoj Federacii ot 18.12.2001 N 174-FZ [Code of Criminal Procedure], „Rossijskaa gazeta”, N 249, 22.12.2001.
- Usli i ne vernulis: v Rossii ezednevno v srednem propadaût 16 detej [Went out and disappear: on average 16 children have gone missing every day in Russia], <https://ria.ru/20180830/1527478219.html>. Federal’nyj zakon ot 12.08.1995 N 144-FZ Ob operativno-rozysknoj deâtel’nosti [The Law on surveillance activity], „Rossijskaa gazeta”, N 160, 18.08.1995.

Summary

Identification of faked disappearance using investigative and surveillance measures

Key words: criminal proceedings, seeking missing persons, investigative and surveillance work, evidence.

There are situations when a perpetrator wants to evade being made liable for the crime by faked disappearance. Sometimes such a person changes

his/her appearance. In such situations, law-enforcement bodies have to conduct a number of investigative and surveillance actions so that the person being sought does not know that he/she is a suspect and does not hide again. Care should also be taken to avoid the violation of third-party rights. The aim of the article is to represent legal mechanisms and forensic recommendations referring to the identification of fake disappearances. The author concluded that there may be different types of fake disappearances. Nonetheless, all of them have a few features in common allowing to identify such situations.

Streszczenie

Rozpoznanie fałszywego zaginięcia przy wykorzystaniu środków operacyjno-rozpoznawczych

Słowa kluczowe: postępowanie karne, poszukiwanie osób zaginionych, działalność operacyjno-rozpoznawcza, dowody.

W praktyce znane są przypadki, gdy sprawcy, chcąc uniknąć pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwa, ukrywają się pozorując zaginięcie. Czasem taka osoba zmienia swój wygląd zewnętrzny. Organy ścigania w przypadku fałszywych zaginięć muszą przeprowadzić szereg działań operacyjno-rozpoznawczych tak, aby osoba poszukiwana nie wiedziała o zaistniałym podejrzeniu i nie ukryła się ponownie. Należy także dbać o to, żeby nie naruszać praw osób trzecich. Celem artykułu jest przedstawienie mechanizmów prawnych i zaleceń kryminalistyki, które pozwalają na rozpoznawanie fikcyjnych zaginięć.

Sylwia Łazarewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-1950-9993

Legitymacja czynna wspólników do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych

Charakter katalogu podmiotów legitymowanych czynnie do zaskarżania uchwał wspólników

Nawet pobieżna lektura regulacji dotyczących podmiotów legitymowanych do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych pozwala stwierdzić, że zamiarem ustawodawcy było stworzenie ograniczonego podmiotowo mechanizmu pozwalającego na podważanie sprzecznych z prawem, postanowieniami umowy spółki bądź zasadami słuszności uchwał wspólników.

Przepisy kodeksu spółek handlowych, przewidując możliwość zaskarżenia uchwały określają jednocześnie listę podmiotów do tego uprawnionych. Zarówno wniesienie powództwa o uchylenie, jak i o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników zastrzeżone jest dla tego samego kręgu legitymowanych. Stosownie do treści art. 250 i art. 422 § 2 k.s.h. są to organy spółek kapitałowych oraz poszczególni członkowie tych gremiów (art. 250 pkt 1 i art. 422 § 2 pkt 1 k.s.h.). Przy spełnieniu dodatkowych przesłanek legitymacja przysługuje zaś wspólnikom (art. 250 pkt 2–5 i art. 422 § 2 pkt 2–4 k.s.h.).

Na tle, wydawałoby się jednoznacznej, regulacji art. 250 i art. 422 § 2 k.s.h. powstały liczne wątpliwości interpretacyjne zarówno co do wymogów jakie spełnić musi podmiot legitymowany do zaskarżenia uchwały, jak i samego katalogu uprawnionych, tj. ewentualnego jego poszerzenia o byłych wspólników i odwołanych członków organów spółki, jak i o podmioty w ogóle niewymienione *expressis verbis* w treści art. 250 i art. 422 § 2 k.s.h. (likwidatorzy, zarządcy egzekucyjni, wierzyciele egzekucyjni wspólników, zastawnicy i użytkownicy udziałów/akcji).

Przedmiotem niniejszej publikacji jest analiza legitymacji czynnej do zaskarżania uchwał wspólników spółki kapitałowej samych jej udziałowców (akcjonariuszy). W oparciu o dotychczasowy dorobek doktryny i judykatury

dokonano zbadania wskazanych przez ustawodawcę przesłanek zaskarżenia uchwały przez wspólników oraz możliwości przyznania legitymacji w tym zakresie byłym wspólnikom. Niezbędnym wydaje się przy tym odniesienie do celu i przyczyny przyznania wspólnikom spółki kapitałowej rzeczowej legitymacji. Tym bardziej, że doprecyzowując katalog uprawnionych, do takowego uzasadnienia w swoim orzecznictwie odwołuje się Sąd Najwyższy. Ustawodawca umożliwił konkretnym podmiotom wnoszenie powództw o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał z uwagi na potrzebę ochrony określonych interesów. *Ratio legis* skarg korporacyjnych to ochrona praw spółki oraz jej uczestników, a nie innych podmiotów, choćby ze spółką związanych więzami prawnymi¹.

Analizy zarówno samych przesłanek wniesienia powództwa przez wspólnika, jak i uprawnienia w tym zakresie byłego wspólnika powinno się dokonywać mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności. W odniesieniu zwłaszcza do byłych wspólników wymaga to ustalenia, czy istnienie prawa do kwestionowania określonej uchwały jest w danym przypadku aksjologiczne i systemowo uzasadnione.

Przesłanki uzyskania przez udziałowca i akcjonariusza spółki legitymacji do zaskarżania uchwał wspólników

Głosowanie przeciwko uchwale i żądanie zaprotokołowania sprzeciwu

Stosownie do treści art. 250 pkt 2 i art. 422 § 2 pkt 2 k.s.h. legitymowanym czynnie do wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieważności uchwały lub jej uchylenie jest wspólnik, który przeciw niej głosował, a po powzięciu uchwały zażądał zaprotokołowania sprzeciwu, będącego zapowiedzią skargi. Skorzystanie z przysługującego prawa wymaga zatem od wspólnika aktywności już na etapie podejmowania uchwały.

Niezbędne jest wykazanie przez powoda, że głosował przeciw². Ustalenie tego faktu nie stanowi problemu w przypadku głosowania jawnego, które jest w spółkach kapitałowych regułą. W przypadku głosowań tajnych wydaje się, że wymóg wykazania oddania głosu przeciw uchwale należy uznać za

¹ K. Bilewska, *Były menedżer nie musi chronić swoich praw skargami korporacyjnymi*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 23, s. 1275.

² Nie jest równoznaczne z głosowaniem przeciw każdej z podejmowanych uchwał wyrażenie krytycznego stanowiska wobec całego porządku obrad w momencie otwarcia zgromadzenia, zgłoszenie sprzeciwu wobec wszystkich uchwał, które miałyby być podjęte i oddanie karty do głosowania – tak SN w wyroku z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 14/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 82 z głosem aprobującym R. Privitera, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 7, s. 41 i nn.

spełniony, gdy takie głosy w ogóle zostaną oddane, z wyjątkiem sytuacji, gdy głosy te niewątpliwie nie należą do skarżącego³.

Szczególna sytuacja dotyczy akcjonariusza mającego akcje nieme, bowiem ma on prawo uczestniczenia w zgromadzeniu bez prawa głosu (wyjątki – art. 416 § 2 i art. 419 § 3 k.s.h.). Akcjonariusz taki może również skarżyć decyzje wspólników. SN w uchwale z 9 lutego 2005 r.⁴ przyjął, że jest on ustawowo zwolniony z obowiązku oddania głosu przeciw. Z charakterem i istotą akcji niemej związane jest bowiem pozbawienie akcjonariusza jedynie prawa głosu, a nie pozostałych uprawnień korporacyjnych⁵.

W myśl orzeczenia SA w Białymstoku z 19 lipca 2011 r.⁶, na zasadzie analogii z akcjonariuszem akcji niemej, legitymowany do zaskarżania uchwał jest akcjonariusz, który utracił prawo głosu z akcji spółki publicznej wskutek sankcji określonej w art. 89 ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁷. Wskazany akt prawny nakłada na podmioty nabywające znaczne pakiety akcji spółek publicznych obowiązki informacyjne (ujawnienie stanu posiadania) oraz obowiązki w zakresie ogłaszania wezwań do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji. Ich naruszenie prowadzi do pozbawienia akcjonariusza możliwości wykonywania prawa głosu na walnym zgromadzeniu z posiadanych przez niego akcji spółki publicznej⁸.

Zaskarżenie przez wspólnika uchwały na podstawie art. 250 pkt 2 i art. 422 § 2 pkt 2 k.s.h., poza głosowaniem przeciw, wymaga również dochowania formalnego aktu staranności w postaci zgłoszenia sprzeciwu wobec podjętej uchwały. Obowiązek ten dotyczy również akcjonariusza akcji niemej⁹.

³ J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Warszawa 2013, s. 998. Odmiennie M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 468, który wskazuje, że w razie głosowania tajnego przesłanką jest jedynie zgłoszenie sprzeciwu.

⁴ Uchwała SN z 9 lutego 2005 r., III CZP 82/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 205.

⁵ Z. Kwaśniewski, *Zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych – problem legitymacji czynnej*, [w:] L. Banel, U. Gączkowska (red.), *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 727.

⁶ Postanowienie SA w Białymstoku z 19 lipca 2011 r., I ACz 749/11, LEX nr 1110754 z glosą częściowo krytyczną Ł. Gasińskiego, *Głosa* 2013, nr 3, s. 28 i nn.

⁷ Ustawa z 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 623, 1655, 1798 z późn. zm.), dalej jako ustawa o ofercie lub u.o.p.

⁸ W zależności od naruszenia sankcja ta obejmuje wyłącznie akcje będące przedmiotem czynności prawnej lub innego zdarzenia prawnego powodującego osiągnięcie lub przekroczenie danego progu ogólnej liczby głosów (art. 89 ust. 1 pkt 1 u.o.p.) albo wszystkie akcje spółki będące w posiadaniu akcjonariusza (art. 89 ust. 1 pkt 2 u.o.p.). Szerzej M. Mataczyński, *Cywilnoprawne skutki naruszenia obowiązków nabywców znacznych pakietów akcji spółek publicznych*, Warszawa 2011, s. 182–185; idem, *Możliwość ustalenia przez spółkę nieistnienia prawa do wykonywania prawa głosu przez akcjonariusza*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 10, s. 49.

⁹ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 912.

Natomiast zgodnie ze stanowiskiem SN z 14 kwietnia 1992 r.¹⁰ nie dotyczy wspólnika, który głosował za uchwałą pod wpływem błędu lub bezprawnej groźby i uchylił się od skutków oddania swego głosu zgodnie z art. 84 i 86–88 k.c. przez wniesienie pozwu o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników.

Choć treść przepisu wyraźnie wskazuje, że sprzeciw ma być zgłoszony „po powzięciu uchwały”, to należy zaakceptować możliwość uczynienia tego aż do momentu zamknięcia zgromadzenia, na którym podjęto kwestionowaną uchwałę¹¹.

Szczególne regulacje zawierają natomiast przepisy przewidujące oddanie głosu na walnym zgromadzeniu drogą korespondencyjną albo za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Oddanie głosu drogą elektroniczną przed walnym zgromadzeniem uprawnia bowiem do wcześniejszego złożenia przez akcjonariusza sprzeciwu (art. 406⁵ § 1 pkt 3 k.s.h.). Natomiast złożenie sprzeciwu drogą korespondencyjną jest równoznaczne ze zgłoszeniem żądania zaprotokołowania sprzeciwu przez akcjonariusza obecnego na walnym zgromadzeniu (art. 411² § 3 k.s.h.). Wcześniejsza możliwość złożenia sprzeciwu jest w wyżej wskazanych sytuacjach konsekwencją szczególnego sposobu oddawania głosu na walnym zgromadzeniu spółki akcyjnej¹².

Sposób zgłoszenia sprzeciwu jest dowolny, choć z racji jego znaczenia dla istnienia legitymacji czynnej wspólnika do zaskarżenia uchwały, w wyroku SN z 27 kwietnia 2006 r.¹³ uznano, że żądanie zaprotokołowania sprzeciwu powinno być zgłoszone w sposób jednoznaczny i stanowczy. Zgodnie z dominującym poglądem doktryny, wspólnik nie musi go uzasadniać. Choć w orzeczeniu z 8 września 1936 r.¹⁴ SN przyjął (na gruncie art. 240 § 3 pkt 2 k.h.), że wspólnikowi przysługuje prawo wytoczenia powództwa wyłączenie w granicach sprzeciwu zgłoszonego przezeń do protokołu, to dla niemożności powoływania okoliczności innych niż wskazane w sprzeciwie, brak jednak podstawy prawnej¹⁵.

¹⁰ Wyrok SN z 14 kwietnia 1992 r., I CRN 38/92, OSNC 1993, nr 3, poz. 45.

¹¹ Wyrok SN z 23 lutego 2011 r., V CSK 257/10, LEX nr 1129171; tak również D. Wajda, *Czas na zgłoszenie przez udziałowca sprzeciwu wobec uchwały podjętej na zgromadzeniu spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20, s. 1118–1119. Odmienne, tj. przyjmując, że wspólnik głosujący przeciwko uchwale powinien żądać zaprotokołowania sprzeciwu niezwłocznie po jej podjęciu, czyli przed przejściem do następnego punktu porządku obrad, m.in.: wyrok SN z 26 września 2001 r., IV CKN 471/00, LEX nr 52754; wyrok SA w Warszawie z 23 lutego 2011 r., VI ACa 898/10, LEX nr 786977.

¹² D. Wajda, *Czas na zgłoszenie...*, s. 1117.

¹³ Wyrok SN z 27 kwietnia 2006 r., I CSK 12/06, LEX nr 376311.

¹⁴ Orzeczenie SN z 8 września 1936 r., II C 836/36, OSN(C) 1938, nr 1, poz. 5.

¹⁵ J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, t. III, s. 1001. Odmienne: D. Bugajna-Sporczyk, *Sprzeciw jako przesłanka zaskarżenia uchwały zgromadzenia wspólników*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9, s. 10; W. Popiołek, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1064; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. II, *Komentarz do artykułów 151–300*, Warszawa 2014, s. 702.

Dla uzyskania legitymacji do zaskarżenia uchwały istotny jest sam fakt zażądania zaprotokołowania sprzeciwu. To, czy został on rzeczywiście umieszczony w protokole, pozostaje bez znaczenia¹⁶, bowiem treść protokołu nie jest jedynym dowodem. Aby uniemożliwić pozbawienie wspólnika prawa do kwestionowania uchwały przez obstrukcyjne niezaprotokołowanie jego sprzeciwu, dopuszczono dowodzenie prawidłowego złożenia sprzeciwu w dowolny sposób.

Bezasadnie niedopuszczenie wspólnika do udziału w zgromadzeniu

Uprawnionym do zaskarżenia uchwały jest również z mocy art. 250 pkt 3 i art. 422 § 2 pkt 3 k.s.h. wspólnik (lub jego pełnomocnik¹⁷) bezasadnie niedopuszczony do udziału w zgromadzeniu. Sytuacja taka może dotyczyć zarówno udziału w całym zgromadzeniu (wówczas przysługuje legitymacja do zaskarżenia wszystkich uchwał podjętych w trakcie tego zgromadzenia), jak i w poszczególnych jego etapach¹⁸.

W wyroku z 6 czerwca 2018 r. Sąd Najwyższy¹⁹ wskazał na brak wpływu na możliwość zaskarżenia uchwały siły głosu wspólnika bezasadnie niedopuszczonego do udziału w zgromadzeniu. Przesądził o możliwości skutecznego stwierdzenia nieważności uchwał bez względu na to, czy głosy wspólnika bezasadnie niedopuszczonego do udziału w zgromadzeniu miały wpływ na powzięcie uchwały czy nie. Pogląd ten wywiedziono m.in. z faktu, iż prawo akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu nie sprowadza się tylko do głosowania, ale obejmuje również prawo zabierania głosu w dyskusji, której wynik może przesądzić o wynikach głosowania.

W uzasadnieniu uchwały z 17 listopada 2011 r.²⁰ SN przyjął natomiast, że termin „bezasadność” ma szerszy zakres znaczeniowy niż bezprawność i w konsekwencji uznał, że niedopuszczenie wspólnika do udziału w zgromadzeniu (nawet zgodne z literą prawa) będzie bezasadne, jeśli pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami lub zasadą lojalności akcjonariuszy względem siebie. Taką wykładnię przesłanki bezasadnego niedopuszczenia do udziału w zgromadzeniu trudno jednak zaakceptować. Przyjęcie (jak

¹⁶ Wyrok SN z 27 kwietnia 2006 r., I CSK 12/06, LEX nr 376311; J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, t. III, s. 1000; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Soltysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych...*, t. II, s. 702.

¹⁷ Tak wyrok SN z 6 lipca 2007 r., III CSK 26/07, OSNC 2008, nr 9, poz. 105.

¹⁸ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do art. 1–300 k.s.h.*, Warszawa 2019, s. 1261.

¹⁹ Wyrok SN z 6 czerwca 2018 r., III CSK 403/16, LEX nr 2557164 z omówieniem P. Popardowskiego, „Głosa” 2019, nr 1, s. 12–15.

²⁰ Uchwała SN z 17 listopada 2011 r., III CZP 68/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 60.

w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy²¹), że w razie przedstawienia wadliwego formalnie pełnomocnictwa, zasadą powinno być zarządzenie przerwy w celu uzupełnienia tego braku, grozi zakłóceniem porządku funkcjonowania zgromadzeń. Tym bardziej, że nie sprecyzowano, jak długo taka przerwa miałaby trwać. Nie wzięto też pod uwagę, że przedłużające się zgromadzenie może *de facto* uniemożliwić udział w nim innych uprawnionych²². Za bezzasadne niedopuszczenie wspólnika (działającego przez pełnomocnika) do udziału w zgromadzeniu można uznać zatem tylko taką sytuację, gdy podważane jest prawidłowe pełnomocnictwo²³.

Niewątpliwie „bezzasadne niedopuszczenie” nie wynika wyłącznie z zastosowania przymusu fizycznego (np. niewpuszczenia lub usunięcia z sali obrad)²⁴, ale obejmuje również bezzasadne podważenie udzielonego przez wspólnika pełnomocnictwa, uniemożliwienie oddania głosu (np. poprzez niewydanie karty do głosowania), jak i pominięcie głosu²⁵. *Ratio legis* art. 250 pkt 3 i art. 422 § 2 pkt 3 k.s.h. obejmuje zatem przypadki wadliwego działania przy przeprowadzaniu zgromadzenia, zakładając prawidłowe działanie samego wspólnika.

Legitymacja do zaskarżenia uchwały nie przysługuje jednak wspólnikowi, który z mocy prawa wyłączony był od głosowania nad nią. SN w uchwale z 9 lutego 2005 r.²⁶ uznał, że „akcjonariusz spółki, który był członkiem jej zarządu, nie jest legitymowany do wystąpienia z powództwem o stwierdzenie nieważności uchwały walnego zgromadzenia w przedmiocie wyrażenia zgody na dochodzenie przeciwko niemu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy sprawowaniu zarządu”. Przepisy art. 244 i art. 413 § 1 k.s.h. przewidują zakaz głosowania wspólnika przy powzięciu uchwał dotyczących jego odpowiedzialności wobec spółki, zwolnienia z zobowiązania wobec spółki

²¹ Uchwała SN z 17 listopada 2011 r., III CZP 68/11, OSNC 2012, nr 5, poz. 60 zapadła na bazie stanu faktycznego, w którym pełnomocnik akcjonariusza większościowego (Skarbu Państwa) stawiał się na walnym zgromadzeniu dysponując kopią pełnomocnictwa udzielonego przez ministra SP dyrektorowi delegatury ministerstwa poświadczoną za zgodność z oryginałem przez tegoż dyrektora.

²² K. Osajda, *Wadliwe uchwały organów spółek kapitałowych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2012, nr 2, s. 7–9.

²³ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych...*, t. I, s. 1261.

²⁴ Tak uchwała SN z 9 lutego 2005 r., III CZP 82/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 205.

²⁵ J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, t. III, s. 1001–1002; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 470; P. Gierat, *Legitymacja wspólnika (akcjonariusza) do zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8, s. 68; K. Bilewska, *Zaskarżanie uchwał przez akcjonariusza bezzasadnie niedopuszczonego do udziału w walnym zgromadzeniu*, „Palestra” 2007, nr 9–10, s. 299 i wskazana tam literatura.

²⁶ Uchwała SN z 9 lutego 2005 r., III CZP 82/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 205 z glosą krytyczną M. Trzebiatowskiego, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 17, s. 975 i nn. oraz komentarzem aprobuującym K. Osajdy, „Glosa” 2008, nr 3, s. 5 i nn. Podobnie wyrok SA w Krakowie z 11 grudnia 2012 r., I ACa 1174/12, LEX nr 1293087.

oraz sporu pomiędzy nim a spółką. Skoro wolą ustawodawcy było pozbawienie wspólnika prawa do głosowania nad takimi uchwałami, to tym bardziej nie mogą oni kwestionować podjętych uchwał²⁷. Rozwiązanie kodeksowe jest spójne systemowo i trafne. Ponadto, jak wskazał SN w uchwale z 9 lutego 2005 r.²⁸, na rzecz przyjętego stanowiska przemawia rozumowanie *a contrario* z art. 250 pkt 3 i art. 422 § 2 pkt 3 k.s.h. Skoro legitymacja przysługuje w razie bezzasadnego niedopuszczenia do udziału w zgromadzeniu (w głosowaniu), to legitymacji nie ma, jeśli niedopuszczanie jest zasadne, a więc zgodne z prawem, np. z art. 244 i art. 413 k.s.h.²⁹.

Nieobecność wspólnika na zgromadzeniu

Wspólnik nieobecny na zgromadzeniu, jeżeli zostało ono wadliwie zwołane lub podjęto uchwałę w sprawie nieobjętej porządkiem obrad, jest również uprawniony do zaskarżenia takich uchwał (art. 250 pkt 4 i art. 422 § 2 pkt 4 k.s.h.).

Wadliwość zwołania zgromadzenia ma miejsce, gdy naruszono przepisy prawa lub postanowienia umowy (statutu) spółki regulujące tę procedurę. Najczęstsze uchybienia dotyczą terminu zawiadomienia o zgromadzeniu, wyznaczenia miejsca jego odbycia, a także określonych w art. 238 § 1–2 i art. 402–402¹⁻² k.s.h. wymogów co do sposobów zwołania zgromadzenia. Nieprawidłowo zawiadomiony wspólnik, który stawiał się na zgromadzenie, traci legitymację do skarżenia uchwał wywodzoną z tego faktu. Głosując jednak przeciw uchwale i żądając zaprotokołowania sprzeciwu, może on zaskarżyć ją na podstawie art. 250 pkt 2 i art. 422 § 2 pkt 2 k.s.h. Co więcej, fakt wadliwego zwołania zgromadzenia powodujący absencję innych wspólników pozostaje nadal istotny jako ewentualna podstawa merytoryczna powództwa. Ich obecność mogłaby bowiem wpłynąć na wynik głosowania³⁰.

Prawo do zaskarżenia uchwały przysługuje również wspólnikowi, gdy zgromadzenie zostało prawidłowo zwołane, ale uchwałę podjęto w sprawie nieobjętej porządkiem obrad. (wyjątek – art. 239 § 1 i art. 404 § 1 k.s.h.). Z wadliwie podjętą uchwałą będziemy mieli do czynienia także wówczas, gdy porządek obrad wskazany w zaproszeniu był mylący, a wspólnik, kierując się jego treścią, nie mógł racjonalnie przypuszczać, że będzie głosowana uchwała danej treści³¹.

²⁷ A. Koch, *Podważanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, Warszawa 2011, s. 41–42; P. Gierat, *Legitymacja wspólnika (akcjonariusza)...*, s. 69.

²⁸ Uchwała SN z 9 lutego 2005 r., III CZP 82/2004, OSNC 2005, nr 12, poz. 205.

²⁹ K. Osajda, *Legitymacja czynna do zaskarżania uchwał spółek kapitałowych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Głosa” 2008, nr 3, s. 12 i nn.

³⁰ P. Gierat, *Legitymacja wspólnika (akcjonariusza)...*, s. 69; K. Strzelczyk, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Warszawa 2011, s. 493; J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, t. III, s. 1002 i 1005.

³¹ P. Gierat, *Legitymacja wspólnika (akcjonariusza)...*, s. 69.

Nie zasługuje na akceptację pogląd wyrażony w wyroku SN z 12 grudnia 2008 r.³², że podjęcie uchwały w sprawie nieobjętej porządkiem obrad pozwala mówić o uchwale nieistniejącej. Świadczy o tym choćby wymienienie tej przyczyny skarżenia w treści art. 250 pkt 4 i art. 422 § 2 pkt 4 k.s.h.³³

Pominięcie wspólnika przy głosowaniu pisemnym bądź niewyrażenie na nie zgody

Przesłanki uzyskania przez wspólnika legitymacji do zaskarżenia uchwały uzupełnia treść art. 250 pkt 5 k.s.h. Przepis odwołuje się do istniejącej wyłącznie w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością możliwości podejmowania uchwał w drodze głosowania pisemnego bez odbycia zgromadzenia wspólników (art. 227 § 2 k.s.h.). Zgodnie z treścią wskazanej regulacji wymaga to wyrażenia przez wszystkich wspólników zgody w formie pisemnej na brzmienie konkretnego postanowienia bądź zgody na samo głosowanie na piśmie. Wspólnikowi przysługuje prawo zaskarżenia uchwały, gdy pominięto go przy głosowaniu pisemnym bądź nie wyraził on na nie zgody.

Co oczywiste, gdy procedurę pisemnego głosowania przeprowadzono prawidłowo, wspólnik również może tak podjętą uchwałę zaskarżyć, o ile głosował przeciw i po otrzymaniu wiadomości o uchwale, w terminie dwóch tygodni, zgłosił swój sprzeciw. Ustawa nie wymaga złożenia go w żadnej szczególnej formie, jednakże wydaje się, że skoro chodzi o pisemny tryb podejmowania uchwały, sprzeciw także powinien być złożony spółce na piśmie³⁴.

Jeśli chodzi o przyjętą w art. 240¹ k.s.h. dopuszczalność podejmowania przez wspólników spółek z ograniczoną odpowiedzialnością uchwał przy pomocy wzorca uchwały udostępnianego w systemie teleinformatycznym, to przepis wskazuje, że nie dochodzi tu do zwoływania zgromadzenia wspólników, a niewzięcie udziału w głosowaniu choćby przez jednego wspólnika powoduje niepodjęcie uchwały. Choć sam wymóg stuprocentowego kworum dla głosowania w systemie teleinformatycznym jest krytykowany jako utrudniający podejmowanie uchwał, to nie sposób nie zauważyć, że dla wspólnika, który nie zgadza się na treść uchwały, najprostszym rozwiązaniem (zamiast zaskarżania) wydaje się być niewzięcie udziału w głosowaniu. Na marginesie należy jednak zwrócić uwagę na brak kompatybilności przepisów o podejmowaniu uchwał drogą elektroniczną z wymogami dotyczącymi uzyskania legitymacji do ich zaskarżania³⁵, a konkretnie obowiązkiem żądania zaprotoko-

³² Wyrok SN z 12 grudnia 2008 r., II CSK 278/08, LEX nr 520012.

³³ J.P. Naworski, [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych...*, t. III, s. 1006.

³⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych...*, s. 471.

³⁵ Szerzej B. Trybulińska, *Zaskarżanie uchwał zgromadzenia wspólników z uwzględnieniem uchwał podejmowanych za pomocą wzorca umieszczonego w systemie teleinformatycznym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 4, s. 50–52.

lowania sprzeciwu. Ani same elektroniczne wzorce uchwał nie zawierają bowiem miejsca na ewentualną wzmiankę o wniesionym sprzeciwie, ani przy tak podejmowanych uchwałach nie sporządza się protokołu.

Zaskarżanie uchwał wspólników przez byłych udziałowców i akcjonariuszy spółki

Językowa, ścisła wykładnia przepisów kodeksu spółek handlowych określających przesłanki legitymacji udziałowców i akcjonariuszy do zaskarżania uchwał prowadzi do wniosku, że utrata statusu wspólnika skutkuje utratą wskazanego uprawnienia. Nabywca udziałów lub akcji uzyskuje zaś takie uprawnienia w zakresie zaskarżania uchwał jakie przysługiwały zbywcy. Jak się wydaje, przepisy art. 250 i art. 422 k.s.h. dotyczą podmiotów będących aktualnie wspólnikiem (akcjonariuszem). Przy czym ocena statusu wspólnika dokonywana jest w dniu orzekania sądu.

Odwołując się jednak do *ratio legis* regulacji, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyraźnie opowiedziano się za poszerzeniem katalogu uprawnionych do kwestionowania uchwał o byłych wspólników. Przyjęto, że zachowują oni legitymację do zaskarżenia uchwały, która dotyczy ich praw korporacyjnych lub majątkowych, tracą zaś ją w odniesieniu do uchwał, które ich praw nie dotyczą³⁶.

Jako podstawę legitymacji byłego wspólnika judykatura wskazuje szczególnie więź łączącą wspólnika ze spółką. Wiąż o innym charakterze niż więź ze spółką członka zarządu, rady nadzorczej czy komisji rewizyjnej, bowiem o ile status piastuna organu nabywa się wskutek wyboru, to członkostwo w zgromadzeniu wynika z dysponowania udziałami (akcjami) w spółce³⁷. Ponadto, inaczej niż w odniesieniu do funkcjonariuszy spółki, uprawnienie do zaskarżania uchwał zostało przyznane wspólnikowi nie ze względu na ochronę interesu spółki, ale z uwagi na konieczność zapewnienia możliwości ochrony własnych interesów korporacyjnych i majątkowych³⁸. Sytuacja odwołanego członka organu nie jest tożsama z sytuacją byłego wspólnika spółki, np. pozbawionego tego statusu wskutek uchwały w przedmiocie umorzenia jego udziałów lub też przymusowego wykupu akcji. Argumentów powoływanych dla braku legitymacji do zaskarżania uchwał wspólników po stronie byłych

³⁶ Tak m.in. wyrok SN z 12 maja 2005 r., V CK 562/04, OSNC 2006, nr 4, poz. 70 z głosami aprobuującymi: W. Katnera, „Głosa” 2007, nr 2, s. 23 i nn. oraz P. Brzezińskiego, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 20, s. 1156 i nn.; wyrok SN z 7 lutego 2006 r., IV CSK 41/05, OSP 2006, nr 9, poz. 108 z głosami aprobuującymi: W. Jurcewicz, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2006, nr 9, poz. 108 oraz P. Sokala, „Prawo Spółek” 2007, nr 6, s. 44 i nn.; wyrok SN z 9 września 2010 r., I CSK 530/09, OSNC 2011, nr 3, poz. 36 z głosem częściowo krytyczną M. Bieniaka, „Głosa” 2012, nr 2, s. 39 i nn.

³⁷ Wyrok SN z 15 października 2009 r., I CSK 94/09, Biul. SN 2009, nr 12, s. 11.

³⁸ A. Jarocho, *Powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki kapitałowej*, Toruń 2010, s. 242–243.

członków władz spółki nie można odnosić wprost do byłego wspólnika³⁹. Przyznanie mu legitymacji do zaskarżenia uchwały jest nieodzowne dla obrony przed sądem własnych interesów w spółce, nie istnieją bowiem alternatywne drogi ochrony jego sytuacji prawnej, niż zakwestionowanie uchwały dotyczącej jego praw korporacyjnych i majątkowych⁴⁰.

Usunięcie ze spółki poprzez podjęcie uchwały pozbawiającej wspólnika jego statusu w spółce pozbawia uprawnień składających się na stosunek członkostwa w spółce. Nie powoduje jednak utraty interesów korporacyjnych i majątkowych, uprawniających do zaskarżenia tej uchwały. Byłoby bowiem niedopuszczalne odebranie prawa do podważenia uchwały wadliwie pozbawiającej statusu wspólnika, poprzez powołanie się na brak stosunku członkostwa⁴¹.

Powyższe rozumowanie wydaje się zgodne z intencją ustawodawcy, który uznał, że nawet, gdy w wyniku podjęcia uchwały wspólnik staje się byłym wspólnikiem, to i tak może kwestionować uchwałę, skoro już jako były wspólnik ma możliwość zgłoszenia wobec niej sprzeciwu⁴².

Podsumowanie

Przysługujące wspólnikom spółek kapitałowych uprawnienie do zaskarżania uchwał ich zgromadzeń jest jednym z najważniejszych praw korporacyjnych⁴³. O ile przyznanie prawa do zaskarżania uchwał wspólników organom spółki oraz ich poszczególnym członkom uzasadnia przede wszystkim ich obowiązki dbania o interes spółki, to uzasadnieniem dla legitymacji wspólnika jest potrzeba ochrony jego praw w spółce ucieleśnionych w postaci udziałów (akcji)⁴⁴.

Ustawodawca przyznając udziałowcom i akcjonariuszom to uprawnienie, poza statusem wspólnika wymaga jednak spełnienia dodatkowych przesłanek uzyskania legitymacji do zaskarżenia uchwały zgromadzenia. Samo niezadowolenie z treści uchwały nie daje prawa do jej kwestionowania. Wymagane jest dopełnienie określonych przez ustawodawcę aktów staranności w postaci obecności na zgromadzeniu, głosowania przeciw uchwale i złożenia

³⁹ W doktrynie przedstawiono również stanowisko, zgodnie z którym status członków organów i wspólników nie jest na tyle odmienny, by uzasadnić istnienie legitymacji czynnej wspólników do zaskarżania uchwał przy braku analogicznej legitymacji byłych członków organów – tak A. Pęczyk-Tofel, M. Tofel, *Aktualności i orzecznictwo*, „Prawo Spółek” 2010, nr 4, s. 3–4.

⁴⁰ K. Bilewska, *Zaskarżanie uchwał zgromadzenia wspólników przez odwołanych członków organów spółki – glosa do uchwały SN (7) z 21.03.2007r., III CZP 94/06*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 19, s. 1101.

⁴¹ A. Koch, *Podważanie uchwał zgromadzeń...*, s. 40–41.

⁴² Wyrok SN z 9 września 2010 r., I CSK 530/09, OSNC 2011, nr 3, poz. 36.

⁴³ Szerzej na temat praw korporacyjnych wspólnika spółki kapitałowej, m.in. R. Tanajewska, *Charakter majątkowy i korporacyjny praw wynikających z udziału w spółce z o.o.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32, s. 80–83.

⁴⁴ K. Bilewska, *Tendencje w kształtowaniu się katalogu podmiotów uprawnionych do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 9, s. 51.

zapowiedzi skarżenia. Uniemożliwienie wspólnikowi spełnienia tych wymogów poprzez jego bezzasadne niedopuszczenie do udziału w zgromadzeniu, wadliwe zwołanie zgromadzenia, czy wreszcie pominięcie wspólnika (lub jego woli) przy głosowaniu pisemnym poza zgromadzeniem, umożliwia mu kwestionowanie tak podjętej uchwały. Przyjęta konstrukcja wskazuje zatem na wolę ustawodawcy uczynienia przewidywalnym procesu kwestionowania uchwał.

Dominującym, choć już nie powszechnym⁴⁵ jest nadal pogląd, że lista podmiotów uprawnionych do występowania o stwierdzenie nieważności lub uchylenie uchwały stanowi katalog *numerus clausus*. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było stworzenie ograniczonego podmiotowo systemu zaskarżania uchwał wspólników w spółkach kapitałowych, tak by poza wewnętrzną sferą korporacyjną nie istniały spory dotyczące ich ważności i skuteczności⁴⁶. Niemniej jednak, zarówno względy aksjologiczne, jak i argumenty natury systemowej pozwalają przyjąć (wbrew językowej wykładni), że uprawnienie do zaskarżania uchwał zgromadzeń należy rozciągnąć również na byłych wspólników umożliwiając im zaskarżanie uchwał dotyczących ich praw korporacyjnych lub majątkowych. Uchwały wspólników często dotyczą bowiem zakresu i treści tych praw, a nieraz nawet i samego ich istnienia. Wymagane jest zatem wyposażenie także byłych wspólników w skuteczne instrumenty ochrony.

Wykaz literatury

- Bilewska K., *Zaskarżanie uchwał przez akcjonariusza bezzasadnie niedopuszczonego do udziału w walnym zgromadzeniu*, „Palestra” 2007, nr 9–10.
- Bilewska K., *Zaskarżanie uchwał zgromadzenia wspólników przez odwołanych członków organów spółki – glosa do uchwały SN (7) z 21.03.2007r., III CZP 94/06*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 19.
- Bilewska K., *Były menedżer nie musi chronić swoich praw skargami korporacyjnymi*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 23.
- Bilewska K., *Tendencje w kształtowaniu się katalogu podmiotów uprawnionych do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 9.
- Bugajna-Sporczyk D., *Sprzeciw jako przesłanka zaskarżenia uchwały zgromadzenia wspólników*, „Prawo Spółek” 1998, nr 9.
- Gierat P., *Legitymacja wspólnika (akcjonariusza) do zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8.
- Jarocho A., *Powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki kapitałowej*, Wyd. TNOIK, Toruń 2010.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych*, t. I, *Komentarz do art. 1–300 k.s.h.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Koch A., *Podważanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

⁴⁵ Por. J. Szwaja, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. III, *Komentarz do artykułów 301–490*, Warszawa 2013, s. 1386–1387.

⁴⁶ A. Koch, *Podważanie uchwał zgromadzeń...*, s. 32.

- Kwaśniewski Z., *Zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych – problem legitymacji czynnej*, [w:] L. Banel, U. Gączkowska (red.), *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2006.
- Mataczyński M., *Cywilnoprawne skutki naruszenia obowiązków nabywców znacznych pakietów akcji spółek publicznych*, Wolter Kluwer, Warszawa 2011.
- Mataczyński M., *Możliwość ustalenia przez spółkę nieistnienia prawa do wykonywania prawa głosu przez akcjonariusza*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 10.
- Osajda K., *Legitymacja czynna do zaskarżania uchwał spółek kapitałowych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2008, nr 3.
- Osajda K., *Wadliwe uchwały organów spółek kapitałowych w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2012, nr 2.
- Pęczyk-Tofel A., Tofel M., *Aktualności i orzecznictwo*, „Prawo Spółek” 2010, nr 4.
- Rodzinkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Siemiątkowski T., Potrzeszcz R. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Siemiątkowski T., Potrzeszcz R. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. II, *Komentarz do artykułów 151–300*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych*, t. III, *Komentarz do artykułów 301–490*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Strzępka J.A. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Tanajewska R., *Charakter majątkowy i korporacyjny praw wynikających z udziału w spółce z o.o.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32.
- Trybulińska B., *Zaskarżanie uchwał zgromadzenia wspólników z uwzględnieniem uchwał podejmowanych za pomocą wzorca umieszczanego w systemie teleinformatycznym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 4.
- Wajda D., *Czas na zgłoszenie przez udziałowca sprzeciwu wobec uchwały podjętej na zgromadzeniu spółki kapitałowej*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20.

Summary

The right of shareholders to appeal the resolutions of shareholders meetings in capital companies

Key words: commercial law, corporate rights, case law, challenging resolutions, invalidation of a resolution.

The Commercial Company Code provides the possibility of appealing the resolutions of shareholders meetings in capital companies. It also listing entities having the right to undertake such actions. However, certain requirements should be met. In the article legal problems related to the interpretation of the Article 250 and Article 422 § 2 CCC were discussed. Despite the clear wording of these provisions, there have been doubts regarding the requirements the shareholders are expected to meet to be able to appeal such resolutions and the list of authorized subjects, i.e. the possibility of adding former shareholders. The author assumed the latter do not have the right to challenge any of such resolutions, while undoubtedly have such a right regarding the resolutions affecting their rights.

Olga Łachacz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-3439-1874

Marcin Adamczyk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0838-0488

Postulaty *de lege ferenda* w zakresie środowiskowych aspektów legalizacji przedsięwzięć budowlanych

Uwagi wstępne

Wyzwaniem dzisiejszych czasów jest znalezienie równowagi między rozwojem cywilizacji a ochroną środowiska, tak by zachować jego walory dla przyszłych pokoleń przy jednoczesnym kierowaniu rozwojem świata i inwestycjami zgodnie z zasadami zrównoważonego rozwoju. Problem ochrony środowiska nie jest tylko wyzwaniem dla ustawodawcy krajowego, gdyż potrzebę wspólnej regulacji społeczność międzynarodowa zauważyła już wiele lat temu, inicjując prace nad prawnymi instrumentami o charakterze międzynarodowym, które za przedmiot miały nie tylko ochronę dziedzictwa naturalnego, ale także kwestie partycypacji społeczeństw w procesach podejmowania decyzji o inwestycjach, które niosą ze sobą ryzyko ingerencji w środowisko¹. W toku prac nad Konstytucją RP z 1997 r. trwały już prace nad umową międzynarodową, regulującą kwestie uprawnień społeczeństwa w zakresie ochronie środowiska, w tym również dostępu do informacji o środowisku i jego ochronie, późniejszą Konwencją z Aarhus². Ponadto, we Wspólnocie Europejskiej istniała regulacja prawna dotycząca dostępu do informacji o środowisku i jego ochronie, Dyrektywa Rady z dnia 7 czerwca 1990 r.

¹ Na ten temat więcej: J. Ciechanowicz-McLean, *Aktualne problemy nauki prawa ochrony środowiska*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43, s. 35–51.

² Zob. Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, sporządzona w Aarhus dnia 25 czerwca 1998 r. (Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 706).

w sprawie swobody dostępu do informacji o środowisku³ oraz przyjęta później Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/90/WE z dnia 13 grudnia 2003 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko⁴ (dalej: dyrektywa EIA), zmieniona następnie przez Dyrektywę z 16 kwietnia 2004 r.⁵ Akty te stały się ważnym elementem prawa Unii Europejskiej wpisującym się w system regionalnego prawodawstwa dotyczącego ochrony środowiska. Przepisy dyrektywy EIA znajdują odzwierciedlenie na gruncie krajowego porządku prawnego w ustawie z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko⁶.

W toku procesu inwestycyjno-budowlanego kwestie ochrony środowiska na gruncie krajowego porządku prawnego koncentrują się wokół postępowania w sprawie wydawania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia (tzw. decyzja środowiskowa), w toku którego przeprowadza się ocenę oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Ocena ta jest przeprowadzana przez organ właściwy do wydania decyzji. Z uwagi na fakt, że instytucja decyzji środowiskowej jest w polskim systemie prawnym od ponad 10 lat i została wprowadzona w 2005 r.⁷, zgodzić się należy z głosami padającymi w doktrynie, że „jest to jednak czas na tyle krótki, że w różnych aspektach wydawania wspomnianej decyzji trudno uznać, aby stanowisko doktryny, jak i orzecznictwo dotyczące decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach było ugruntowane. Ono wciąż ewoluuje”.⁸ Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach w obecnych realiach ma dostarczyć wiążących informacji organom orzekającym na kolejnym etapie realizacji inwestycji, tak by mogły

³ Zob. Dyrektywa Rady z dnia 7 czerwca 1990 r. w sprawie swobody dostępu do informacji o środowisku (OJ L 158, 23.6.1990 z późn. zm.).

⁴ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/90/WE z dnia 13 grudnia 2003 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko (OJ L 26, 28.1.2004).

⁵ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę 2003/90/WE w sprawie oceny wpływu wywieranego przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko (Dz. U. EU. L. 124/1, 25.4.2004).

⁶ Zob. Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2081 późn. zm.).

⁷ Ustawa z dnia 18 maja 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2005 r., Nr 113, poz. 954 późn. zm.).

⁸ Szerzej: T. Filipowicz, A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, *Ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, seria Krótkie Komentarze Becka, Warszawa 2017, Komentarz do art. 71, Legalis/el. Warto także zauważyć głos w dyskusji prof. zw. dr. hab. B. Rakoczego dotyczący procedury, w której taka decyzja powinna być wydawana, czy na pewno w trybie k.p.a. B. Rakoczy, *Istota decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a jej wykonalność*, II Ogólnopolska Konferencja „Odpowiedzialność za środowisko”, Wydział Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 4 kwietnia 2019 r.

one skonkretyzować wymagania względem inwestora w zakresie ochrony środowiska⁹. Organ orzekający o środowiskowych uwarunkowaniach danego przedsięwzięcia ma więc obowiązek kierować się wynikającą z art. 6 p.o.ś.¹⁰ zasadą zapobiegania i przezorności¹¹, obligującą do przewidzenia wszystkich skutków ingerencji w środowisko na etapie realizacji i eksploatacji planowanej inwestycji (tak np. WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 7 lutego 2018 r., IV SA/Po 292/15). Obecna regulacja przewiduje dokonanie oceny oddziaływania na środowisko – tam, gdzie jest to konieczne – na etapie przed rozpoczęciem procesu inwestycyjnego, ale zdarza się, że konkretne inwestycje zostają zrealizowane bez wymagań określonych prawem czyli są tzw. samowolą budowlaną¹². Powstaje zatem pytanie, czy można na gruncie zarówno prawa krajowego, jak i unijnego badać zrealizowaną inwestycję pod kątem jej oddziaływania na środowisko (skoro przepisy przewidują takie badanie przed rozpoczęciem inwestycji)? Jeśli na tak postawione pytanie odpowiedź będzie przecząca, to czy taka procedura jest potrzebna i należy ją wprowadzić do krajowego porządku prawnego? Poszukując odpowiedzi na te pytania należy także zastanowić się, jakie znaczenie dla praktyki organów administracji i wymiaru sprawiedliwości mają wyroki TSUE w tym zakresie?

Niniejsze opracowanie jest głosem w dyskusji związanym ze wskazaną powyżej problematyką i próbą odpowiedzi na postawione pytania.

Europejski system oceny oddziaływania na środowisko i rola orzeczeń prejudycjalnych TSUE w rozwoju tego systemu

Przepisy regulujące zasady prowadzenia ocen oddziaływania na środowisko w Polsce są pochodną oraz częścią systemu ocen oddziaływania na środowisko stworzonego w ramach prawodawstwa Unii Europejskiej. Harmonizacja przepisów państw członkowskich została dokonana przy pomocy kilku dyrektyw (tzw. EIA, SEA oraz dyrektywy siedliskowej)¹³, zaś sam system

⁹ Zob. A. Kosieradzka-Federczyk, *Charakterystyka prawna wybranych aspektów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 7–8, s. 52–60.

¹⁰ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1396 z późn. zm.).

¹¹ Szerzej na tematy tych zasad zob. K. Gruszecki, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2019.

¹² Więcej: J. Makuch, *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla inwestycji rozpoczętej (lub zrealizowanej) w warunkach samowoli budowlanej (linia orzecznicza)*, LEX/el. 2017.

¹³ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko naturalne (EIA); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/42/WE z dnia 27 czerwca 2001 r. w sprawie oceny wpływu niektórych planów i programów na środowisko (SEA); Dyrektywa Rady 92/43/EWG z dnia 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory (Dyrektywa siedliskowa).

był kształtowany już od wejścia w życie pierwszej dyrektywy EIA w 1985 roku¹⁴ (nowelizowanej później kilkakrotnie) najpierw we Wspólnotach, a następnie w Unii Europejskiej. Obowiązująca w obecnej postaci dyrektywa EIA określa zasady przeprowadzania oceny oddziaływania na środowisko przedsięwzięć, które zostały wymienione w dwóch aneksach do dyrektywy, przy czym przedsięwzięcia z aneksu pierwszego nakładają bezwzględny obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, a rozstrzygnięcie ma charakter *a priori*¹⁵, natomiast te wskazane w aneksie drugim są także objęte wymogiem przeprowadzenia oceny, jednak rozstrzygnięcie co do oceny zapada w postaci *screeningu* i ma charakter *a posteriori*¹⁶. Druga z dyrektyw, tzw. SEA, dotyczy projektów planów i programów przedsięwzięć, które potencjalnie mogą w sposób znaczący oddziaływać na środowisko i wprowadza tzw. strategiczną ocenę oddziaływania na środowisko, a trzecia, dyrektywa siedliskowa, nie wskazuje konkretnych przedsięwzięć oraz projektów planów i programów, lecz odnosi się do tych, które mogłyby wywierać wpływ na obszary Natura 2000.

Transpozycja dyrektyw, a zatem ich implementacja do krajowych porządków prawnych państw Unii Europejskiej, ma za zadanie urzeczywistnienie celów wskazanych w dyrektywach i zapewnienie pełnej skuteczności prawa unijnego w danej dziedzinie, w tym przypadku polityki ekologicznej Unii. Procesy implementacyjne dyrektywy EIA w jej kształcie po nowelizacji z 2014 r. zostały oficjalnie zakończone 16 maja 2017 r.¹⁷ W Polsce proces transpozycji przybrał formę wprowadzenia odpowiednich zmian do ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko¹⁸. Harmonizacja przepisów państw członkowskich przy pomocy dyrektyw ma ten skutek, że procedury kontroli środowiskowej są we wszystkich krajach zbliżone, a efekty ocen oddziaływania na środowisko porównywalne, przez co funkcjonowanie całego systemu w zakresie Unii Europejskiej służy sprawniejszej realizacji wytycznych europejskiej

¹⁴ Zob. Dyrektywa w sprawie oceny oddziaływania na środowisko nr 85/337/WE, która była następnie trzykrotnie zmieniana w 1997, 2003 i 2009 r.

¹⁵ Do tej grupy przedsięwzięć należą np. budowa linii kolejowych, dróg szybkiego ruchu i autostrad, lotnisk oraz wysypisk niebezpiecznych odpadów.

¹⁶ W odniesieniu do projektów wskazanych w aneksie II, państwo dysponuje możliwością oceny (na podstawie kryteriów wskazanych w aneksie III do dyrektywy), czy dany projekt wymaga przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, mając na względzie przede wszystkim jego przewidywane efekty.

¹⁷ Więcej: informacje dotyczące transpozycji dyrektywy EIA na stronie EurLex <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32014L0052> (data dostępu: 20.05.2019).

¹⁸ Zob. Ustawa z dnia 9 października 2015 r. oraz Ustawa z dnia 16 grudnia 2015 r. o zmianie Ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko i niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1936 oraz Dz. U. z 2015 r., poz. 2171).

polityki ekologicznej. Niewątpliwie, istotną rolę w tej kwestii odgrywa także europejski wymiar sprawiedliwości, w ramach którego Trybunał Sprawiedliwości UE stoi na straży jednolitej wykładni i stosowania prawa UE. W tym kontekście, szczególną funkcję pełnią orzeczenia prejudycjalne TSUE, gdyż z uwagi na autonomię pojęciową, specyfikę i cele prawa unijnego, interpretacja jego norm może stanowić dla sądów krajowych trudność. Podstawą prawną pytań prejudycjalnych kierowanych przez sądy krajowe do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a orzeczenia wydawane w efekcie pytań są instrumentem zapewniania jednolitości wykładni prawa unijnego w państwach członkowskich, przy czym nie bez znaczenia jest też fakt, że procedura odesłań prejudycjalnych opiera się na współpracy sądów krajowych i TSUE¹⁹. Dla przykładu w 2018 roku aż 66,9% ogółu wszystkich spraw skierowanych do TSUE stanowiły odesłania prejudycjalne²⁰ i odsetek ten jest najwyższy w latach 2014–2018. Spośród ogólnej liczby nowych spraw skierowanych do TSUE w 2018 r. 50 spraw dotyczyło środowiska²¹ i w ramach tej liczby odnotowano 32 pytań prejudycjalnych, 15 skarg bezpośrednich oraz 3 odwołania od orzeczeń Sądu²².

Wykładnia prawa dokonana przez TSUE w orzeczeniu prejudycjalnym wiąże sąd krajowy, przed którym zawisł spór od momentu ogłoszenia orzeczenia, a także wiąże wszystkie inne instancje sądowe w danej sprawie. Sądy krajowe mają zatem za zadanie uwzględnić dokonaną przez TSUE wykładnię prawa unijnego w danej sprawie, ale w praktyce orzeczenie prejudycjalne wywołuje skutki także poza sprawą, której dotyczy. Wynika to z zasady powinności stosowania prawa UE przez państwa członkowskie oraz z zasad jednolitej wykładni i obowiązku zapewniania efektywności prawa unijnego w krajowych porządkach prawnych²³. Obowiązek ten pociąga za sobą również interpretowanie i stosowanie prawa krajowego w sposób, który nie będzie naruszał przepisów prawa unijnego. W pierwszej kolejności obowiązek ten spoczywa na sądach, ale w licznych orzeczeniach TSUE stwierdzał, że również na organach administracji, jednak w granicach wyznaczonych przez prawo krajowe. Granice prounijnej wykładni dokonywanej przez organy administracji będą zatem wyznaczone przez uprawnienia nadane tym organom przez prawo wewnętrzne²⁴.

¹⁹ Zob. A. Zalasinski, *Zakres pytania prejudycjalnego (komentarz praktyczny)*, ABC, LEX.

²⁰ Zob. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, *Sprawozdanie roczne. Działalność sądownicza*, Luksemburg 2019, s. 128.

²¹ Ibidem, s. 129.

²² Ibidem, s. 130.

²³ Zob. J. Michalska, *Pytania prejudycjalne sądów do TS UE*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, K. Wójtowicz (red.), *Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej w RP*, Wrocław 2015, s. 268.

²⁴ M. Niedźwiedź, *Stosowanie prawa wspólnotowego przez organy administracyjne*, „Casus” 2004, nr 32, s. 6–11.

Temat samowoli budowlanych pojawił się w pytaniach prejudycjalnych skierowanych do Trybunału Sprawiedliwości w sprawach włoskich z 2016 i 2017 r.²⁵ Orzeczenia, które zapadły 26 lipca 2017 r.²⁶ i 28 lutego 2018 r.²⁷ były efektem pytań prejudycjalnych złożonych odpowiednio w ramach sporu gmin Corridoria i Loro Piceno oraz osób fizycznych z władzami prowincji Macerata oraz sporu gminy Castelbellino z władzami regionu Marche. W obu sprawach sądem odsyłającym był trybunał administracyjny dla regionu Marche, a przedmiotem pytań prejudycjalnych była dyrektywa EIA (2011/92/UE) i zagadnienie, czy przepisy dyrektywy sprzeciwiają się zasadniczo krajowej regulacji lub krajowej praktyce administracyjnej, które zezwalają na poddanie kontroli podlegania ocenie oddziaływania na środowisko albo na poddanie takiej ocenie przedsięwzięć dotyczących instalacji zrealizowanych już w momencie, w którym przeprowadzana jest kontrola²⁸.

W odniesieniu do stanu faktycznego objętego wspólnym wyrokiem w pierwszej z wymienionych spraw (C-196/16 i C-197/16), przedsiębiorca zajmujący się produkcją tzw. zielonej energii zwrócił się do władz regionu Marche o zezwolenie na budowę i eksploatację instalacji do produkcji energii elektrycznej z biogazu uzyskiwanego w wyniku fermentacji beztlenowej biomasy planowanych do uruchomienia w dwóch lokalizacjach na obszarze gmin Corridonia oraz Loro Piceno. 9 listopada 2011 r. weszła w życie nowelizacja przepisów ustawy nr 7/2004 regionu Marche, na mocy której przedsięwzięcia o mocy cieplnej nieprzekraczającej określonego progu nie podlegały już ocenie ich oddziaływania na środowisko. W konsekwencji, w przypadku pierwszej z lokalizacji, decyzją z dnia 5 czerwca 2012 r. władze regionu udzieliły zezwolenia na budowę i eksploatację, jednakże gmina zaskarżyła tę decyzję do trybunału administracyjnego, który stwierdził nieważność zezwolenia w wyniku niezgodności nowelizacji ustawy z Dyrektywą EIA. Przedsiębiorca wstrzymał budowę i złożył do władz prowincji Macerata wnioski o wstępne zbadanie konieczności oceny oddziaływania tej instalacji na środowisko. 15 listopada 2013 r. władze prowincji zdecydowały, że taka ocena była konieczna i w jej następstwie 7 lipca 2014 r. uznano, że wspomniana instalacja spełniała wymogi ochrony środowiska. Gmina Corridonia wniosła skargę o stwierdzenie nieważności decyzji ponownie do trybunału administracyjnego dla regionu Marche. W sprawie drugiej lokalizacji planowanej inwestycji zezwolenie na budowę zostało wydane bez oceny oddziaływania na środowisko, i zostało ono następnie uchylone przez trybunał administracyjny. W de-

²⁵ Na temat wcześniejszych rozstrzygnięć TSUE w takich sprawach zob. A. Wilk-Ilewicz, *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia według wymogów prawa Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 4, s. 52–80.

²⁶ Wyrok TSUE z 26 lipca 2017 r. w sprawach połączonych C-196/16 i C-197/16.

²⁷ Wyrok TSUE z 28 lutego 2018 r. w sprawie C-117/17.

²⁸ Zob. treść pytania prejudycjalnego w sprawie C-117/17, punkt 20 wyroku TSUE z 28 lutego 2018 r.

cyzji z 19 listopada 2013 r. prowincja Macerata stwierdziła konieczność przeprowadzenia takiej oceny i 10 lutego 2015 r. wydała decyzję stwierdzającą, że rozpatrywana instalacja była zgodna z wymogami ochrony środowiska. W konsekwencji gmina Loro Piceno wniosła do trybunału administracyjnego skargę o stwierdzenie nieważności tej decyzji. W obu sprawach trybunał administracyjny dla Regionu Marche postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym.

W drugiej ze spraw (C-117/17) spór dotyczył konieczności poddania ocenie oddziaływania na środowisko inwestycji mającej na celu zwiększenie mocy instalacji do produkcji energii elektrycznej z biogazu. Inwestor nie przeprowadził w ogóle takiej oceny, gdyż nie było to wymagane przepisami krajowymi, które następnie zostały uznane za niezgodne z dyrektywą unijną 2011/92/UE i uchylone. Władze Regionu Marche uznały w drodze decyzji z dnia 3 czerwca 2015 r., że instalacja była zwolniona ze wstępnego badania konieczności oddziaływania na środowisko i jednocześnie zatwierdziły zezwolenie wydane uprzednio w dniu 20 czerwca 2012 r. Niemniej jednak orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2015 r. sąd administracyjny dla regionu Marche stwierdził nieważność zezwolenia wydanego w dniu 20 czerwca 2012 r., gdyż w ocenie trybunału zostało ono wydane w oparciu o przepisy ustawowe uznane następnie za niezgodne z włoską Konstytucją. Gmina Castelbellino ze swojej strony wystąpiła do sądu odsyłającego z żądaniem stwierdzenia nieważności decyzji regionu Marche z 3 czerwca 2015 r. W tych okolicznościach trybunał administracyjny postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym.

W obu orzeczeniach Trybunał przypomniał, że wstępny charakter oceny oddziaływania na środowisko wynika z potrzeby, aby w procesie podejmowania decyzji właściwe władze we wszystkich procesach planowania technicznego i podejmowania decyzji uwzględniły w możliwie najwcześniejszej fazie skutki dla środowiska w celu zapobiegania powstawaniu zanieczyszczeń i zagrożeń u źródła niż późniejszego przeciwdziałania ich skutkom²⁹. Ponadto, w ocenie Trybunału, państwa są zobowiązane do podjęcia wszelkich środków, które są niezbędne, by konwalidować zaniechanie przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, na przykład cofając lub zawieszając wydane już zezwolenia w celu przeprowadzenia takiej oceny. Jednakże taka możliwość konwalidacji powinna być uwarunkowana tym, że nie będzie ona stwarzać okazji do obejścia norm prawa Unii lub uchylecia się od ich stosowania i że pozostanie ona wyjątkiem³⁰. Ocena przeprowadzona po zbudowaniu i oddaniu do użytku instalacji nie może ograniczać się do oddziaływania tej instalacji na środowisko w przyszłości, ale powinna także uwzględnić

²⁹ Zob. punkt 33 wyroku TSUE z 26 lipca 2017 r., op. cit. Por. także wyrok z dnia 3 lipca 2008 r., Komisja/Irlandia, C 215/06, EU:C:2008:380, pkt 58.

³⁰ Zob. punkt 36 i nn., op. cit.

skutki dla środowiska, które wystąpiły od czasu wybudowania tej instalacji. TSUE podkreślił, że w wypadku zaniechania przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko prawo Unii z jednej strony nakłada na państwa członkowskie obowiązek usuwania sprzecznych z prawem skutków tego zaniechania, a z drugiej strony nie stoi na przeszkodzie temu, by ocena tego oddziaływania została przeprowadzona tytułem legalizacji po wybudowaniu i oddaniu do użytku danej instalacji, pod warunkiem że przepisy krajowe umożliwiające tę legalizację nie stwarzają zainteresowanym okazji do obejścia norm prawa Unii lub uchylenia się od ich stosowania oraz że ocena przeprowadzona tytułem legalizacji nie dotyczy jedynie oddziaływania tej instalacji na środowisko w przyszłości, ale uwzględnia także skutki dla środowiska, które wystąpiły od czasu wybudowania tej instalacji³¹.

Uwagi podsumowujące

W nawiązaniu do wyżej przytoczonych orzeczeń TSUE odpowiedź na pytanie o konieczność wprowadzenia w krajowym porządku prawnym regulacji ściśle określającej zasady legalizacji „samowoli środowiskowej” powinna być twierdząca. Rozstrzygnięcia zapadłe przed TSUE same w sobie nie mogą stanowić podstawy prawnej do wydania decyzji administracyjnej. W świetle obowiązku wyrażonego w art. 7 Konstytucji³², który statuuje zasadę legalizmu, zwaną również zasadą praworządności³³, każdy organ administracji powinien działać na podstawie i w granicach prawa, natomiast art. 107 § 4 Kodeksu postępowania administracyjnego³⁴ wskazuje elementy obligatoryjne decyzji administracyjnej, a w tym wskazanie jej podstawy prawnej. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, iż w prawie administracyjnym, co do zasady, stosowanie analogii jako metody wykładni prawa jest niedopuszczalne, gdyż praw lub obowiązków o charakterze publicznoprawnym nie można domniemywać, a tym bardziej nakładać obowiązków bez wyraźnej podstawy prawnej z uwagi na ustrojową zasadę działania władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP), która ustawowe potwierdzenie znajduje w art. 6 k.p.a.³⁵ W stosunku bowiem do organów administracji publicznej nie stosuje się zasady, zgodnie z którą to, co nie jest

³¹ Por. punkty 32 i nast. wyroku TSUE z 28 lutego 2018 r., op. cit.

³² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej jako Konstytucja RP.

³³ Szerzej: M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 7 Konstytucji*, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019.

³⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2096), dalej jako k.p.a.

³⁵ Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Warszawie w wyroku z dnia 13 listopada 2018 r., I SA/Wa 1348/17.

zakazane, jest dozwolone. Przeciwnie, dozwolone jest tylko to, co znajduje wyraźną podstawę prawną³⁶. W doktrynie wskazuje się, iż działanie na podstawie prawa oznacza: 1) działanie na podstawie obowiązującej normy prawnej; 2) prawidłowe ustalenie znaczenia normy prawnej; 3) niewadliwie dokonana subsumcja; 4) prawidłowe ustalenie następstw prawnych. Dotyczy to zastosowania zarówno normy prawa materialnego, jak i normy prawa procesowego³⁷. Zasadne jest zatem wprowadzenie wyraźnej normy prawnej pozwalającej na usankcjonowanie samowoli budowlanej, która wymagała uprzedniego przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, aby takie działanie było zgodne z prawem. Działanie na podstawie prawa to działanie na podstawie przepisów obowiązujących w dniu wydawania decyzji administracyjnej. Zasada praworządności nakłada zatem na organy orzekające obowiązek ustalenia mocy wiążącej przepisu w dniu wydania decyzji³⁸, a na obecną chwilę takiego przepisu nie ma, a przecież każdy akt władczej ingerencji organu administracji publicznej w sferę praw i obowiązków obywatela musi być oparty na konkretnie wskazanym przepisie prawa³⁹ i ingerencja taka nie może być wyinterpretowana z nieprecyzyjnej normy prawnej, nawet jeśli działałoby się to w oparciu o orzecznictwo TSUE. Tym bardziej, że zgodnie z art. 107 § 1 pkt 4 k.p.a. elementem obligatoryjnym każdej decyzji jest powołanie podstawy prawnej. Takiej podstawy prawnej w obecnym stanie prawnym pozwalającym na dokonanie oceny skutków zrealizowanej inwestycji dla środowiska nie ma, a zatem zasadne i konieczne jest jej wprowadzenie, przy czym odrębnym problemem jest określenie zasad takiego postępowania legalizującego istniejącą samowolę budowlaną od strony środowiskowej oraz zakresu oceny oddziaływania istniejącej budowli na środowisko.

Z uwagi na cel regulacji mających gwarantować ochronę środowiska oraz zdrowia ludzi podkreśla się, że rolą organu orzekającego w sprawie lokalizacji określonej inwestycji jest ustalenie oddziaływania całego przedsięwzięcia, a nie jego poszczególnych elementów⁴⁰. Istotą decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest przede wszystkim ocena możliwości lokalizacji danego przedsięwzięcia, na skonkretyzowanym w przestrzeni terenie w kontekście uwarunkowań tego przedsięwzięcia w kategoriach oddziaływania na środowisko. Skoro zatem taka ocena ma być dokonywana już po zakończeniu inwestycji (budowy) to jej zakres musi być inny i nie może odnosić się tylko do hipotetycznych skutków dla środowiska, ale musi uwzględniać faktyczne

³⁶ Por. wyrok WSA w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2017 r., II SA/GI 124/17.

³⁷ Tak B. Adamiak, *Komentarz do art. 6 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 16, Warszawa 2019.

³⁸ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 24 stycznia 2019 r., II SA/Sz 1217/18

³⁹ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 października 1987 r., IV SA 292/87.

⁴⁰ Zob. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 9 stycznia 2019 r., II SA/OI 856/18.

skutki dla środowiska, które wystąpiły po realizacji inwestycji, a także skutki, które mogą powstać w przyszłości i wynikać z użytkowania zrealizowanego przedsięwzięcia. Brak możliwości zalegalizowania istniejącej samowoli budowlanej i w ostateczności nakaz jej rozbiórki może mieć bardziej negatywne skutki dla środowiska niż jej dalsze użytkowanie.

Przyszła procedura zalegalizowania samowoli budowlanej od strony środowiskowej musi być wyjątkowa i nie może służyć obchodzeniu prawa. Musi także przewidywać sankcję za zrealizowanie inwestycji bez wymaganych uzgodnień środowiskowych. Jaki będzie to rodzaj sankcji, czy sankcja karna, czy swoisty rodzaj administracyjnej kary pieniężnej, czy też opłata za legalizację, jest kwestią wymagającą odrębnej, merytorycznej dyskusji. Wydaje się jednak, że nie powinna to być sankcja karna, ani także nie powinno się wprowadzać nowego rodzaju wykroczenia lub też przestępstwa. W przypadku sankcji karnej byłoby to bowiem postępowanie prowadzone przez organy ścigania z policją na czele, a sprawa kończyłaby się w sądzie powszechnym. Zarówno policja, jak i sądy nie są przygotowane do tego rodzaju postępowań. Postępowania karne oparte są o elementy winy, przy wymiarze kary bierze się pod uwagę obok celów w zakresie społecznego oddziaływania, elementów zapobiegawczych i wychowawczych kary także m.in. stopień winy, pobudki, sposób działania, stosunek do pokrzywdzonego, jak również właściwości, warunki osobiste i majątkowe sprawcy, jego stosunki rodzinne, sposób życia przed popełnieniem i zachowanie się po popełnieniu wykroczenia⁴¹. W ocenie autorów sankcja za „samowolę środowiskową” nie powinna być także oparta o tę część k.p.a., która reguluje administracyjne kary pieniężne⁴². Przepisy te nie są praktyczne, nie gwarantują ani szybkości postępowania, ani efektywnego nałożenia kary i stanowią swoistą konsolidację różnych prawnych regulacji. Zauważa to sam ustawodawca, gdyż np. w przypadku nakładania kar za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych wyłączył stosowanie k.p.a. w części regulującej administracyjne kary pieniężne⁴³.

W opinii Autorów, należy w przyszłej regulacji przewidzieć możliwość częściowego lub całkowitego umorzenia nałożonej kary w przypadkach wyraźnie wskazanych. Problematyka umorzenia nałożonej kary w całości lub części nie powinna być obciążona błędami legislacyjnymi, którymi, niestety, są obciążone obecne regulacje; winna być prosta w interpretacji, szybka i jednoznaczna. Odrębnej analizy wymaga także zagadnienie właściwości organów uprawnionych do wydawania stosownej decyzji w przedmiocie takiego umorzenia.

⁴¹ Por. art. 33 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 618); art. 53 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 z późn. zm).

⁴² Dział IVa k.p.a. – administracyjne kary pieniężne, art. 189a do 189k.

⁴³ Zob. art. 106 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781 z późn. zm); zob. J. Łuczak-Tarka, *Komentarz do art. 106 ustawy o ochronie danych osobowych*, [w:] D. Lubasz (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2019.

Podsumowując, konieczna jest zmiana prawa, aby móc zgodnie z prawem wydawać decyzje dotyczące środowiskowych uwarunkowań legalizacji przedsięwzięć. Konieczna jest jak najszybsza nowelizacja ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko poprzez dodanie niezbędnych przepisów w tym zakresie, a także zmiana prawa budowlanego⁴⁴, w którym mogłyby być zawarte przepisy proceduralne pozwalające na wykonie takiej decyzji środowiskowej stanowiącej element procedury związanej z zalegalizowaniem samowoli budowlanej.

Wykaz literatury

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 16, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Ciechanowicz-McLean J., *Aktualne problemy nauki prawa ochrony środowiska*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43.
- Filipowicz T., Plucińska-Filipowicz A., Wierzbowski, M., *Ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, seria Krótkie Komentarze Becka, C. Beck, Warszawa 2017.
- Florczak-Wątor M., *Komentarz do art. 7 Konstytucji*, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2019.
- Kosieradzka-Federczyk A., *Charakterystyka prawna wybranych aspektów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach*, „Samorząd Terytorialny” 2013, nr 7-8.
- Gruszecki K., *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, wyd. V, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2019.
- Łuczak-Tarka J., *Komentarz do art. 106 ustawy o ochronie danych osobowych*, [w:] D. Lubasz (red.), *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2019.
- Makuch J., *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla inwestycji rozpoczętej (lub zrealizowanej) w warunkach samowoli budowlanej (linia orzecznicza)*, LEX/el. 2017.
- Michalska J., *Pytania prejudycjalne sądów do TS UE*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, K. Wójtowicz (red.), *Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej w RP*, Prace Naukowe Wydz. Prawa, Administracji i Ekonomii UW, Wrocław 2015.
- Niedźwiedz M., *Stosowanie prawa wspólnotowego przez organy administracyjne*, „Casus” 2004, nr 32.
- Wilk-Ilewicz A., *Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia według wymogów prawa Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 4.
- Zalasiński A., *Zakres pytania prejudycjalnego (komentarz praktyczny)*, ABC, LEX.

⁴⁴ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 1994 r., Nr 89, poz. 414, t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186, 1309, 1524, 1696, 1712, 1815, 2166, 2170).

Summary

***De lege ferenda* postulates regarding the environmental aspects of the legalization of unauthorized constructions**

Key words: administrative procedure, environmental impact assessment, unauthorized construction, administrative decision.

The issue of legalization of unauthorized constructions in connection with the environmental impact assessment has become relevant in the context of the harmonization of Member States' regulations and the creation of European environmental impact assessment system. The purpose of the article is to present current legal issues in this area, relevant European law and the Court of Justice's preliminary rulings in two cases regarding Italy tried in 2017 and 2018 respectively. In those rulings the Court found it possible to legalize unauthorized constructions which could present threat to the environment and adopted some guidelines in this respect. *De lege ferenda* postulates regarding the legalization of unauthorized constructions were elaborated. The authors emphasized the need to introduce pertinent legal solutions, pointing out that national administrative provisions and administrative procedure should be taken into account.

Joanna Markiewicz-Stanny
Uniwersytet Zielonogórski
ORCID: 0000-0002-1842-7243

Interpretacja Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a międzynarodowe prawo uchodźcze – kilka uwag na tle pozbawienia wolności w związku z migracyjnym statusem

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problem interakcji pomiędzy przepisami prawa międzynarodowego praw człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego pokazany na przykładzie tzw. detencji migracyjnej. Na pewnym ogólnym poziomie niezwykle często oba te reżimy są postrzegane w swoistym *iunctim*, jako ściśle połączone ze sobą systemy ochrony praw uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Tymczasem podejmowany problem egzemplifikuje złożoność relacji pomiędzy wskazanymi dziedzinami prawa międzynarodowego, która nie jest definiowana jedynie przez konwergencję, ale także przez rozbieżność i odmienne perspektywy regulacji. Inspiracją niniejszych rozważań jest rozległe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPC) w sprawach, w których osoby poszukujące ochrony międzynarodowej zostały pozbawione wolności na podstawie art. 5 ust.1 lit. f Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako EKPC)¹.

Podstawową tezę tego opracowania jest, że pomimo orzeczeń afirmujących znaczenie standardów prawa uchodźczego, Trybunał Strasburski unika takiej wykładni EKPC, która w jego przekonaniu zawężałaby prawo państwa

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.). Trzeba na tym tle odnotować, że polskiemu rządowi zostały sprawy, w których skarżący podnoszą zarzut naruszenia art.5 ust.1 lit. EKPC w związku z ich detencją w trakcie rozpatrywania wniosku o ochronę międzynarodową *A.B. przeciwko Polsce, T.K. i S.B przeciwko Polsce* skargi nr 15845/15 56300/15, zakomunikowane 14 czerwca 2016; *M.Z. przeciwko Polsce*, skarga 79752/16, skarga zakomunikowana 8 stycznia 2018 r.

do kontroli własnego terytorium, nawet jeśli budzi to wątpliwości co do spójności z regulacjami Konwencji dotyczącej statusu uchodźców (dalej jako KSU)².

Na poparcie tej tezy zostaną przedstawione dwa obszary orzecznictwa ETPC. Pierwszym z nich jest ocena dopuszczalności detencji cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową z punktu widzenia jej celów uprawnionych. Drugim zagadnieniem jest interpretacja zasady proporcjonalności ingerencji w wolność i bezpieczeństwo osobiste osób poszukujących ochrony międzynarodowej. W perspektywie europejskiej dodatkowym kontekstem, który wymagałby uwzględnienia, jest system prawa UE, jednak ze względu na ramy niniejszego opracowania, będzie on jedynie zasygnalizowany³.

Ostatnim elementem, który wymaga wyjaśnienia, jest kwestia zakresu podmiotowego podejmowanej problematyki. Rozważania zostały zawężone do detencji stosowanej wobec uchodźców oraz osób poszukujących ochrony międzynarodowej i nie będą obejmowały cudzoziemców w sytuacji nieuregulowanej. Ci ostatni – zwani też imigrantami nieregularnymi lub nieudokumentowanymi – są osobami, które wjechały lub przebywają na terytorium danego państwa nielegalnie, ale przyczyną tego stanu rzeczy nie jest obawa przed prześladowaniem, lecz na przykład trudna sytuacja ekonomiczna w kraju pochodzenia⁴.

Detencja cudzoziemców w systemie EKPC i w międzynarodowym prawie uchodźczym

W systemie EKPC z punktu widzenia prowadzonych tutaj rozważań najistotniejsze znaczenie ma regulacja art. 5 ust.1 lit. f EKPC, który czyni dopuszczalnym *zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa albo osoby przeciwko której toczy się postępowanie w celu wydalenia lub ekstradycji*. Wobec uchodźców lub osoby poszukującej ochrony międzynarodowej można za-

² Konwencja dot. statusu uchodźców sporządzona w Genewie 28 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz.515). Protokół dot. statusu uchodźców sporządzony w Nowym Jorku 31 stycznia 1967r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz. 517 i 518).

³ Szersze uwagi na temat relacji pomiędzy detencją *asylum seekers* pod rządami prawa UE a regulacjami EKPC zob. m.in. G. Cornelisse, *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2016, Vol. 35, s. 85–86; *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, październik 2016. Jednocześnie należy zauważyć, że TSUE stwierdził ważność art. 8 ust.3 lit. a i b przekształconej dyrektywy recepcyjnej na tle zarzutu ich niezgodności z art.5 ust.1 lit. f EKPC – por. K. / Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, wyrok TS UE z 14 września 2017 r. C -18/6 ECLI:EU:C:2017:680, pkt.32.

⁴ Szersze rozważania terminologiczne przeprowadza m.in. M. Perkowska, *Illegal, legal, irregular or regular – who is the incoming foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2016, Vol. 45(1), s. 187–197.

stosować pozbawienie wolności w oparciu o inne wyjątki przewidziane w art. 5 EKPC ust.1⁵, ale przeważająca część spraw z elementem migracyjnym, rozstrzygana była w oparciu o przytoczony przepis⁶.

W międzynarodowym prawie uchodźczym pozbawienie wolności jest dopuszczalne w oparciu o przesłanki wskazane w art. 8, art. 9, art. 26 oraz art. 31 KSU. Istotnym źródłem interpretacji tych przepisów są Konkluzje nr 44 Komitetu Wykonawczego z 1986 r. (XXXVII)⁷. Następnie, na podstawie tych wspomnianych dokumentów, a zarazem w oparciu o standardy praw człowieka, wypracowano *Wytyczne UNHCR dotyczące zastosowalnych kryteriów i standardów dot. detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej i środków alternatywnych* (dalej jako Wytyczne UNHCR)⁸. James C. Hathaway zwrócił uwagę, że przyjęcie tego typu dokumentów doprowadziło do dywersyfikacji źródeł interpretacji KSU, co nie wpływa korzystnie na jej rangę i stosowanie przez sądy krajowe⁹. Jednak z drugiej strony Daniel Wilsher słusznie zauważa, że nawet Konkluzje Komitetu Wykonawczego nie znalazły wystarczającego zastosowania i państwa w obliczu sporych napływów migracyjnych nie stosowały się do nich¹⁰.

We wspomnianych Wytycznych przyjęto, że pod pojęciem detencji rozumie się *pozbawienie wolności lub uwięzienie w zamkniętym miejscu, którego osoba poszukująca azylu nie może dobrowolnie opuścić, włączając w to, chociaż nie ograniczając, więzienia lub wybudowane w tym celu ośrodki detencyjne, zamknięte ośrodki recepcyjne i przetrzymywania, a także inne służące temu obiekty*¹¹. Przytoczona definicja jest adekwatna dla stanów faktycznych identyfikowanych przez ETPC jako pozbawienie wolności w związku z art. 5 ust.1 lit. f EKPC¹².

⁵ Por. wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. w sprawie *O.M. przeciwko Węgrom*, skarga nr 9912/15, par. 45–55, gdzie ETPC analizował dopuszczalność detencji cudzoziemca w celu weryfikacji tożsamości w oparciu o art.5 ust.1 lit. b. Por. także argumentację rządu Malty w sprawie *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, wyrok ETPC z 2 kwietnia 2019 r., skarga nr 62676/16, par. 51.

⁶ Por. wyroki ETPC w sprawach związane z nielegalnym przekroczeniem granicy: z 2 października 2008 r. w sprawie *Rusu przeciwko Austrii*, skarga nr 34082/02 oraz z 12 lutego 2009 r. *Nolan i K. przeciwko Rosji*, skarga nr 2512/04.

⁷ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Detention of Refugees and Asylum-Seekers* No. 44 (XXXVII) 1986, 13 October 1986, No. 44 (XXXVII).

⁸ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the detention of asylum seekers and Alternatives to Detention*, 2012, s. 9, pkt. 5, <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html> (data dostępu: 23.06.2019).

⁹ Por. J. C. Hathaway, *Rights of Refugees under international law*, Cambridge 2005, s.114–116.

¹⁰ Por. D. Wilsher, *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge 2012, s. 133–134.

¹¹ Wytyczne UNHCR, pkt. 5.

¹² Jedną z ciekawszych sytuacji kwalifikowanych przez ETPC jako pozbawienie wolności *de facto* był transfer imigrantów do kwatery policji w wyroku z 23 lipca 2013 r. w sprawie *M.A. przeciwko Cyprowi*, skarga nr 41872/10, par. 195. W kontekście polskim zob. także wyrok ETPC z 27 listopada 2003 r. *Shamsa przeciwko Polsce*, skarga nr 45355/99 i 45357/99, par. 47. Szerzej m.in. N. Mole, C. Meredith, *Asylum and European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2010, Human Rights Files No. 9, s. 138 i nn., [1http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf).

Najczęściej detencja administracyjna wobec osób poszukujących ochrony międzynarodowej jest stosowana w kontekście ich nielegalnego wjazdu lub pobytu i znajduje podstawę w z art.31 ust. 2 KSU, który dopuszcza możliwość stosowania niezbędnych ograniczeń poruszania się. Ograniczenia takie mogą być stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w państwie nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie. W odniesieniu do powyższego trzeba wskazać, że art. 31 KSU jako całość odnosi się do uchodźców *bona fide*. Chodzi zatem o te osoby, które przybyły bezpośrednio z terytorium¹³, gdzie ich życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo, pod warunkiem niezwłocznego zgłoszenia się do władz danego państwa i przedstawienia wiarygodnych przyczyn nielegalnego wjazdu lub pobytu¹⁴.

W tym miejscu wypada podkreślić, że standardy międzynarodowego prawa uchodźczego nie są ograniczone do „uznanych” uchodźców. Jak zauważył Guy Godwin-Gill, postanowienie art. 31 ust.1 KSU pozbawione byłoby jakiegokolwiek efektu, gdyby nie zostało w tym wypadku rozciągnięte na osoby ubiegające się o status uchodźcy. Jest to także uzasadnione deklaratoryjnym charakterem nadania statusu uchodźcy przez państwo¹⁵.

W tym kontekście należy wziąć pod uwagę, że administracyjne pozbawienie wolności o charakterze prewencyjnym może zostać ocenione jako ekwiwalentne karze właśnie w rozumieniu art. 31 ust.1 KSU. Przepis ten zakazuje nakładania kar za nielegalny wjazd na uchodźców *bona fide*, a jego naruszeniem są wszelkie działania organów państwa, które czynią z detencji administracyjnej środek odstraszający¹⁶. Taki charakter ma arbitralny i dyskryminacyjny sposób stosowania pozbawienia wolności, a zatem m.in. zbyt długi czas jego trwania, brak respektowania zasady, aby był to środek rozsądny i niezbędny, brak zachowania podstawowych gwarancji praw jed-

¹³ Kryterium bezpośredniości przybycia nie wyklucza krótkiego pobytu w państwie trzecim – por. J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 396 i nn.

¹⁴ Artykuł 31 Konwencji zarówno w ustępie 1 jak i 2 jest powiązany z pilnością konieczności ucieczki, również tej powtórnej. Jeśli w kraju, gdzie uchodźca otrzymał ochronę, doznaje on pewnych trudności a nawet prześladowań, ale nie mają one charakteru niebezpieczeństwa zagrażającego życiu lub wolności, powinien on wypełnić wszystkie wymogi formalne odnośnie wjazdu do innego państwa – zob. szerzej J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 388–395.

¹⁵ Por. G. Godwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non penalization, detention and protection*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge 2003, s. 193. Autor powołuje się na UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva 1979, par. 28.

¹⁶ Por. m.in. K. Lendgren, *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers*, [w:] J. Hughes, F. Liebaut (red.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Haga 1998, s. 151. Interesującą analizę samego pojęcia odstraszenia w kontekście detencji osób poszukujących ochrony międzynarodowej przeprowadza M. Kagan, *Limiting Detention: Judicial Resistance to Detention of Asylum-Seekers in Israel and the United States*, „Texas International Law Journal” 2016, Vol. 51, s. 193–198.

nostki, a w tym kontroli sądowej¹⁷. W kategoriach odstraszenia postrzega się również traktowanie detencji jako środka utrudniającego złożenie wniosku o ochronę międzynarodową¹⁸. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie ETPC, który wskazuje, że detencja na podstawie art. 5 ust.1 lit. f EKPC nie może mieć charakteru punitywnego i musi być zabezpieczona odpowiednimi gwarancjami¹⁹.

KSU dopuszcza możliwość zastosowania pozbawienia wolności również w stosunku do uchodźców, którzy legalnie przebywają na terytorium państwa, ale tylko w takich granicach w jakich byłoby ono zastosowane wobec cudzoziemców w ogóle w tych samych okolicznościach (art. 26 KSU).

Wobec masowego charakteru napływu uchodźców do Europy w ostatnim czasie szczególnie istotna jest możliwość zastosowania środków tymczasowych. W art. 9 KSU przewidziano, że w sytuacji wojny lub w razie zaistnienia innych poważnych i wyjątkowych okoliczności mogą zostać podjęte tymczasowo w stosunku do określonej osoby, środki uznane za niezbędne dla bezpieczeństwa narodowego zanim państwo nie uzna, że dana osoba jest uchodźcą i dalsze stosowanie wspomnianych środków nie jest z tego względu niezbędne. Brzmienie tego postanowienia konwencji nakazuje brać pod uwagę nie tylko poważny i wyjątkowy charakter sytuacji, ale też niezbędność zastosowania tych środków, np. internowania. Są one zgodne z konwencją wtedy, gdy państwo bez ich zastosowania nie byłoby w stanie ocenić czy wobec konkretnego uchodźcy nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 1 F KSU lub też czy dana osoba nie zagraża bezpieczeństwu państwa ze względu na działalność szpiegowską²⁰.

Relacje pomiędzy prawami człowieka a prawem uchodźczym

Szczegółowe rozważania na temat interpretacji komentowanych przepisów powinny być poprzedzone nieco szerszym spojrzeniem na relacje pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a międzynarodowym pra-

¹⁷ Por. także G. Noll, *Article 31 1951 Convention*, [w:] A. Zimmermann, J. Doerschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford 2011, s.1263–1264.

¹⁸ Por. G. Godwin-Gill, op.cit., s. 226. Por także punkt 31–32 Wytycznych UNHCR. Specjalny sprawozdawca do spraw praw człowieka migrantów już kilka lat temu wskazywał na utrudniony bądź żaden dostęp do procedur azylowych migrantów poddanych detencji na południu Europy lub w krajach ościennych – por. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants*, U.N. Doc. A/HRC/23/46, 24.4. 2013, par. 53.

¹⁹ Por. wyrok ETPC z 18 kwietnia 2013 r. w sprawie *Azimov przeciwko Rosji*, skarga nr 67474/11, par. 172.

²⁰ Por. J.C. Hathaway, *Rights of Refugees...*, s. 269.

wem uchodźczym. Pokrewieństwo tych dziedzin prawa międzynarodowego jest niewątpliwe i znajduje odzwierciedlenie w preambule KSU wprost odwołującej się do Karty Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka²¹. W dokumentach Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (dalej jako UNHCR) istnieje wieloletnia tradycja powoływania się na standardy ochronne praw człowieka²².

Magdalena Forowicz zwracała uwagę, że w przypadku orzecznictwa strasburskiego odniesień do KSU nie jest tak wiele, jak można by oczekiwać²³. Z drugiej strony można zadać pytanie, na ile takie „oczekiwania” są uprawnione i jaka miałyby być ich obiektywna miara, skoro mamy do czynienia z odrębnymi traktatami. Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera prawa do azylu i ma zastosowanie tylko wtedy, gdy skargi osób ubiegających się o ochronę międzynarodową wchodzą w zakres potencjalnego naruszenia któregoś z konwencyjnych praw²⁴.

ETPC w sprawie *Amuur przeciwko Francji* stwierdził, że środki przyjmowane przez państwa w oparciu o art. 5 ust. 1 lit f Konwencji są akceptowalne jedynie w celu zapobieżenia nielegalnej migracji *przy jednoczesnym przestrzeganiu ich zobowiązań międzynarodowych wynikających z Konwencji genewskiej dot. status uchodźcy i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*²⁵. W tym samym wyroku czytamy, że uprawniony interes państwa w zakresie zwalczania nielegalnej migracji nie może pozbawiać osób poszukujących ochrony międzynarodowej ich praw²⁶.

W swym późniejszym orzecznictwie ETPC podnosił, że artykuł 5 ust.1 EKPC odnosi się w stosownych przypadkach do innych norm prawnych mających zastosowanie do zainteresowanych stron, w tym tych które są zakorzenione w prawie międzynarodowym²⁷, a także w prawie Unii Europej-

²¹ Wysokie Umawiające się Strony, biorąc pod uwagę, że Karta Narodów Zjednoczonych i Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne dnia 10 grudnia 1948 r., potwierdziły zasadę, że wszyscy ludzie bez dyskryminacji powinni korzystać z podstawowych praw i wolności (...).

²² Zob. szerzej wywody K. Ogg, *A Something dangerous convergence: refugee law, human rights law and The Meaning of the Effective protection*, „Macquarie Law Journal” 2013, Vol. 112, s. 111. Zob. też zasady 3 i 7 Wytycznych UNHCR.

²³ Por. M. Forowicz, *Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 235.

²⁴ Wyjątkiem jest prawo do słusznego procesu przewidziane w art. 6 EKPC, który to przepis Trybunał interpretuje w ten sposób, że sprawy związane z wjazdem, pobytem i deportacją cudzoziemców nie wchodzą w zakres przedmiotowy ani praw i obowiązków cywilnych ani sprawy karnej – por. wyrok ETPC z 5 października 2000 r. w sprawie *Maaouia przeciwko Francji*, skarga nr 39652/98, par. 40.

²⁵ Por. wyrok ETPC z 25 czerwca 1996 r. w sprawie *Amuur przeciwko Francji*, skarga nr 19776/92, par. 43.

²⁶ Por. ibidem.

²⁷ Por. *Medvedyev i inni przeciwko Francji*, par. 79; wyrok ETPC z 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Takush przeciwko Grecji*, skarga nr 2853/09, par. 40; wyrok ETPC z 1 marca 2016 r., w sprawie *Kholmurodov przeciwko Rosji*, skarga nr 58923/14, par. 84.

skiej²⁸. Wydaje się jednak, że pełniejszy obraz wykładni EKPC uzyskamy przywołując wyrok w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, gdzie ETPC stwierdził, iż EKPC ma być interpretowana w zgodzie z innymi normami prawa międzynarodowego *tak dalece, jak to jest możliwe*²⁹. Ponadto w orzeczeniu *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* Trybunał Strasburski słusznie zauważył, że nie jest jego rolą badanie czy Państwa – Strony respektują postanowienia KSU³⁰.

Niewątpliwie w orzecznictwie strasburskim można wyodrębnić grupę wyroków, które obwołano triumfem praw uchodźców³¹ i tym samym potwierdzają tezę, że rozwój prawa międzynarodowego praw człowieka nie tylko przyczynił się do wzmocnienia gwarancji ochronnych wynikających z prawa uchodźczego³², ale też rozszerzał je podmiotowo i przedmiotowo w stosunku do KSU³³. Wskazana dynamika praw jednostki nabrała takiego tempa, że zaczęto stawiać pytanie, czy prawa człowieka nie zastępują prawa uchodźczego³⁴. Równocześnie pojawiły się poglądy, że prawo uchodźcze jest w istocie częścią międzynarodowego praw człowieka³⁵. Pewną podstawą ku temu jest

²⁸ W tym przypadku chodziło o limity czasowe detencji wynikające Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich (dalej jako Dyrektywa powrotowa) Dz. Urz. UE L 348, 24.12.2008 – por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 70; wyrok ETPC z 11 lutego 2010 r. w sprawie *Raza przeciwko Bułgarii*, skarga nr 31465/08, par. 74.

²⁹ Por. wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga 35763/97, par. 55.

³⁰ Por. wyrok ETPC z 21 stycznia 2011 r. w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09, par. 286

³¹ Choćby takich jak wyrok ETPC z 23 lutego 2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa przeciwko Włochom*, skarga nr 27765/09 czy też wspomniany już wyrok *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*.

³² Przeprowadzanie błyskawicznych deportacji pozbawiających cudzoziemców realnego dostępu do procedur ochrony międzynarodowej uznane za naruszenie art. 13 EKPC w zakresie dostępu cudzoziemców do skutecznego środka odwoławczego – por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 13 grudnia 2012 r. w sprawie *Souza Ribeiro przeciwko Francji*, skarga 22689/07, par. 97–98.

³³ Można wskazać choćby na szerszy w porównaniu z KSU zakres zasady *non-refoulement*, rozszerzanie statusów ochronnych umożliwiających pobyt na terytorium państwa osób nie spełniających kryteriów Konwencji Genewskiej –por. szczegółowo M. Forowicz, op.cit., s. 236–249. Por. także elementy obowiązków proceduralnych związane z ochroną przed wydaleniem do kraju w którym cudzoziemcowi groziłaby śmierć, lub tortury.

³⁴ C. Harvey, *Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers and the Rights Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar, 2013 s. 13, 69.

³⁵ Taki pogląd prezentuje m.in. H. Lambert, *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48(3), s. 519; pośrednio taki wydzwięk ma stanowisko T. Gammeltoft-Hanssena, *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011, s. 213. Ponadto niektórzy autorzy traktują Konwencję dot. statusu uchodźców jako traktat prawnoczwolniczy – szerzej zob. J. C. Hathaway, *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, „Journal of Refugee Studies” 1991, Vol. 4(2), s. 113–131, <https://doi.org/10.1093/jrs/4.2.113>; J. McAdam, *The complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford 2007, s. 29–33; T. Einarssen, *Drafting History of the 1951 Convention and 1967 Protocol*, [w:] A. Zimmermann i in. (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford 2011, s. 37–73.

ich pewna funkcjonalna zbieżność rozumiana w ten sposób, że są to dwa źródła praw ochrony uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej. Niemniej, rozpatrując rzecz z punktu widzenia samego zakresu przedmiotowego i podmiotowego regulacji traktatowych, taki pogląd wydaje się zbyt daleko idący choćby dlatego, że prawa człowieka nie są w stanie całkowicie zastąpić i skutecznie gwarantować wszystkich elementów związanych z udzielaniem ochrony międzynarodowej.

W powyżej zarysowanym kontekście warto wskazać, że regulacje obu grup przepisów, aczkolwiek cel mają wspólny, nie są przecież identyczne ani podmiotowo ani przedmiotowo³⁶. Jeśli uwzględnić zakres podmiotowy, to jest on w sposób oczywisty znacznie węższy w przypadku prawa uchodźczego. Ponadto KSU w wielu aspektach zawiera rozwiązania dużo bardziej szczegółowe i dalej idące niż tego wymaga od Państw – Stron EKPC czy inne traktaty³⁷. Wymienić tu należy obowiązki państw w zakresie wydania dokumentu tożsamości uchodźcom, którzy nie posiadają ważnego dokumentu podróży (art. 27 KSU) oraz dokumentów podróży uchodźcom legalnie przebywającym na terytorium na danego państwa (art. 28 KSU), prawa majątkowe związane z nabyciem mienia ruchomego i nieruchomego (art. 13 KSU), zrównane uchodźców z obywatelami w zakresie korzystania z ochrony własności przemysłowej (art. 14 KSU). Ponadto, jeśli spojrzymy na prawa socjalne, które w traktatach praw człowieka są regulowane jako zobowiązania progresywne i realizowane programowo, to na gruncie KSU mają one charakter wiążący bezwzględnie – z punktu³⁸. Można powiedzieć, że są to regulacje sprowadzające się do włączenia uchodźcy legalnie przebywającego na terytorium państwa w rynek pracy i system świadczeń społecznych³⁹. W piśmiennictwie zauważa się również, że celem postanowień KSU jest „nie tylko” zagwarantowanie uchodźcy podstawowych praw i wolności, ale też danie mu możliwości „posmakowania” substancji obywatelstwa⁴⁰.

W literaturze można też spotkać poglądy, że prawo uchodźcze ma charakter subsydiarny wobec praw człowieka, ponieważ jego uruchomienie następuje w sytuacjach, gdy zawodzi ochrona praw jednostki na terytorium państwa, z którego pochodzi uchodźca⁴¹. Wydaje się jednak, że tak rozumia-

³⁶ Zob. szersze uwagi H. Ragheboom, *The International Legal Status and Protection of Environmentally Displaced Persons: A European Perspective*, Leiden, Boston 2017, s. 182; por. J. C. Hathaway, *Rights of refugees...*, s. 154.

³⁷ Por. K. Ogg, op. cit., s. 111.

³⁸ Są to między innymi: zobowiązanie do przyznania możliwie najkorzystniejszego traktowania w zakresie wykonywania pracy najemnej (art. 17), prawa w zakresie opieki społecznej (art. 23), a także zobowiązanie w zakresie ustawodawstwa pracy i zabezpieczenia społecznego (art. 24).

³⁹ Por. J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 94–95.

⁴⁰ Por. C. Harvey, op. cit., s. 72.

⁴¹ Por. J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 135; K. Ogg, op. cit. s. 112.

na pomocniczość nie powinna determinować automatycznie hierarchizowania zobowiązań jednej czy też drugiej dziedziny prawa międzynarodowego. Biorąc pod uwagę specyfikę wskazanych regulacji bardziej zasadne wydaje się spoglądanie na nie jako na komplementarne wobec siebie zespoły norm prawnych mające na celu ochronę praw jednostki⁴².

Drugą płaszczyzną, która nadaje szerszy kontekst późniejszym wywodom, są odmienne perspektywy z jakich ocenia się te same sytuacje faktyczne. Jedną z najczęstszych przyczyn pozbawienia wolności imigrantów jest konieczność ustalenia ich tożsamości z powodu braku dokumentów lub z powodu posiadania dokumentów fałszywych. W prawie międzynarodowym praw człowieka takie okoliczności – podobnie jak nielegalny wjazd – są oceniane w perspektywie odstępstwa od przyjętych zasad. Tym samym są postrzegane w kontekście ochrony porządku lub bezpieczeństwa publicznego, zwalczania nielegalnej migracji i są powiązane z limitacją korzystania z określonych praw⁴³.

Natomiast w perspektywie KSU jest to sytuacja bliższa regule niż wyjątkowi: uchodźca jest człowiekiem, który najczęściej z powodu prześladowania nie jest w stanie uzyskać stosownych dokumentów. Podobnie rzecz się ma z wjazdem – uchodźca jest na ogół tym, który wjeżdża na terytorium innego państwa nielegalnie, w sposób ukryty, często z pomocą przemytników⁴⁴. Specyfika położenia osób uciekających przed prześladowaniem znajduje odzwierciedlenie choćby we wspomnianych regulacjach art. 27 i art. 28 KSU odnoszących się do wydania dokumentów tożsamości lub podróży, a także stanowi *ratio legis* zakazu penalizacji nielegalnego wjazdu w art. 31 ust. 1 tejże Konwencji. Na tym tle trzeba odnotować formułowane przez UNHCR postulaty zachowania pewnego realizmu co do liczby i jakości dokumentów, które uchodźca powinien przedstawić władzom. Podnosi się, że tożsamość danej osoby może być przecież ustalona za pomocą innych informacji i środków. Podkreśla się, że wkomponowana w sytuację faktyczną uchodźcy niemożność przedstawienia określonych dokumentów nie powinna być automatycznie interpretowana jako niechęć do współpracy lub sama w sobie uzasadniać negatywnej oceny z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. Tym, czego pań-

⁴² Dodatkowo trzecim filarem ochrony jest tu międzynarodowe prawo humanitarne. Statement at the International Association of Refugee Law Judges world conference, Stockholm, 21–23 April 2005, by Emanuela-Chiara Gillard, ICRC Legal Adviser, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/6t7g86.html> (data dostępu: 26.02.2016).

⁴³ Por. wyrok ETPC z 12 października 2012 r. w sprawie *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, skarga nr 13178/03, par. 80–81; por. także stan faktyczny w sprawie *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*.

⁴⁴ Chociaż G. Godwin-Gill przywołuje przypadek, gdy jeden z sądów niemieckich odmówił zastosowania art. 31 KSU, jeśli uchodźca skorzystał z pomocy przemytników Decision nr 230/99, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 14 Jan. 2000. Jak zauważa ten autor jest to interpretacja niezgodna z ideą i duchem konwencji genewskiej, ale także art. 5 Protokołu do przestępczości zorganizowanej – por. G. Godwin-Gill, op. cit., s.202.

stwo powinno oczekiwać, jest przedstawienie rozsądnego wytłumaczenia danej sytuacji, tak aby była możliwa ocena czy nie są to działania obliczone na wprowadzenie w błąd i wynikające z rzeczywistej niechęci do współpracy⁴⁵.

Kolejną odmiennością kontekstów jest kwestia masowego napływu cudzoziemców. Zasadniczo międzynarodowe prawo uchodźcze zostało dla takich sytuacji stworzone, choć z drugiej strony opiera się ono na indywidualizacji oceny sytuacji osoby poszukującej ochrony międzynarodowej. O ile w perspektywie praw człowieka sytuacje kryzysowe wpisują się w okoliczności uzasadniające limitację, a w ściśle określonych okolicznościach także derogację praw jednostki, o tyle istotą prawa uchodźczego jest jego działanie w kryzysie i konstrukcja jako odpowiedzi na kryzys⁴⁶.

Zapobieżenie nieautoryzowanemu wjazdowi lub przeprowadzenie deportacji

Przechodząc do sedna omawianego problemu, wskazana już wcześniej swoista konwergencja pomiędzy prawem praw człowieka a międzynarodowym prawem uchodźczym zachodzi na gruncie wymogu, aby pozbawienie wolności w kontekście migracyjnym było zgodne z prawem. Warunek ten nie jest obecny w warstwie tekstualnej art. 9, 26 ani 31 KSU, natomiast sformulowano go w punkcie b Konkluzji nr 44, a także w Wytycznych UNHCR z wyraźnym odwołaniem do standardów praw człowieka⁴⁷.

W systemie EKPC zgodność z prawem wynika wprost z brzmienia art. 5 EKPC, a w strasburskim *case law* podstawowym odnośnikiem jest tu treść regulacji krajowej – zarówno jej elementy materialne, jak i proceduralne⁴⁸. Niemniej jednak kontrola obejmuje także test zgodności prawa krajowego z celem art. 5 EKPC, jakim jest ochrona jednostki przed arbitralnością⁴⁹, a także z gwarancjami wynikającymi z art. 5 ust.2 oraz art. 5 ust.4 EKPC⁵⁰, choć należy podkreślić, że związek pomiędzy naruszeniami art. 5 ust.1 EKPC a powołanymi przepisami nie jest automatyczny⁵¹.

⁴⁵ Por. Wytyczne UNHCR, par. 25.

⁴⁶ Por. C. Dauvergne, *Refugee Law as a Perpetual Crisis, Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar 2013, s. 14.

⁴⁷ Por. Wytyczne UNHCR, par. 15–17, s. 14.

⁴⁸ Por. wyrok ETPC z 11 października 2007 r. w sprawie *Nassruloyev przeciwko Rosji*, skarga nr 656/06, par. 70; *M.A. przeciwko Cyprowi*, par. 197.

⁴⁹ Por. *Amuur przeciwko Francji*, par. 50.

⁵⁰ Por. np. tożsamość zarzutów na tle art. 5 ust. 1 oraz art. 5 ust.4 EKPC w wyroku ETPC z 2 maja 2013 r. w sprawie *Barjamaj przeciwko Grecji*, skarga nr 36657/11, par. 46. Por. także wyroki ETPC: z 10 czerwca 2008 r. w sprawie *Galliani przeciwko Rumunii*, skarga nr 69273/01, par. 47; z 23 listopada 1993 r. w sprawie *Navarra przeciwko Francji*, skarga 13190/87, par. 24; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 kwietnia 1999 r. w sprawie *Aquilina przeciwko Malcie*, skarga nr 25642/94, par. 39.

⁵¹ Por. *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, par. 80.

W standard konwencyjny wpisuje się również element pewności prawa, a zatem pozbawienie wolności musi być przewidziane przez prawo i z nim zgodne, konsekwencje jego zastosowania powinny być przewidywalne⁵². ETPC wskazuje w związku z tym na wymóg odpowiedniej jakości prawa ze względu na zasadę rządów prawa stanowiących wewnętrzną cechę całego systemu Konwencji⁵³.

Detencja w oparciu o art. 5 ust. 1 lit. f EKPC jest zgodna z Konwencją tylko wtedy, gdy jest stosowana w jednym z celów uprawnionych, którymi są: zapobieżenie nielegalnemu wjazdowi, wydalenie oraz przeprowadzenie ekstradycji. Jeśli chodzi o wykładnię pojęcia nieautoryzowanego wjazdu Wielka Izba ETPC w 2008 roku w orzeczeniu *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* zapoczątkowała linię orzeczniczą, która pozostaje aktualna po dziś dzień⁵⁴. Sprawa ta dotyczyła pozbawienia wolności Kurda pochodzącego z Iraku poszukującego ochrony międzynarodowej w Wielkiej Brytanii. Skarżący był niewątpliwie uchodźcą *bona fide*; już na lotnisku zaraz po przybyciu do Wielkiej Brytanii złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej. Otrzymałszy czasowe zezwolenie na pobyt, przez kilka dni przebywał na wolności stosując się do wydanych mu przez władze poleceń stawiania się na lotnisku. Dopiero po tym czasie skarżący został pozbawiony wolności na siedem dni w ramach przyspieszonych procedur w ośrodku recepcyjnym *Oakington*.

Kluczowym elementem w tej sprawie była kwestia oceny, czy pozbawienie wolności skarżącego spełniało konwencyjną przesłankę zapobieżenia nieautoryzowanemu wjazdowi na którą powoływało się skarżone państwo. Zarówno w przypadku EKPC, jak i KSU nie ma wątpliwości, że sam wjazd bez zezwolenia jest aktem nieautoryzowanym⁵⁵. Natomiast przedmiotem rozbieżności stało się ustalenie, kiedy i w jakiej formie dochodzi do autoryzacji pobytu cudzoziemca.

UNHCR, który włączył się w to postępowanie na etapie orzekania przez Wielką Izbę, wskazał, że jeśli państwo dopuszcza na swoje terytorium osobę poszukującą ochrony międzynarodowej, a ta osoba spełnia warunki przewidziane prawem krajowym, czasowy wjazd i pobyt na terytorium tego pań-

⁵² Por. m.in. wyroki ETPC z 18 grudnia 1986 r. w sprawie *Bozano przeciwko Francji*, skarga nr 9990/82, par. 54; z 5 października 2004 r. w sprawie *H.L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 45508/99, par. 114; z 6 marca 2003 r. w sprawie *Dougoz przeciwko Grecji*, skarga nr 40907/98, par. 55; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 23 lutego 2012 r. w sprawie *Creanga przeciwko Rumunii*, skarga nr 29226/03, par. 101.

⁵³ *Nolan i K. przeciwko Rosji*, par. 82; por. także wyrok ETPC z 12 stycznia 2010 r. w sprawie *Al-Agha przeciwko Rumunii*, skarga nr 40933/02, par. 84–86.

⁵⁴ Por. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 29 stycznia 2008 r. w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13229/03.

⁵⁵ Por. brzmienie art. 31 ust. 1 KSU, zakazującego nakładania kar na uchodźców, którzy weszli lub przebywają na ich terytorium bez zezwolenia (*enter or are present in their territory without authorization*).

stwa nie mogą być uznane za nieautoryzowane⁵⁶. Trzeba przy tym zauważyć, że w KSU mamy do czynienia z dwoma pojęciami, a więc „uregulowania statusu”, o którym mowa w art. 31 ust. 2 oraz „legalnego pobytu” zawartego w treści art. 26 KSU. W analizach powyższych przepisów przyjmuje się, że do uregulowania statusu w rozumieniu art. 31 ust. 2 dochodzi wtedy, kiedy poszukujący ochrony międzynarodowej spełnia wszystkie warunki formalne wymagane do weryfikacji statusu uchodźcy. Zastosowanie pozbawienia wolności może mieć wtedy uzasadnienie jedynie na warunkach wskazanych w art. 26 KSU, który stanowi, iż uchodźca legalnie przebywający na terytorium państwa ma prawo wyboru miejsca stałego zamieszkania i prawo do swobodnego poruszania się w granicach tego terytorium, z zachowaniem przepisów stosowanych wobec cudzoziemców w ogóle w tym samych okolicznościach⁵⁷.

Interpretację zbliżoną do UNHCR przyjmuje również Komitet Praw Człowieka wyrażając pogląd, że cudzoziemiec, który wjedzie na terytorium państwa niezgodnie z przepisami, ale przedstawi wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, przebywa w danym kraju zgodnie z prawem⁵⁸. Tymczasem w ocenie ETPC decyzja o autoryzacji wjazdu należy do państwa i dopóki nie zostanie ona podjęta, samo zgłoszenie się do władz migracyjnych przez cudzoziemca nie legalizuje jego pobytu, niezależnie od tego, czy chodzi o udzielenie ochrony międzynarodowej, czy inną formę legalizacji a sprawa ta pozostaje zależna od prawa krajowego⁵⁹. Stanowisko to ETPC podtrzymał w wyrokach zapadłych w ciągu ostatnich lat⁶⁰, także w stosunku do Państw – Stron związanych prawem UE, które nakazuje zapewnienie, aby osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową miały prawo do pozostawania na ich terytorium⁶¹. W doktrynie podnoszono zatem, że z punktu widzenia prawa UE podejście prezentowane przez ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* jest mocno wątpliwe i wprowadza element nie-

⁵⁶ Por. stanowisko UNHCR prezentowane w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 56.

⁵⁷ Por. J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, s. 418.

⁵⁸ Por. General Comment of Human Rights Committee No. 27, *Freedom of movement* (art.12), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.21/Add.9, par. 4; orzeczenie Komitetu Praw Człowieka z 18 lipca 1994 r. w sprawie *Celepli przeciwko Szwecji*, Communication No. 456/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/456/1991, par. 9.2.

⁵⁹ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 65.

⁶⁰ Por. wyrok ETPC z 23 lipca 2013 r. w sprawie *Suso Musa przeciwko Malcie*, skarga nr 42337/12, par. 90 *Aboya Boa Jean przeciwko Malcie*, par. 53; *Mahamed Jama przeciwko Malcie*, skarga nr 10290/13, wyrok ETPC z 26.11.2015, par. 137.

⁶¹ Por. m.in. art. 7 ust.1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (Dz. Urz. UE L 180, 29.6.2013); art. 9 ust.1 dyrektywy proceduralnej.

pewności⁶². Zarzut ten nie jest do końca trafiony, ponieważ Trybunał Strasburski nie jest związany prawem unijnym i jeśli bierze je pod uwagę, to tylko i wyłącznie w sytuacjach, gdy sprawa dotyczy Państwa – Strony, które jest jednocześnie członkiem UE.

Na tym właśnie tle ETPC stwierdził, że jeśli państwo wykracza poza swoje zobowiązania wynikające z EKPC tworząc bardziej korzystną pozycję jednostki – o czym mowa w art. 53 EKPC – zastosowanie detencji dla zapobieżenia nielegalnemu wjazdowi *może budzić wątpliwości co do jego zgodności z prawem w rozumieniu art. 5 ust.1 f, ponieważ trudno uznać, że środek ten jest ściśle powiązany z celem konwencyjnym*⁶³. Użyte w tym wyroku stwierdzenie „może budzić wątpliwości” należy ocenić krytycznie, ponieważ ETPC nie przyjął precyzyjnego stanowiska czy w takich sytuacjach dochodzi do naruszenia EKPC czy też nie.

Co istotne ETPC w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* stwierdził, że Konkluzje Komitetu Wykonawczego nr 44 jak i jego Wytyczne przewidują możliwość pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej w niektórych sytuacjach. Rzeczywiście w punkcie b powołanego przez Trybunał dokumentu wskazuje się, że detencja może być zastosowana, gdy jest niezbędne w następujących okolicznościach: w celu ustalenia tożsamości, w celu ustalenia okoliczności, na których opiera się wniosek, w sytuacji zniszczenia dokumentów przez wnioskującego lub używania dokumentów podrobionych w celu wprowadzenia w błąd władz kraju ubiegania się o status uchodźcy, gdy istnieje konieczność ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego⁶⁴. Aczkolwiek są to tylko trzy cele, to jednak bardzo szeroko rozumiane. Najszerzy zakres ma przesłanka porządku publicznego obejmująca konieczność zapobieżenia ucieczce lub sytuacje istnienia prawdopodobieństwa braku współpracy, związek z przeprowadzaniem przyspieszonych procedur dla oczywiście bezzasadnych lub nadużywających wniosków, konieczność przeprowadzenia identyfikacji⁶⁵ i oceny z punktu widzenia bez-

⁶² AIDA, *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation*, AIDA Legal Briefing nr 1, czerwiec 2015 r., s. 7; C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016, s. 296–297. Notabene skarżący w sprawie Saadi oraz Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawników powoływali się tu m.in. na treść Dyrektywy powrotowej, w której stanowi się, że osoby aplikujące o międzynarodową ochronę przebywają w danym państwie w sposób zgodny z prawem przez cały czas trwania procedury azylowej. Jednakże trzeba podnieść, że zgodnie z art.2 ust. 1 jej zastosowanie może być wyłączone wobec osób zatrzymanych lub ujętych, które przekroczyły granice państwa w sposób niezgodny z prawem.

⁶³ Por. *Suso Musa przeciwko Macie*, par. 97.

⁶⁴ Konkluzje wykonawcze No. 44 (XXXVII) 1986; Por. Wytyczne UNHCR, zasada 3.

⁶⁵ Generalnie możliwość kilkudniowej detencji w celu weryfikacji tożsamości została przewidziana por. UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Thirteenth Meeting*, 22 November 1951, A/CONF.2/SR.13, pp. 13–15; SR.14, pp. 4 and 10–11; and SR.35, pp. 11–13, 15–16 and 19.

pieczeństwa państwa, konieczności pozyskania informacji niezbędnych dla oceny wniosku, których nie można uzyskać inaczej niż za pomocą pozbawienia wolności⁶⁶. W literaturze podnosi się, że tak szeroki katalog celów uprawnionych detencji w gruncie rzeczy stoi w sprzeczności z twierdzeniem, że pozbawienie wolności cudzoziemca powinno mieć charakter wyjątkowy⁶⁷.

W sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* siedmiodniowa detencja w związku z procedurą udzielania ochrony międzynarodowej została potraktowana jako mieszcząca się w ramach pierwszego zdania art. 5 ust. 1 lit. f, podobnie jak w sprawie *Kanagaratnam przeciwko Belgii*⁶⁸, ale już w sprawie *Ahmade przeciwko Grecji* oraz *R.U. przeciwko Grecji* była oceniana pod kątem drugiego członu art. 5 ust. 1 lit. f, a więc celem uprawnionym było przeprowadzenie deportacji⁶⁹. W tych przypadkach ETPC stwierdził naruszenie art. 5 ust. 1 lit. f Konwencji, ponieważ zarówno prawo krajowe, jak i międzynarodowe zakazują deportacji osób oczekujących na decyzję w sprawie ich wniosku⁷⁰. Na tej podstawie można by wyciągnąć wniosek, że osoby poszukujące ochrony międzynarodowej nie mogą być pozbawione wolności w celu przeprowadzenia deportacji w świetle art. 5 ust. 1 lit. f EKPC. Tu jednak pojawia się problem praktyczny, a mianowicie jakie uzasadnienie konwencyjne ma w takim razie detencja cudzoziemca wobec którego wszczęto procedury deportacyjne/przymusowego powrotu, a który w trakcie pozbawienia wolności składa wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej? Odpowiedzi na to pytanie w sprawie *Nabil i inni przeciwko Węgrom* udzielił ETPC: *W opinii Trybunału tocząca się sprawa o udzielenie azylu jako taka nie oznacza, że pozbawienie wolności przestało mieć charakter środka prowadzącego do wydalenia – ewentualne odrzucenie wniosków o udzielenie azylu mogło bowiem otworzyć drogę do wykonania nakazu deportacji*⁷¹.

⁶⁶ Por. Wytyczne UNHCR,

⁶⁷ Por. C. Costello, *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights law and EU law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies 2012”, Vol. 19, s. 276.

⁶⁸ Por. wyrok ETPC z 13 grudnia 2011 r. *Kanagaratnam przeciwko Belgii*, skarga nr 15297/09.

⁶⁹ Por. wyrok ETPC z 25 września 2012 r. w sprawie *Ahmade przeciwko Grecji*, skarga nr 50520/09, par. 138–144; wyrok ETPC z 7 czerwca 2011 r. w sprawie *R.U. przeciwko Grecji*, skarga nr 2237/08, par. 93.

⁷⁰ Por. *Ahmade przeciwko Grecji*, par.139; *R.U. przeciwko Grecji*, par.94. wyrok ETPC z 11 czerwca 2009 r. w sprawie *S.D. przeciwko Grecji*, skarga nr 53541/07, par. 62; *R.U. przeciwko Grecji*...

⁷¹ Por. *Nabil i inni przeciwko Węgrom*, par. 3. To rozumowanie zostało powołane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie N. Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2016 r. w sprawie *J. N. przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C 601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, pkt. 77–80. Jednak TS UE w innym wyroku stwierdził, że w toku postępowania odwoławczego od decyzji w sprawie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej cudzoziemiec nie może przebywać w detencji mającej podstawy w art. 15 Dyrektywy Powrotowej, pomimo że jego pobyt nie jest legalny – wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 czerwca 2018 r w sprawie *Sadikou Gnandi przeciwko Etat belge*, ECLI:EU:C:2018:465, pkt. 62.

Stanowisko ETPC wyrażone w powołanych sprawach greckich zainspirowało pytania o dopuszczalność pozbawienia wolności w celu zabezpieczenia procedury transferu z jednego państwa do drugiego w oparciu o art. 28 Rozporządzenia Dublin III, do którego odsyła art. 8 ust. 3 lit. f Przekształconej Dyrektywy Recepcyjnej⁷². Niewątpliwie ETPC pozbawienie wolności w ramach procedury Dublin III potraktował jako sytuację osoby, wobec której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję w rozumieniu drugiej części art. 5 ust. 1 lit. f⁷³. Stąd też podnoszono, że system dubliński pozostaje w sprzeczności z art. 5 ust. 1 lit. f EKPC, ponieważ legitymizuje zatrzymanie w związku z wydaleniem osób ubiegających się o ochronę międzynarodową, które nie otrzymały ostatecznej decyzji w sprawie ich wniosku⁷⁴. Wydaje się, że w ogóle wykluczanie dopuszczalności detencji w procedurach dublińskich ze względu na prawo uchodźcze jest sprzeczne z pewnym funkcjonalnym postrzeganiem tego ostatniego jako całości. Mianowicie kluczowym dla KSU jest zapewnienie, aby osoba poszukująca ochrony miała do niej dostęp przynajmniej na poziomie złożenia i rozpatrzenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy w ramach sprawiedliwych i szybkich procedur, następnie zaś stosownie do ich rozstrzygnięcia potencjalnie nabywała kolejne prawa wynikające z Konwencji. Biorąc to pod uwagę, trudno pominąć, że procedura dublińska, pomimo wielu kontrowersji co do jej wydolności, w swej istocie jest pomyślana jako doprowadzenie do rozpatrzenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej.

Następnie z norm KSU nie wynika całkowity zakaz wydalenia uchodźców, choć oczywiście sytuacje te powinny być wyjątkiem⁷⁵. Trudno zatem z prawa uchodźczego wywodzić absolutny obowiązek tolerowania uchodźcy na terytorium państwa, o ile nie dojdzie do naruszenia zasady *non refoulement*⁷⁶, od której przecież dodatkowo art. 33 ust. 2 KSU przewiduje wyjątki⁷⁷. UNHCR również nie kwestionuje legalności pozbawienia wolności w ramach procedury Dublin III, wskazując wszakże na szereg nie-

⁷² Analiza tego przepisu m.in. zob. Ph. De Bruycker (ed.), A. Bloomfield, E. (Lilian) Tsourdi, J. Pétin, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU: Time for Implementation*, Bruksela, s. 55–56.

⁷³ Por. wyrok ETPC z 11 kwietnia 2013 r. w sprawie *Firoz Muneer przeciwko Belgii*, par. 53; wyrok ETPC z 12 lipca 2016 r. w sprawie *A.M. i in. przeciwko Francji*, skarga nr 56324/13, par. 64–65.

⁷⁴ Por. AIDA, *The Legality...*, s. 7; C. Costello, *The Human Rights...*, s. 296–297.

⁷⁵ Por. brzmienie art. 32 ust. 1 KSU, a także art. 31 ust. 2 zdania 1 *in fine* oraz art. 32 ust. 3 KSU.

⁷⁶ Por. w tym zakresie wyrok ETPC w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji* odnośnie naruszenia art. 3 EKPC, par. 232.

⁷⁷ Szerzej na temat zob. O. Łachacz, *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, Vol. XV, s. 134–142.

dociągnięć zaobserwowanych w państwach członkowskich od czasu jej wejścia w życie⁷⁸.

Zakaz arbitralności

Zarówno w międzynarodowym prawie uchodźczym, jak i międzynarodowym prawie praw człowieka gwarantuje się ochronę nie tylko przed bezprawnym, ale też arbitralnym pozbawieniem wolności. Jednakże arbitralność jest na gruncie obu systemów różnie rozumiana. W prawie uchodźczym fundamentalne znaczenie ma traktowanie detencji w kategoriach środka stosowanego tylko, gdy to jest niezbędne (art. 9 i 31 ust. 2 KSU)⁷⁹. W wytycznych UNHCR wskazuje się, że czynnikami, które mogą decydować o niezbędności takiego środka są: etap procedury uchodźczej czy innej procedury ochronnej, zamierzony cel podróży, więzy rodzinne, zachowanie w przeszłości, charakter, ryzyko ucieczki, ewentualne artykułowanie takiego zamiaru, rozumienie potrzeby podporządkowania się określonym zasadom⁸⁰.

W przypadku systemu EKPC sprawa jest bardziej złożona. Z jednej strony jako precedensowy w sprawach pozbawienia wolności osób poszukujących ochrony międzynarodowej wciąż należy traktować wyrok w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. W ocenie ETPC niezbędność nie ma znaczenia z punktu widzenia art. 5 ust. 1 f Konwencji, ponieważ tekst traktatu nie odnosi się do jej zasadności czy podstaw prawnych i wskazuje jedynie, że ma oba być powiązana z celem⁸¹. W konsekwencji Trybunał ogranicza się do przeprowadzenia testu arbitralności jedynie w oparciu o warunek wykonywania pozbawienia wolności w dobrej wierze (*in good faith*)⁸² i ścisłego związku pomiędzy detencją a deklarowanym jej celem⁸³.

⁷⁸ UNHCR, *Left in Limbo: UNHCR study on the implementation of the Dublin III Regulation*, 2017, s. 159–173, <http://www.refworld.org/docid/59d5dcb64.html> (data dostępu: 01.12.2017).

⁷⁹ Por. także Wytyczne UNHCR, par. 19.

⁸⁰ *UNHCR Guidelines*, par. 19. Rozwinięcie zasady 4.

⁸¹ It is therefore immaterial whether the underlying decision to expel can be justified under national or Convention law – por. wyrok ETPC z 12 lutego 2013 w sprawie *Amie i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 58149, par. 72; wyrok ETPC z 15 listopada 1996 w sprawie *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 22414/93 par. 112; *Slivenko przeciwko Łotwie* [GC], skarga nr 48321/99, par. 146; wyrok ETPC z 22 maja 2008 r. w sprawie *Sadaykov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 75157/01, par. 21; *Raza przeciwko Bułgarii*, par. 72. Jednocześnie należy podkreślić, że całe rozumowanie Trybunału w tej sprawie jest krytycznie oceniane w doktrynie – por. C. Costello, *The Human Rights of Migrants...*, s. 290.

⁸² Por. wyrok ETPC z 11 listopada 2011 r. w sprawie *Longa Yonkeu przeciwko Łotwie*, skarga nr 57229/09, par. 143; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 19 lutego 2009 r., *A. i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 3455/05, par. 164.

⁸³ Por. *Saadi*, par. 74; *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 113; wyrok ETPC z 26 kwietnia 2007 r. w sprawie *Gebremedhin [Gaberamadhien] przeciwko Francji*, skarga nr 25389/05, par. 74.

Z drugiej strony kryterium niezbędności detencji bardzo powoli wkrada się do systemu konwencji tylnymi drzwiami⁸⁴. Po pierwsze, ostateczność detencji jest uwzględniana jako element zgodności z prawem, jeśli stanowi to element prawa krajowego⁸⁵. Po drugie, ETPC jest skłonny wywodzić taki wymóg w sprawach detencji dzieci w oparciu art. 3 i 37 Konwencji Praw Dziecka⁸⁶, powołując się przy tym na międzynarodowy konsensus w tej sprawie⁸⁷. Po trzecie, w sytuacji pozbawienia wolności rodzin z dziećmi działania państwa podlegają klauzuli limitacyjnej art. 8 ust. 2 EKPC, która wprowadza kryterium niezbędności ingerencji w prawo do poszanowania życia rodzinnego⁸⁸. Po czwarte, w sprawie *Yoh-Ekale Mwanje przeciwko Belgii*, jedna z izb Trybunału zastosowała test rozważenia mniej ingerujących środków, które umożliwiłyby zabezpieczenie interesu publicznego⁸⁹ uznając, że doszło do naruszenia Konwencji z powodu braku *wystarczającego związku* pomiędzy celem uprawnionym w art. 5 ust. 1 lit. f a pozbawieniem wolności skarżącej⁹⁰. Zdarzyły się też orzeczenia, w których ETPC wskazywał że państwa dysponowały innymi środkami zabezpieczenia wydalenia cudzoziemca w postaci obowiązku regularnego stawiania się na posterunku policji lub innych władz, który został nałożony na nich po zwolnieniu z detencji⁹¹.

Natomiast – co istotne – jak do tej pory nie pojawił się wyrok, w którym Trybunał Strasburski skonstruowałby wymóg niezbędności detencji z odwołaniem się do międzynarodowego prawa uchodźczego. Można powiedzieć, że w większości uzasadnień pojawia się jedynie *passus* z orzeczenia *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, iż Konkluzje nr 44 Komitetu Wykonawcze-

⁸⁴ Por. L. Lavrysen, *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, nr 4, s. 253–254.

⁸⁵ Por. *Nabil i inni przeciwko Węgrom*, par. 41; por. wyrok ETPC z 2 października 2008 r. *Rusu przeciwko Austrii*, skarga nr 34082/02, par. 54; art. 15 Dyrektywy powrotowej, art. 8 Przekształconej dyrektywy recepcyjnej.

⁸⁶ Por. *Rahimi przeciwko Grecji*, par. 108; *Mubilanzila Mayeka i Kaniki Mitunga przeciwko Belgii*, par. 83. W tym wypadku kryterium niezbędności zostało wpisane w test zgodności z prawem. Zob. Handbook on European law relating to the rights of the child, Luxembourg 2015, s. 30, file:///D:/Pobrane/Handbook_rights_child_ENG.pdf.

⁸⁷ Committee on the Rights of the Child, General Comment nr 10: *Children's rights in juvenile justice*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 April 2007, par. 77, 79 i 80; Committee on the Rights of the Child, General Comment nr 6: *Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, par. 61. Por. także stanowisko Europejskiego Komitetu do spraw Zapobiegania Torturom, 19th General Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), par. 97.

⁸⁸ Por. wyrok ETPC z 10 kwietnia 2018 w sprawie *Bistieva i inni przeciwko Polsce*, skarga nr 75157/14, par. 77 i nn. Zob. szerzej J. Markiewicz-Stanny, *Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7, s. 160–179.

⁸⁹ Por. wyrok ETPC z 8 czerwca 2004 r. w sprawie *Hilda Hafsteinsdóttir przeciwko Islandii*, skarga nr 40905/98, par. 51. Por. *Yoh-Ekale Mwanje przeciwko Belgii*, par. 124.

⁹⁰ Por. *Yoh-Ekale Mwanje*, par. 125.

⁹¹ Por. *Raza przeciwko Bułgarii*, par. 74; *Mikolenko przeciwko Estonii*, par. 67.

go dopuszczając detencję osób ochrony międzynarodowej. Trzeba jednak podkreślić, że ETPC powołuje się na Konkluzje nr 44 w sposób niepełny, ponieważ cała treść punktu b jest poprzedzona stwierdzeniem, iż ze względu na dolegliwość detencji, środka tego powinno się unikać i stosować tylko wtedy, gdy jest to niezbędne. Ponadto, jak podkreśla UNHCR, detencja w celach wskazanych nie może trwać przez cały okres trwania procedury udzielania ochrony międzynarodowej i powinna być stosowana w kontekście wstępnego przesłuchania cudzoziemca aplikującego o ochronę⁹².

Odwołując się do tekstualnej wykładni Konwencji można argumentować, że wymóg niezbędności nie powinien być z jej tekstu wywodzony, skoro w tekście nie ma o nim mowy. Niemniej jednak w przypadku art. 5 ust. 1 lit. b oraz art. 5 ust. 1 lit. e EKPC brak kryterium niezbędności wyartykułowanego w tekście traktatu nie był dla ETPC przeszkodą do sformułowania takiego standardu⁹³. Trybunał w tym kontekście podnosił argument, że pozbawienie wolności jest środkiem tak poważnej natury, że jest usprawiedliwione tylko jako środek ostateczny, a mniej restrykcyjne środki zostały wzięte pod uwagę i okazały się niewystarczające do ochrony indywidualnego lub publicznego interesu⁹⁴. Powyższe elementy zostały co prawda raz zostały podniesione w kontekście migracyjnym w sprawie *Rusu przeciwko Austrii*⁹⁵, ale dominującą jednak pozostaje ta linia orzecznicza, zgodnie z którą art. 5 ust. 1 lit. f stanowi wyraźnie odrębny poziom ochrony w stosunku do art. 5 ust. 1 lit. c i wystarczy wskazany uprawniony cel działania⁹⁶. Jest to odmieniana od wszystkich innych organów traktatowych ochrony praw człowieka, nie odzwierciedla *soft law* Rady Europy⁹⁷, stoi w sprzeczności z instrumentami prawa wtórnego UE i z tych między innymi powodów jest kwestionowana przez część strasburskich sędziów w zdaniach odrębnych⁹⁸.

⁹² UNHCR *Comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Directive laying down minimum standards for the reception of asylum-seekers (COM (2008)815 final of 3December 2008)*, 13.03.2009.

⁹³ W przypadku 5 ust.1. lit. b EKPC por. wyrok ETPC z 25 września 2003 r., *Vasileva przeciwko Danii*, skarga nr 52792/99; art. 5 ust. 1 lit. c wyrok ETPC z 31 lipca 2000 r. w sprawie *Jėčius przeciwko Litwie*, skarga nr 34578/97; wyrok ETPC z 8 czerwca 1995 r. w sprawie *Mansur przeciwko Turcji*, skarga nr 16026/90; odnośnie art. 5 ust. 1 lit. e wyrok ETPC z 4 kwietnia 2000 r. w sprawie *Witold Litwa przeciwko Polsce*, skarga nr 26629/95.

⁹⁴ Por. *Witold Litwa przeciwko Polsce*, par. 78; *Hilda Hafsteinsdóttir przeciwko Islandii*, par. 51; wyrok ETPC z 25 stycznia 2005 r. w sprawie *Enhorn przeciwko Szwecji*, skarga nr 56529/00, par. 44.

⁹⁵ Por. *Rusu przeciwko Austrii*, par. 58.

⁹⁶ Por. *Chahal przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 112; wyrok ETPC z 23 maja 2013 r. w sprawie *K. przeciwko Rosji*, skarga nr 69235/11, par. 80.

⁹⁷ Por. np. *Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers* przyjęta 16 kwietnia 2003.

⁹⁸ Por. w tym zakresie opinia odrębna sędziego Lemmensa w sprawie *Thimothawes przeciwko Belgii*, a także cytowana opinia częściowo odrębna sędziów do wyroku w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Por. C. Costello, *The Human Rights of Migrants...*, s. 292.

Inną kwestią jest, że w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał Strasburski odmówił zastosowania odrębnych testów proporcjonalności działania państwa w przypadku ekstradycji i w przypadku nieautoryzowanego wjazdu z uzasadnieniem, że byłby to zabieg sztuczny⁹⁹. Wielka Izba Trybunału nie uznała słuszności argumentów UNHCR, że taka interpretacja EKPC powoduje zrównanie pozycji osób poszukujących ochrony międzynarodowej z innymi migrantami. Ponadto odrzucenie zastosowania testu niezbędności przy ustalaniu arbitralnego charakteru zatrzymania pozwala państwom na detencję osób poszukujących ochrony międzynarodowej ze względów praktycznych w szerokich okolicznościach, co jest niezgodne z ogólnymi zasadami prawa uchodźczego i prawa międzynarodowego praw człowieka¹⁰⁰.

W zdaniu częściowo odrębnym również wskazywano na konieczność przyjęcia innych standardów postępowania wobec migrantów nieregularnych, w tym osób poszukujących ochrony międzynarodowej i wobec ludzi oczekujących na ekstradycję w związku z popełnieniem przestępstw¹⁰¹. Poniżej rację ku temu dawałaby wcześniejsza wypowiedź ETPC w orzeczeniu *Amuur przeciwko Francji*, gdzie czytamy, że interpretacja art. 5 ust. 1 lit. f w kontekście kontroli terytorium powinna uwzględniać, że chodzi o osoby, które nie popełniły przestępstw i uciekają w obawie o własne życie.

Jednocześnie też w swym późniejszym orzecznictwie ETPC przyjmował taką interpretację Konwencji, choć trzeba zaznaczyć, że w kontekście art. 3 EKPC która wymaga od państw traktowania uchodźców jako osób przynależących do szczególnie upośledzonej grupy znajdującej się w potrzebie szczególnej ochrony¹⁰². Trybunał nawiązał tu do istnienia szerokiego konsensusu na gruncie prawa międzynarodowego wynikającego z KSU oraz standardów wynikających z dyrektywy recepcyjnej¹⁰³. Następnie podobne podejście zaprezentował Trybunał dokonując oceny dopuszczalności detencji nastolatków ubiegających się ochronę międzynarodową, choć standard niezbędności został zastosowany ze względu na wiek skarżących¹⁰⁴.

⁹⁹ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 73.

¹⁰⁰ Por. stanowisko UNHCR w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 54.

¹⁰¹ Por. częściowo odrębna opinia sędziów Ch. Rozakisa, F. Tulkens, A. Kovlera, K. Hayijeva, D. Spielmann, P. Hirvela, akapit 4.

¹⁰² Zgodnie z Rezolucją Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1707 (2010 r.) *vulnerable persons* czyli osoby ze szczególnymi potrzebami co do zasady nie powinny być poddawane detencji, natomiast małoletni bez opieki nigdy nie powinni być poddawani detencji (pkt. 9.1.9)

¹⁰³ Por. *M.S.S. przeciwko Belgii and Grecji*, par. 251; *mutatis mutandis* por. *mutatis mutandis* wyrok Wielkiej Izby ETPC z 16 marca 2010 r. w sprawie *Oršuš i inni przeciwko Chorwacji*, skarga nr 15766/03, par. 147.

¹⁰⁴ Por. wyrok ETPC z 22 listopada 2016 r. w sprawie *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar przeciwko Malcie*, skarga nr 25794/13 i 28151/13, par. 113.

Ostatnim elementem jest kwestia pewnej życzliwości, a nawet pobłażliwości Trybunału wobec działań Państw – Stron, kiedy wchodzi w grę art. 5 ust. 1 lit. f, której w innych przypadkach na tle art. 5 EKPC wcale nie jest skłonny okazywać. Niewątpliwie w sprawie *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał przyjął wyjątkowo życzliwą państwu postawę w ocenie spełnienia przez państwo wymogu działania w dobrej wierze. Pozbawienie wolności zastosowano wobec osoby, która przebywając na wolności stawiała się na życzenie władz w miejscu przez nie wskazanym. W istocie zatem nie było ryzyka ucieczki tego cudzoziemca, a argumentem uzasadniającym zatrzymanie skarżącego były względy, które można określić jako pewną wygodę administrowania¹⁰⁵. Jak słusznie zauważyli sędziowie w zdaniu częściowo odrębnym przyjęcie przez większość Trybunału, warunek dobrej wiary i ścisłego powiązania z celem został w tych okolicznościach spełniony, sankcjonuje dopuszczalność pozbawienia wolności cudzoziemca w dowolnym momencie w trakcie procedur azytowych, bo tak jest wygodniej¹⁰⁶. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd T. Grahl-Madsena, że nie jest wystarczającym, aby zastosowanie pozbawienia wolności było wygodne dla administracji – pod rządami art. 31 ust.2 KSU Państwa – Strony muszą zaakceptować właśnie sytuację pewnej „niewygody”¹⁰⁷.

Również w ostatnim orzecznictwie Trybunału można znaleźć przykłady, kiedy ogólne założenia przyjęte jako wzorzec oceny postępowania państwa nie prowadziły ETPC do wydawałoby się oczywistej konkluzji, iż doszło do naruszenia art. 5 ust.1 lit. f EKPC. Mianowicie w sprawie *Thimothawes przeciwko Belgii* ETPC przypominał, że *uogólnione lub automatyczne decyzje przetrzymywania osób poszukujących ochrony międzynarodowej bez indywidualnej oceny szczególnych potrzeb zainteresowanych osób mogą prowadzić do naruszenia 5 ust.1 1 f EKPC*¹⁰⁸. Zaskakującym jest, że po takim *dictum* ETPC nie dopatrzył się naruszenia art. 5 ust. 1 f Konwencji pomimo własnej konstatacji, że w tej sprawie sposób sformułowania decyzji o detencji i orzeczeń sądowych był lakoniczny, stereotypowy, a także nie pozwalał skarżącemu ustalić jakie dokładnie są przyczyny zatrzymania¹⁰⁹. Słusznie zatem w opinii odrębnej sędziowie *Karakaş* i *Turković* zwrócili uwagę, że odnośnie takich wypadków istnieje bogate orzecznictwo strasburskie, w którym stwierdzano naruszenie innych liter art. 5 ust. 1 EKPC w przypadkach, gdy sądy krajowe zatrzymywały skarżącego na podstawie decyzji formułowanych

¹⁰⁵ Por. *Saadi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, par. 18, par. 51, par. 57.

¹⁰⁶ Por. sędziowie *Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeu, Spielmann i Hirvela*, akapit 11 zdania częściowo odrębnego w sprawie *Saadi*.

¹⁰⁷ Por. T. Grahl-Madsen, *The Status of refugees in International Law*, Leiden 1972, s. 418; także G. Noll, *op.cit.*, s. 1272.

¹⁰⁸ Por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 73.

¹⁰⁹ Por. *Thimothawes przeciwko Belgii*, par. 77.

stereotypowo, nie wspominając o konkretnych faktach, ani nie uwzględniając innych środków zapobiegawczych¹¹⁰.

Podsumowanie

Na tle poczynionych rozważań nasuwają się następujące konkluzje. Po pierwsze, w świetle przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz międzynarodowego prawa uchodźczego, detencja uchodźców lub osób ubiegających się o ochronę międzynarodową jest dopuszczalna, natomiast przesłanki jej stosowania różnią się w sposób zasadniczy. Mianowicie, o ile w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka same cele pozbawienia wolności są określone w sposób wąski i sprowadzają się do dwóch okoliczności, o tyle sposób interpretacji art. 5 ust. 1 lit f EKPC daje Państwom – Stronom znaczną swobodę. W przypadku prawa uchodźczego cele, w imię których można zastosować detencję, są sformułowane szeroko, ale podstawową rolę ochronną pełni tu domniemanie wolności oraz fundamentalna reguła, że detencji należy unikać. Można powiedzieć zatem, że interpretacja art. 5 ust. 1 lit f EKPC jest z tymi zasadami sprzeczna z tego powodu, że ETPC odrzuca co do zasady test niezbędności jako element oceny czy działania Państwa – Strony nie były arbitralne.

Po drugie, trudno oprzeć się wrażeniu, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka mamy do czynienia ze swoistą ekwilibrystyką prawniczą i ciężko właściwie jednoznacznie ustalić kiedy międzynarodowe prawo uchodźcze rzeczywiście stanowi istotny punkt odniesienia dla interpretacji Konwencji. Wydaje się też, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w przypadku interpretacji art. 5 ust. 1 lit. f EKPC powołując dla celów wykładni Konwencji międzynarodowe prawo uchodźcze czyni to w sposób instrumentalny w tym znaczeniu, że podstawowym celem jest poszukiwanie wzmocnienia argumentacyjnego własnego rozumowania. Dzieje się tak na przykład wtedy, gdy odnosi się nie do całości, lecz tylko do części przepisu. Ponadto trzeba zauważyć, że w przypadku art. 5 ust. 1 lit. f Trybunał nie przyjmuje takiej interpretacji Konwencji, która petryfikowałaby zasadę odróżniania osób poszukujących ochrony międzynarodowej od innych migrantów, choć czynił tak w orzeczeniach przyjmowanych na gruncie innych przepisów Konwencji.

¹¹⁰ Por. m.in. wyrok ETPC z 4 marca 2014 r. w sprawie *Filiz przeciwko Turcji*, skarga nr 28074/08, par. 61; wyrok ETPC z 29 września 2011 r. w sprawie *Tretyakov przeciwko Ukrainie*, skarga nr 16698/05, par. 59; wyrok ETPC z 5 listopada 2015 r. w sprawie *Qing przeciwko Portugalii*, skarga nr 69861/11, par. 67–68; wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. *Buzadji przeciwko Republice Mołdawii*, skarga nr 23755/07, par. 122.

Należy podkreślić, że na tle art. 5 ust. 1 lit. f EKPC Trybunał dysponuje instrumentarium wykładni, które zapewniałoby większą jego spójność z prawem uchodźczym. Mianowicie przynajmniej w przypadku uchodźców *bona fide* kryterium niezbędności detencji zawarte w KSU i niewątpliwie obecne w innych instrumentach prawa międzynarodowego mogłoby stać się elementem oceny kryterium zgodności z prawem art. 5 ust. 1 lit. f EKPC.

Ponadto Europejski Trybunał Praw Człowieka mógłby wywieść przesłankę niezbędności detencji na podstawie art. 5 ust. 1 lit. f w oparciu o podobną argumentację, jaką przyjmował w przypadku innych liter art. 5 ust. 1 EKPC, a więc odnosząc się do fundamentalnego charakteru prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, które musi być chronione w sposób restrykcyjny.

Możliwe byłoby również przyjęcie, że uchodźcy i osoby poszukujące ochrony międzynarodowej przynależą do grupy szczególnie wrażliwej, co implikowałoby wykazanie niezbędności pozbawienia wolności jako elementu dobrej wiary działania Państwa – Strony.

Wykaz literatury

- AIDA, *The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation*, AIDA Legal Briefing nr 1, czerwiec 2015 r.
- Ball R., *The Legitimacy of the European Union Through Legal Rationality: Free Movement of the Third Country Nationals*, Routledge 2014.
- Cornelisse G., *Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2016, Vol. 35.
- Cornelisse G., *The Constitutionalisation of Immigration Detention: Between EU Law and the European Convention on Human Rights*, Global Detention Project Working Paper, październik 2016.
- Costello C., *Human rights and the elusive universal subject: immigration detention under international human rights law and EU law*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2012, Vol. 19.
- Costello C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford 2016.
- Dauvergne C., *Refugee Law as a Perpetual Crisis, Regime*, [w:] C. Harvey, S. Juss (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar 2013.
- De Bruycker Ph. (ed.), Bloomfield A., Tsourdi E. (Lilian), Pétin J., *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU: Time for Implementation*, Odysseus Network, Bruksela, 2015.
- Einarssen T., *Drafting History of the 1951 Convention and 1967 Protocol*. [w:] Zimmermann A. i inni (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford 2011.
- Forowicz M., *Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010.
- Godwin-Gill G., *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non penalization, detention and protection*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson

- (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Gammeltoft-Hanssen T., *Access to Asylum: International Refugee Law and Globalization of Migration Control*, Cambridge 2011.
- Grahl- Madsen T., *The Status of refugees in International Law*, Leiden 1972.
- Hathaway J.C., *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, „Journal of Refugee Studies” 1991, Vol. 4(2).
- Hathaway J.C., *Rights of Refugees under international law*, Cambridge 2005.
- Harvey C., *Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers and the Rights Regime*, [w:] Harvey C., Juss S. (red.), *Contemporary Issues in Refugee Law*, Edward Elgar, 2013.
- Kagan M., *Limiting Deterrence: Judicial Resistance to Detention of Asylum-Seekers in Israel and the United States*, „Texas International Law Journal” 2016, Vol. 51.
- Lambert H., *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48(3).
- Lavrysen L., *European Asylum Law and the ECHR: Un Uneasy Coexistence*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, nr 4.
- Lendgren K., *Comments on the UNHCR Position on Detention of Refugees and Asylum Seekers*, [w:] Hughes J., Liebaut F. (red.), *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives*, Haga 1998.
- Łachacz O., *Zasada non – refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – czyżby międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, Vol. XV.
- Markiewicz-Stanny J., *Pozbawienie wolności imigrantów a prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7.
- McAdam J., *The complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford 2007.
- Mole N., Meredith C., *Asylum and European Convention on Human Rights*, Council of Europe, „Human Rights Files” 2010, No. 9.
- Noll G., *Article 31 1951 Convention*, [w:] A. Zimmermann, J. Doerschner, F. Machts (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford 2011.
- Ogg K., *A Something dangerous convergence: refugee law, human rights law and The Meaning of the Effective protection*, „Macquarie Law Journal” 2013, Vol. 112.
- Perkowska M., *Illegal, legal, irregular or regular – who is the incoming foreigner?*, „Studies in Logic, Grammar and Rhetoric” 2016, Vol. 45(1).
- Ragheboom H., *The International Legal Status and Protection of Environmentally Displaced Persons: A European Perspective*, Leiden, Boston 2017.
- Wilsher D., *Immigration detention: Law, History, Politics*, Cambridge 2012.

Summary

The interpretation of the European Convention on Human Rights and International Refugee Law regarding the issue of deprivation of liberty in relation to a person's immigration status

Key words: international law, asylum seekers, administrative detention, necessity of detention.

This article is devoted to the issue of detention of refugees and asylum seekers as part of asylum and migration procedures, analyzed from the point of view of the interaction between human rights law and refugee law. The purpose of these considerations is to answer the question whether and how the European Court of Human Rights applies the refugee law provisions in the light of the right to liberty and personal security covered in art. 5 of the ECHR. This issue is complex because it concerns two legal regimes which differ in regard to the grounds and permissibility of administrative detention of refugees and asylum seekers. The European Court's case law analysis led to the conclusion that although the Court takes into account the refugee law standards, its attitude seems to be strongly influenced by the fact that immigration detention is closely connected with the states' right to control foreigners' movements within the State's territory. As a consequence, not all solutions the refugee law contained are taken into account. In particular, this concerns the principle that the detention shall be used as an ultimate measure.

Nataliia Martsenko

Ternopil National Economic University, Ukraine

ORCID: 0000-0003-0947-5179

Determining the place of artificial intelligence in civil law

Introduction

The active development of information technology, the Internet of Things, and artificial intelligence, in particular, pose increasing challenges to scholars and practitioners in the various fields of modern science. The use of artificial intelligence has resulted in an increase in the efficiency of the Internet of Things¹, in particular in the areas of autonomously-managed transport, various medical, industrial and household robots and military and special-purpose robots, etc. However, along with the great prospects of using artificial intelligence, many researchers and practitioners are paying attention to the risks associated with the development of artificial intelligence. An indicative signal is an open letter signed by more than 8,000 well-known scientists, developers and industrialists (including astrophysicist Stephen Hawking and Tesla and SpaceX founder Elon Musk) whose activities are related to the development or use of artificial intelligence, in which they are encouraged to devote more close attention to the issues of security and public utility of work in the field of artificial intelligence².

Meanwhile, legal research on artificial intelligence is not something new to legal science. In the early 1980s, the first attempts at legal analysis of the problems of the development and use of artificial intelligence were made. In particular, it is worth mentioning the dissertation of American researcher Anne Gardner, „An artificial intelligence approach to legal reasoning”, which was defended in 1984 at Stanford University and became one of the first comprehensive studies of artificial intelligence. However, the development of

¹ See Ethically Aligned Design. The IEEE Standards Association. 13 Dec. 2016, https://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/ead_v1.pdf.

² See An Open Letter: Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence, <https://futureoflife.org/ai-open-letter/>.

science and technology is so dynamic that it is often a matter of legal regulation of the development and use of artificial intelligence that is resolved with some temporal delay. This may be due to the fact that it is difficult for legislators to control what is incomprehensible and lawyers may be too deeply involved on the technical side of resolving this issue. However, in any case, the creation and use of artificial intelligence must clearly be socially-oriented and meet the interests of human security, the preservation of personal space, freedom and self-awareness.

Today, artificial intelligence technologies permeate every aspect of our lives – from resolving everyday issues to fulfilling a civic duty to lead by example in an election or referendum³. Despite its wide potential for human beings, the use of artificial intelligence poses a serious threat to life, expression of will and choice. Being created to meet human needs, artificial intelligence can often be used as a tool against people. In this perspective, many issues related to responsibility for the negative consequences of using artificial intelligence when making responsible decisions⁴ or creating critical situations⁵ remain relevant and unresolved. In addition, there is no single approach among scientists in understanding artificial intelligence in the legal, social, moral and ethical fields or even in the technical field. The problem is exacerbated by the promotion of the latest technologies without paying sufficient attention to the impact of these technologies on humans.

Obviously, stopping the development of artificial intelligence is difficult or almost impossible. However, the penetration of these technologies into the modern life of virtually every person at the domestic, professional, civic level raises many questions related to the social, technical, ethical and legal content of understanding the essence of the latest developments. Without going into a detailed study of social, moral and ethical research into the implications of the use of artificial intelligence, it is advisable to study the legal side of this issue in order to ensure the proper legal regime for the use of artificial intelligence.

³ The use of artificial intelligence technology in elections is a rule rather than an exception in modern countries. One's influence on a person when using artificial intelligence in an election or referendum is an extremely important indicator that influences the final decision. The 2019 presidential election in Ukraine is illustrative in this regard. Therefore, the use of artificial intelligence technologies entails threats not only to the free choice of citizens, but also to the dangers of such a democratic institution as elections in general.

⁴ It is known that artificial intelligence today has active uses in the field of medicine, ecology, in making managerial decisions in the field of state and regional government and in the organization of everyday life, etc.

⁵ For example, in the event of a car accident with an autopilot system, when such control resulted in damage to the car owner or other persons.

Problems in defining the field of law as the basis for the legal regulation of artificial intelligence

Today, there is a fair amount of research on the distinction between private and public law. Therefore, without going into the details of this issue, it should be noted that the sphere of private law concerns the legal regulation of relations between individuals and legal entities among themselves⁶, and the sphere of public law regulates issues related to management⁷. The most obvious criterion for differentiation is also the method of legal regulation⁸: if in private law it is dispositive (based on the choice of behaviour variation at the discretion of the individual), then in public law is dominated by the imperative method of legal regulation (the method of power influence, which mediates relations of power-subordination)⁹.

Looking ahead, the article raised the point that relationships related to the use of artificial intelligence obviously tend to fall within the sphere of private law. It seems that private law itself should dominate the regulation of relationships related to the use of artificial intelligence. This has been confirmed by the decisions of the European Parliament and the European Commission.

The Resolution on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics, adopted on 12 February 2019 by the European Parliament¹⁰, is indicative of this. The provisions of this Resolution concern precisely the private-law regulation of artificial intelligence on the basis of the civil law principles. However, the lack of specific legal provisions on liability and the general nature of artificial intelligence regulation, creates the basis for legal uncertainty. Of course, at this stage of legal artificial intelligence regulation, civil law itself applies, but there is a risk that the rules of civil law will not be sufficient, given the specific nature of artificial intelligence.

Therefore, there is an active debate in science about the law that should apply to relationships using artificial intelligence. Against the background of the main branches of law¹¹, many researchers argue for the feasibility of

⁶ See G. Tavits, *Lecturer of Labour and Social Security Law The Position of Labour Law in the Private Law System*, „Juridica International” 2000, No. 5, p. 125.

⁷ Ibidem.

⁸ See A. Cebera, *The Paradigms for Distinguishing between Private Law and Public Law*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne” 2014, No. 8(1), p. 56.

⁹ See A.J. Bělohlávek, N. Rozehnalová, *Czech Yearbook of International Law*, Vol. 3, *Public policy and ordre public*, New York 2012, p. 154.

¹⁰ See European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics (2018/2088(INI), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_EN.html).

¹¹ The main branches of law include civil law, criminal law, constitutional law and administrative law. See В.П. Хряпченко, *Від критеріїв поділу системи права на галузі до комплексних галузей права*, „Актуальні проблеми політики” 2015, No. 55, p. 313.

developing new branches of law that will more effectively regulate completely new spheres of relations. The question is: it is not a matter of completely new relationships, but of a logical process of the transformation of legal relations (legal relations objects) from one form into another – more complex and at the same time perfect because of the development of technology.

The criticism of such opinion, however, leads to a deeper reflection on the question of the branch of artificial intelligence legal regulation.

In particular, the article deals about the creation of a new branch of law – the rights of robotics¹². The prerequisite for such scientific decisions could be the adoption by the European Parliament on 16 February 2017 of Resolution 2015/2103 (INL) on the civil regulation of robotics with recommendations for the European Commission¹³. The name of this resolution shows that it is more about „robotics” rather than artificial intelligence. However, in paragraph 1 of the Resolution, the phrase „robotics and artificial intelligence” is constantly used, indicating that the authors of this document are not ready to separate these issues.

The resolution does not give a holistic view of the artificial intelligence legal side, although it is a specific legal act. With all of the above, c) emphasizes the need to further „develop a commonly accepted definition of (...) artificial intelligence that will be flexible and will not hinder innovation”¹⁴. Basically, the document addresses the major social, economic, ethical and legal issues and challenges that need to be addressed in relation to the development of robotics and artificial intelligence. Particularly noteworthy are the provisions on the legal regulation of developments in robotics and artificial intelligence and the requirements for standardization in the development of appropriate technologies. And most importantly, ensuring the protection of personal data when using these technologies, the issue of control over decision making when using technologies of robotics and artificial intelligence, and civil liability in connection with the development and use of robotics and artificial intelligence¹⁵. The content of the Resolution raises issues pertaining to the legal regulation of civil law. The volume of the latter is absolutely sufficient to regulate this issue based on the specific legal acts of special action and general principles of private regulation. Therefore, it is too early to talk about the creation of a new branch of law – robotics law.

¹² See P.P. Baranov, A.Yu. Mamych, A.A. Plotnikov, D.Yu. Voronov, E.M. Voronova *Problems of legal regulation of robotics and artificial intelligence in Russia: some approaches to the solution*, „Herald NAMSCA” 2018, No. 3, p. 17.

¹³ See European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

¹⁴ See European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)).

¹⁵ Ibidem.

When analysing the legislation of the countries which are most active in the production of robotics and artificial intelligence technologies, the most responsible for this issue are the lawmakers in Japan, and the least interest in legal regulation is in China and the United States¹⁶. This may be due to the world race for new technologies, but it is unknown how this may end. The European Union is vigilant on this issue, as evidenced by Resolution 2015/2103 (INL) and Resolution 2018/2088 (INI).

There is also a position in the literature regarding cyber law as an industry that regulates, in particular, cybersecurity issues in the field of robotics¹⁷. The arguments given by Ryan Calo are sufficiently sound. It seems more appropriate to explore new technologies through traditional legal industries that have sufficiently effective regulatory mechanisms in place¹⁸. However, the right to confidentiality is by its very nature completely private and governed by a number of civil codes in different countries. Moreover, the law is not intended to study the mechanisms of these technologies, and in particular artificial intelligence, but the purpose of the law is to regulate relations with it qualitatively.

The development of technology is forcing lawyers to revise the law and refine it, to carry out the so-called revolution in the already existing branches of law. As Lyria Bennett Moses notes, it is important for technology regulation to delineate the subject and to understand that it is something unique and not applicable to general (customary) regulation¹⁹. Therefore, in order to distinguish it in a separate sphere of regulation, it should be clearly understood that the subject of regulation is completely new. Moreover, detailed regulation of the technology process creation may have the effect of slowing down its development.

Therefore, it seems fair to seek solutions to the legal regulation of artificial intelligence in pre-existing traditional areas of law, such as civil law. At the same time, it should be explored how technological advances affect the transformation of civil relationships. Legal regulation of artificial intelli-

¹⁶ See Robot Law: A Global Perspective, https://www.roboticsbusinessreview.com/legal/robot_law_a_global_perspective/.

¹⁷ See R. Calo *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, „California Law Review” 2015, No. 63, p. 513.

¹⁸ The mechanism of legal regulation is understood as a range of legal tools, methods and forms with help of which contracting relations in Ukraine are adjusted, their ideal pattern set in the regulatory rules is embodied, and the contract itself fulfills the function of legal fact related with establishing of contracting relations for certain parties, their rights and obligations. See A. Hryniak, O.M. Pleniuk, *Mechanism of Private Legal Contracting Relations in Civil Law*, „Journal of Legal, Ethical and Regulatory” 2018, Vol. 21(1), <https://www.abacademies.org/articles/regulation-mechanism-of-private-legal-contracting-relations-in-civil-law-7854.html>.

¹⁹ See L. Bennett Moses, *How to Think About Law, Regulation and Technology. Problems with ‘Technology’ as a Regulatory Target*, „Law, Innovation and Technology” 2013, Vol. 5(1), p. 1–20.

gence will assist law enforcement, and if additional technical knowledge is needed, a judge may, for example, use the expert's assistance²⁰.

New technologies have been, and will be, the source of legal regulation, but the purpose of the right is not to enter into the mechanism of their creation, but to regulate qualitatively at the level of law their interaction with humans. Therefore, the European Parliament is developing a common approach based on a strategic regulatory environment for artificial intelligence and encourages strong user protection by the rules of specific European legal acts. The European Parliament also devotes a whole section to the Cybersecurity Resolution, which is an important aspect of artificial intelligence, as „artificial intelligence can be both a cybersecurity threat and a cyberattack tool”²¹.

The provisions of Resolution (2018/2088 (INI)) on humanity and ethics are of paramount importance, as technology must be human-cantered and must not undermine fundamental rights. Therefore, artificial intelligence developments must be robust, in accordance with the laws in force and ethical values.

The finding that legislators are increasingly confronted with the impact of artificial intelligence and robotics technology on society and the unique ethical and legal problems that result from human and artificial intelligence interaction within a single environment, necessitates re-evaluating existing legislation to match its purpose artificial intelligence.

In today's global legal order, private law must be open to new challenges²², to respond promptly to changes in all areas of human life.

Artificial Intelligence: a subject or an object of civil legal relations (rights)?

The creation of a legal basis for a person privileges people to some extent, puts them in a special place in the modern world. Man was the first subject of law, but with the development of social relations he objectively became one of a few subjects of law among other individual independent

²⁰ Experts are individuals who have high qualification, specialized knowledge and directly carry out scientific or scientific and technical expertise and are personally responsible for the accuracy and completeness of the analysis, validity of recommendations in accordance with the requirements of the task for the examination. See Закон України Про наукову і науково-технічну експертизу Відомості Верховної Ради України, 1995, № 9. URL.

²¹ See European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics (2018/2088(INI)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_EN.html.

²² See S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip *Private Interests and Private Law Regulation in Public International Law Jurisdiction*, Oxford Handbook on Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, Oxford 2018, Forthcoming, p. 22.

subjects of civil rights, such as legal persons, the state and territorial communities²³.

This issue becomes particularly interesting and debatable from the point of view of the analysis of European Parliament resolution 2015/2103 (INL), the provisions of which provide for a specific legal status for smart robots. In accordance with the provisions of the Resolution, an „electronic person” may be accorded special legal status. In fact, it is about assigning legal status to intelligent robots who can independently interact with the environment and can change their actions according to changes. It is argued that dignity should be at the heart of the new digital ethics²⁴. However, the question arises: do robots or artificial intelligence have dignity, willpower, morals and ethics in general? And does the presence or absence of these qualities and traits, influence the perception of artificial intelligence as a subject or object of law? To answer these questions, one should turn to the classical understanding of the subjects and objects of law existing at this stage of law and legal science development.

A person as a subject of civil rights is understood as an individual who is endowed with legal capacity, capacity and the ability to be responsible for own actions (legal personality) to participate in civil relations. Man is a living organism with its own will, views and soul.

The legal personality that an individual is endowed with is special. So legal capacity is an abstract opportunity to have civil rights and is characterized by such belonging to a person of birth and inalienability²⁵. At the same time, capacity is the ability of an individual to acquire civil rights and obligations through his actions²⁶. It is differentiated according to intellectual and mental factors related to age.

One of the features of an individual's legal personality is his ability to be responsible for his actions²⁷. In addition, the individual is responsible for the actions of the persons for whom he or she is obliged to take care under a law, contract or court decision²⁸. Such liability for the actions of others does not exclude liability for damage to others by the exploitation or belonging to

²³ See Цивільний кодекс України Відомості Верховної Ради України, 2003, № 40–44, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

²⁴ See L. Floridi *On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy*, „Philosophy & Technology” 2016, p. 308.

²⁵ See В.В. Надьон, *Деякі аспекти визначення правоздатності в цивільному праві*, „Теорія і практика правознавства” 2014, No. 1(5).

²⁶ See Н.В. Волкова, *Щодо визначення підстав обмеження цивільної дієздатності фізичної особи при розгляді справ у цивільному судочинстві*, „Часопис цивілістики” 2015, No. 18, p. 92.

²⁷ See С.Д. Гринько, *Деліктоздатність неповнолітніх фізичних осіб за цивільним законодавством України та зарубіжних країн: порівняльно-правовий аналіз*, „Часопис цивілістики” 2015, No. 19, p. 159.

²⁸ See Цивільний кодекс України Відомості Верховної Ради України, 2003, No. 40–44.

a person of live animals or certain objects²⁹ (such as damage done by a vehicle, dog or other property).

Instead, a legal entity is an organization established and registered in the manner prescribed by law, endowed with legal capacity and a legal entity can be a plaintiff or a defendant in court. According to the concept of a legal entity, it has its own will, expressed in the decisions of its governing bodies³⁰. Such a will of a legal person is completely autonomous from the will of its participants and, in fact, embodies their compromise decisions. The presence of the will of a legal person is an important prerequisite for understanding it as a subject of civil relations. According to the legislation of Ukraine, a legal entity may own all rights and obligations as well as an individual, except those belonging to a person because of his/her peculiarities³¹ as a subject of civil rights (legal relations).

There are a number of differences between the legal status of an individual and a legal entity. Man as an individual can feel pain, show feelings of care and love, can show pity and empathy, can be a participant in residential, family, hereditary relationships and can move freely in space. An individual has a number of rights associated with belonging to a particular country (such as voting rights and other civic responsibilities). In contrast, a legal entity cannot do this.

At the same time, a legal entity may have a different organizational and legal form which, of course, cannot be said about an individual. Legal entities may be public, private, commercial or non-commercial. Moreover, a legal entity can be both the subject as well as the object of a number of contracts – sale, exchange, rent, etc. They can also be reorganized by division, separation, merger and accession. With the individual, such actions are impossible because they lay beyond the limits of the permitted and the possible³². The capacity of an individual may be limited by intellectual, age and mental characteristics, but such limitations have legal and moral grounds. Any other restrictions on the rights of individuals that contain discrimination or are expressly prohibited by law are totally unlawful³³.

²⁹ Ibidem.

³⁰ See Р.Б. Прилуцький, *Основні теорії юридичної особи та їх вплив на розвиток організаційних форм суб'єктів господарювання*, „Юридична наука” 2013, No. 3, p. 42.

³¹ See Цивільний кодекс України Відомості Верховної Ради України, 2003, No. 40–44.

³² Of course, there may be arguments related to the understanding of slavery in the Roman Empire, where the slave was rather valuable property, but not an individual capable of civil rights and obligations. However, I do not consider it appropriate to consider this issue more broadly, since the impossibility of understanding humans as an object of law has long been justly proven and scientifically substantiated. A person is always the subject of a law, whether private or public.

³³ For example, it is forbidden to discriminate on different grounds (gender, race, skin color, religious, civic, political or other beliefs). Of course, there are countries in the world where, to this day, women are restricted in civil and civil rights, and are not allowed to own, possess, or inherit certain types of property. However, such actions in the context of contemporary international law are prohibited and contain discrimination.

It is important that a legal entity, along with an individual, can be legally responsible for its actions. In the cases provided for by law, the legal persons (legal entities) shall bear legal responsibility if their actions are unlawful. This is due to the fact that the content of the legal entity are people and it is the decisions that will make them that will depend on the successes and failures of the legal entity itself.

Therefore, the individual acts as a universal subject of civil rights. The legal status of an individual gives it ample opportunity and thus confirms the provision on the privileged status of an individual in law, alongside the legal entity.

Equally interesting are the issues of the civil rights objects. In civil law, legal objects are things, property, property rights, the enterprise as a property complex, goods, services, works that may give rise to civil rights and obligations. They may be the object of property rights and be the subject of contracts. According to the modern concept of civil rights objects, living beings such as animals can also be civil rights objects because of the possibility of their alienation³⁴. In fact, animals are the only living organism that can be an object of civil rights, although science has been actively discussing the possibility of them being a subject of civil rights³⁵³⁶. This position seems to be controversial and has no legal basis.

At the same time, civil rights objects can never be holders of rights and obligations. As a result, they have no legal personality and are subject to the concept of „legal regime”, which provides for the possibility of their overturning in civil affairs. Civil rights objects do not have their own will – their physical and legal fate can be decided by natural or legal persons who own them or have certain property rights in relation to them.

Therefore, in order to be a subject of civil rights requires sufficient legal personality, which is a natural and legal person and which is not an object of civil rights. Legal personality is a prerequisite for entering into a civil legal relationship. By their actions, individuals and legal entities may acquire civil rights and obligations and may be liable for the legal consequences of such actions. That is, in civil relationships, individuals and legal entities are completely independent, separate from other such entities. The question is whether artificial intelligence can be considered a subject? And does it enjoy the necessary degree of autonomy?

The above analysis raises the question of the subject or object being artificial intelligence. The question is whether autonomous technical or elec-

³⁴ See О.М. Спектор, *Тварина як особливий об'єкт речових прав*, „Прикарпатський юридичний вісник Випуск” 2015, No. 3(9), p. 75.

³⁵ See K. Lagerfeld's cat Choupette could inherit part of his fortune, <https://www.marketwatch.com/story/karl-lagerfelds-cat-choupette-could-inherit-part-of-his-fortune-2019-02-20>.

³⁶ See R.A. Epstein, *Animals as Objects, or Subjects, of Rights*, „U Chicago Law & Economics”, Olin Working Paper 2002, No. 171(35), p. 7.

tronic tools, equipment and software can be considered a bearer of rights and can act as an example to a legal entity (since the legal status of artificial intelligence is equivalent to an individual and is completely excluded from motives of reason) and to perform legal actions. How justified in this case is the comparison of the actions of artificial intelligence to capacity. Is it still possible that the individual creator of the artificial intelligence will be the ultimate bearer of rights and legal responsibility? How fair is this?

Understanding of the perception of artificial intelligence as a subject of law is motivated by Resolution 2015/2103 (INL), whose provisions provide for a specific legal status for smart robots – an „electronic person”³⁷. Granting the status of a person (legal or electronic) to artificial intelligence is an extremely difficult issue since there are both legal and moral obstacles, which, for example, are not present in determining the legal status of a legal person in its classical sense.

Work should also not be equated with living things, such as humans or animals (and even more so with civil or constitutional rights) since, biologically speaking, robots are not alive and are devoid of sensitivity. Even the presence of intelligence and the possible development of emotional intelligence³⁸ (the ability of robots to process and control their own feelings and emotions) does not give a holistic perception of them as subjects of law.

Bearing in mind that robots can perform both useful and harmful tasks in unexpected ways – and this is a great danger – robotics blurs the very line between humans and tools³⁹.

Indeed, the dynamic development of artificial intelligence and the latest developments aimed at creating artificial intelligence capable of self-reproduction, encourage discussion about their legal personality. However, artificial intelligence as a product of human intelligence and invention is today a major threat to the security of people’s lives. Any conclusions on this matter should be limited by the principles of morality and reasonableness and focus on socially-oriented technologies that will simplify a person’s life rather than create serious competition or threats.

It can be predicted that the development of artificial intelligence can become uncontrollable and unpredictable. Therefore, in view of the growing risks associated with the advancement of the Internet of Things and Artificial Intelligence, the rule of law as a prerequisite for technical development should be given due consideration in the area of legal regulation. It is on the

³⁷ See European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

³⁸ See J.A. Perez, F. Deligianni, D. Ravi, Y. Guang-Zhong *Artificial Intelligence and Robotics*, https://www.ukras.org/wp-content/uploads/2018/09/UK_RAS_wp_AI_web.pdf.

³⁹ See R. Calo *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, „California Law Review” Legal Studies Research Paper 2014.

basis of the rule of law that the legal understanding of artificial intelligence and its place in modern civil law should be based. At the same time, the law should shape the model of behaviour, not modern technologies, and on the basis of human values, the boundaries of smart technologies should be ensured. The law should promote the development of artificial intelligence with clear ethical guidelines and be focused on ensuring the safety, well-being and preservation of the person as such.

Of course, modern notions of civil law change their format somewhat, saturating the rules of civil codes or individual special laws with completely new provisions, which are often inconsistent with established practice. However, the right should be dynamic and flexible enough, while maintaining the basic purpose of the right – to serve the interests of the individual. Technologies must be sensitive to human values and comply with the principles of fairness, reliability, security and confidentiality and the law must be effective and uphold all of the above principles at a time of significant technological innovation.

Artificial Intelligence: Peculiarities of Legal Liability

In 1965, Herbert Simon wrote in one of his books that „he believed computers will one day be able to do just about everything people can”⁴⁰. But will robots and artificial intelligence be able to bear legal liability? In light of liability studies in civil law, this is difficult to imagine. Therefore, the last question that is raised in this research is the issue of legal liability. His decision is unprecedented in determining the place of artificial intelligence in the field of legal regulation.

Undoubtedly, it is an interesting way of resolving this issue in the European Resolution. Thus, the proposal to form a new civil rights entity – an electronic entity – is supplemented by the latter’s liability provisions. The Electronic Liability Regulations provide for a special protection system with compulsory insurance and the creation of a compensation fund when using artificial intelligence. That is, in the case of damage from artificial intelligence, the injured party may either withdraw insurance or be compensated through a compensation fund.

However, there is a problem in establishing a causal link between actions with artificial intelligence and harmful effects. To find a direct causal link in such cases, it is difficult and likely that the question of proving the existence of harm will lie with the person to whom such harm was caused.

⁴⁰ See H.A. Simon, *The Shape of Automation for Men and Management* vii (1965) Ryan Calo *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, „California Law Review” Legal Studies Research Paper 2014.

Therefore, the issue of responsibility sharing and its proportionality are actively discussed in the literature.

The question is: how much artificial intelligence can be autonomous from humans? Since autonomy is a relative concept, two indicators can define it: the freedom of action of the machine relative to man and the ability of the machine to replace human actions⁴¹. It is the limit of the machine that will determine the division of responsibility⁴². In the context of responsibility research, Karni A. Chagal-Feferkorn tends to characterize artificial intelligence as similar to traditional goods or things and is covered by consumer law⁴³. In this case, the state-of-the-art artificial intelligence (super intelligence) that will be used for the work of robots can be classified differently than traditional consumer goods, and therefore requires a differentiated attitude and responsibility in the future⁴⁴.

In order to evaluate the degree of responsibility on the basis of autonomy, one must consider the size of the parameters that the algorithm estimates before a final decision is made and how decisive the decision was for a disastrous result. It is necessary to take into account that the more stages of the system's operation, the greater the unpredictability of the decisions made by artificial intelligence⁴⁵.

Since artificial intelligence performs actions that will have certain consequences, the degree of liability for the negative consequences will obviously depend on the person who controls the use of artificial intelligence. Therefore, in order for manufacturers not to place too heavy a burden on the user and the consumer, the responsibility of artificial intelligence must have clear legal boundaries defined by the principles of fairness, reliability, security, privacy and data protection. In general, civil liability for the creation and use of artificial intelligence is aimed at protecting the rights of consumers and can take the following types: product liability, responsibility for service, unfair use and negligence⁴⁶.

⁴¹ See K.A. Chagal-Feferkorn, *Am I an Algorithm or a Product? When Products Liability Should Apply to Algorithmic Decision-Makers*, „Stanford Law & Policy Review” 2019, No. 30, p. 61–114.

⁴² See E. Magrani *New perspectives on ethics and the laws of artificial intelligence*, <https://policyreview.info/articles/analysis/new-perspectives-ethics-and-laws-artificial-intelligence>.

⁴³ See K.A. Chagal-Feferkorn, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ See E. Magrani, P. Silva, R. Viola, *Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial* [New perspectives on ethics and responsibility of artificial intelligence], in: C. Mulholland, A. Frazao (Eds.), *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade* [Artificial Intelligence and Law: Ethics, Regulation and Responsibility]. São Paulo: RT. Eduardo Magrani *New perspectives on ethics and the laws of artificial intelligence*, <https://policyreview.info/articles/analysis/new-perspectives-ethics-and-laws-artificial-intelligence>.

⁴⁶ See G.S. Cole, *Tort Liability for Artificial Intelligence And Expert Systems*, „Computer/Law Journal” 1990, No. 10(2), p. 127–231.

Much emphasis in Resolution 2015/2103 (INL) on the civil regulation of robotics is specifically about the issue of civil liability for the negative effects of robotics and artificial intelligence. The document states that the works and technologies of artificial intelligence cannot be held liable for actions that have caused harm to third parties. At this stage, the responsibility must rest with the individual (paragraph 56)⁴⁷. In this case, the manufacturer, operator, owner or user may be responsible. One of the key criteria for establishing liability is to prove that the entities listed above could have foreseen and prevented harmful consequences. Paragraph 59 of Resolution 2015/2103 (INL) provides for the introduction of a mandatory insurance system for this type of technology (such as that existing for road transport), under which manufacturers and owners of such technologies will be required to insure against potential harm from their use⁴⁸.

Throughout the resolution, the European Parliament insists on the superiority of the individual over computer systems based on the principle of responsibility – people should always be responsible for decision-making.

Therefore, it is obvious that if a decision is made with the help of artificial intelligence wholly controlled by man, then such a decision should be the responsibility of the person, and the higher the degree of complexity and autonomy of the work, the greater the degree of responsibility for its manufacturer or operator (since in such cases the risk of harm is increased). Another question is if the decision is fully made by a programmed device that makes the decision independently, regardless of the will of the person.

According to Ukrainian law, in order for a person to bear civil liability, the fact of breaking (and the presence of) a willed element (intent or negligence to cause harm to another person or his property) must be proven. A special place is liability without blame, which applies to damage caused by a source of increased danger or due to defects in goods, works or services.

Since artificial intelligence does not have a willpower element (such features are limited to man only), it is the individual who should be responsible for the actions generated by artificial intelligence. Where the inventor or the user could have foreseen the possibility of damages, the highest degree of civil liability should be applied. By imposing strict liability, the legislator appears to create a significant incentive for the manufacturer or user to act in good faith to reduce the risk of harm. In turn, a high level of caution within the limits of strict liability will reduce the possibility of harm.

⁴⁷ See European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

⁴⁸ See European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html.

It is also difficult to establish a causal link between the fact of harm and the actions of the manufacturer, because often at the stage of designing artificial intelligence the consequences of its use and interaction with other factors and people may be unpredictable. Moreover, even the manufacturer may have difficulty explaining it. Therefore, in order to compensate the harm to consumers or the user, it is advisable to prove its presence and own honest behaviour.

At the current stage of technological development, people can influence the development of artificial intelligence capabilities and its possible shared responsibility. Different opinions can be expressed on the degree of control over artificial intelligence and its impact on the degree of responsibility, and this only applies to the responsibility of the legal or natural person who created or uses artificial intelligence. Objectively, the more demanded is the result of human activity in the field of artificial intelligence, the higher should be the legal and social responsibility of the inventor. Therefore, responsibility cannot be placed on the artificial intelligence itself or the system that uses it, since it is contrary to the very essence of legal responsibility.

Conclusions

The conducted research urge to certain conclusions. Without claiming a definitive solution to the issues explored in this publication, the following can be concluded.

Of course, it is important for society that a person working on the creation and improvement of artificial intelligence understands the consequences that the results of such innovations can bring. For artificial intelligence developers, transparency should be the first priority, not productivity. In turn, civil law should establish control over the use of artificial intelligence (i.e. control, not restriction). Therefore, when investigating human and artificial intelligence interaction, the legislator should strike the right balance between protecting innovation and protecting end-users, human rights, democracy and the rule of law in general.

In addition, understanding the robots and artificial intelligence as a subject of civil legal relationships is inappropriate and may create a situations of legal uncertainty. The use of the term „electronic person” in EU normative acts seems unreasonable and premature since the dissemination of this term in law does not give a holistic legal representation in matters of their legal status, civil liability, protection of user rights or data protection. Moreover, recognition of their subjects means extending to them the provisions on the protection of their rights (since all subjects for participation in civil legal relations must have their own will and free choice of ways to exercise their

behaviour from the standpoint of the dispositiveness principle and to enjoy the rights and obligations of equals to other participants in the legal relationship – from the standpoint of the equality principle). It is more expedient to understand robots and artificial intelligence as civil rights objects. Moreover, the regulation of civil liability at the level of consumer relations gives reason to understand artificial intelligence as a product. The application of artificial intelligence technologies in areas such as medicine or public administration has prompted an extension of the legal regime of high-risk over these objects of civil rights. This would seem to help better protect the rights of artificial intelligence users.

In the case of civil liability, the principle of proportionality should be respected: the higher the risk of harm, the higher the measure of liability. In order to better protect the rights of users (consumers), it is advisable to prove the presence of consumers and their honest behaviour.

Therefore, when it comes to the future, defined by technological development and digitization, special attention should be paid to the place of the person in the relations concerning the technologies. As the noted in the words of the Council of Europe's Secretary General, Thorbjørn Jagland, who gave a speech at the conference „Governing the Game Changer – Impact of Artificial Intelligence Development on Human Rights, Democracy and the Rule of Law” in Helsinki (Finland) February 2019, recalled the story of how people in his hometown once watched the first telephone conversation in astonishment. At the time, it seemed to many that it was just an experiment with no further consequences. But they were wrong. „Everybody who thinks this way about artificial intelligence, better think again!”⁴⁹.

References

- Allen S., Costelloe D., Fitzmaurice M., Gragl P., Guntrip E., *Private Interests and Private Law Regulation in Public International Law Jurisdiction*, Oxford Handbook on Jurisdiction in International Law, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Baranov P.P., Mamychev A.Y., Plotnikov A.A., Voronov D.Y. Voronova E.M., *Problems of Legal Regulation of Robotics and Artificial Intelligence in Russia: Some Approaches to the Solution*, „Herald NAMSCA” 2018, No. 3.
- Bennett Moses L., *How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target*, „Law, Innovation and Technology” 2013, No. 5(1).
- Bělohávek A.J., Rozehnalová N., *Czech Yearbook of International Law*. Vol. III, *Public policy and order public Huntingdon*, New York Juris 2012.
- Calo R., *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, „California Law Review” 2015, No. 513(63).

⁴⁹ See Conference in Helsinki on the effects of artificial intelligence on human rights, democracy and the rule of law, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=7375&lang=2>.

- Cebera A., *The Paradigms for Distinguishing between Private Law and Public Law*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne” 2014, No. 8(1).
- Chagal-Feferkorn K.A., *Am I an Algorithm or a Product? When Products Liability Should Apply to Algorithmic Decision-Makers*, „Stanford Law & Policy Review” 2019, No. 30.
- Cole G.S., *Tort Liability for Artificial Intelligence And Expert Systems*, „Computer/Law Journal” 1990, No. 10(2).
- Epstein R.A., *Animals as Objects, or Subjects, of Rights*, „U Chicago Law & Economics”, Olin Working Paper 2002, No. 171(35).
- Floridi L., *On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy*, „Philosophy & Technology” 2016.
- Grin'ko S.D., *Deliktóznatnist' nepovnolitnih fizicnih osib za civil'nim zakonodavstvom Ukraïni ta zarubizhnikh kraïn: porivnal'no-pravovij analiz* [Juvenile delinquency under the Ukrainian civil law and the law of other countries: a comparative study], „Casopis civilistik” 2015, No. 19.
- Hrapcenko V.P., *Vid kriteriïv podilu sistemi prava na galuzi do kompleksnih galuzej prava* [The criteria of the division within the legal system regarding complex branches of the law], „Aktual'ni Problemi Politiki” 2015, No. 55.
- Hryniak A., Pleniuk M., *Mechanism of Private Legal Contracting Relations in Civil Law*, „Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues Research” 2018, No. 21(1).
- Nad'on V.V., *Deaki aspekti viznacennâ pravozdatnostì v civil'nomu pravì* [Justice in civil law], „Teoria i Praktika Pravoznavstva” 2014, No. 1(5).
- Priluc'kij R.B., *Osnovni teorii uridicnoi osobi ta ih vpliv na rozvitok organizacijnih form sub'ektiv gospodaruvanna* [The Concepts of legal entity and the development of different forms of legal entities in business], „Uridicna Nauka” 2013, No. 3.
- Simon H.A., *The Shape of Automation for Men and Aanagement vii* (1965) Ryan Calo *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, „California Law Review” Legal Studies Research Paper 2014.
- Spektor O.M., *Tvarina ak osoblivij ob'ekt recovih prav* [Animals as an object of property rights], „Prikarpats'kij Uridicnij Visnik” 2015, No. 3(9).
- Tavits G., *The Position of Labour Law in the Private Law System*, „Juridica International” 2000.
- Volkova N. V., *Sodo viznacenna pidstav obmezenna civil'noi diezdatnostì fizicnoi osobi pri rozgladi sprav u civil'nomu sudocinstvi* [On the determination of the grounds for restricting the civil capacity in civil procedure], „Casopis Civilistik” 2015, No. 18.

Summary

Determining the place of artificial intelligence in civil law

Key words: legal regulations, robot, subjects of civilian rights, objects of civilian rights, responsibility.

This article analyses the civil-law aspects of the legal regime of artificial intelligence. According to the author, understanding robot and artificial intelligence as a subject of civil legal relations is inappropriate and can create a situation of legal uncertainty. The use of the term „electronic person” in

EU normative acts seems unreasonable and premature, since the extension of the term in law does not give a holistic legal representation in matters of their legal status, civil liability, protection of user rights or data protection. It is argued that it is advisable to understand robotics and artificial intelligence as civil rights objects. It is proposed to apply the legal regime of a high-risk source for artificial intelligence, which is used in such fields as medicine or public administration to better protect the rights of artificial intelligence technology users. In the case of civil liability, the principle of proportionality should be respected: the higher the risk of harm, the higher the measure of liability.

Streszczenie

Określenie miejsca sztucznej inteligencji w prawie cywilnym

Słowa kluczowe: regulacje prawne, robot, podmioty praw obywatelskich, przedmioty praw obywatelskich, odpowiedzialność.

W artykule przeanalizowano cywilno-prawne aspekty systemu prawnego dotyczącego sztucznej inteligencji. Autor uważa, że postrzeganie robota i sztucznej inteligencji jako podmiotów stosunków cywilnoprawnych jest niewłaściwe i może prowadzić do sytuacji niepewności prawnej. Stosowanie pojęcia „osoba elektroniczna” w aktach normatywnych UE wydaje się nierozsądne i przedwczesne, gdyż rozszerzenie tego pojęcia na całe prawo nie zapewnia całościowego zastępstwa prawnego w sprawach dotyczących ich statusu prawnego, odpowiedzialności cywilnej, ochrony praw użytkowników czy ochrony danych. Uważa się, że wskazane jest postrzeganie robotyki i sztucznej inteligencji jako przedmiotów praw obywatelskich. Proponuje się zastosowanie w odniesieniu do sztucznej inteligencji systemu prawnego dotyczącego źródeł wysokiego ryzyka, który stosuje się w dziedzinach takich jak medycyna czy administracja publiczna w celu skuteczniejszej ochrony praw użytkowników technologii sztucznej inteligencji. W przypadku odpowiedzialności cywilnej należy przestrzegać zasady proporcjonalności: im wyższe ryzyko szkody, tym wyższy wymiar odpowiedzialności.

Justyna Omeljaniuk

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0002-8206-5304

Karolina Kamińska-Surówka

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0002-0283-9999

Nieletni sprawca przemocy w rodzinie w świetle prawa i praktyki organów ścigania

Wprowadzenie

Rodzina jako podstawowa komórka społeczna ma za zadanie zapewnić swoim najmłodszym członkom (nieletnim) wykształcenie prawidłowych zgodnych z prawem wzorców zachowania. Jej obowiązkiem jest również zapewnienie młodemu człowiekowi poczucia bezpieczeństwa i spokoju. Jest to jednakże idea, która nie zawsze znajduje odzwierciedlenie w rzeczywistości. Występowanie zjawiska rodziny dysfunkcyjnej nie jest bowiem nowością we współczesnym świecie.

Zjawisko przemocy domowej zazwyczaj kojarzone jest z sytuacją, w której to osoby dorosłe dopuszczają się zachowań przemocowych względem nieletniego. Istnieją także sytuacje, gdzie to nieletni stosuje przemoc domową, tym samym również powodując, że jego rodzina staje się dysfunkcyjna. Jest to niezmiernie interesujące zjawisko i zdaniem autorek niniejszego opracowania warto się nad nim pochylić, by móc poznać jego prawdziwą skalę.

Celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, jak w latach 2008–2018 kształtowała się w Polsce skala zjawiska przemocy domowej, w której sprawcą jest nieletni. Aby móc na to pytanie odpowiedzieć, niniejszą publikację podzielono na część teoretyczną oraz empiryczną. W pierwszej części wykorzystano metodę dogmatyczną i dokonano analizy obowiązujących aktów prawnych – przede wszystkim Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny oraz Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich. W drugiej części zaś analizie poddano dane statystyczne zamieszczone na stronie internetowej Policji dotyczące m.in. liczby

nioletnich sprawców przemocy domowej odnotowanej w latach 2008–2018. W toku analizy poszczególnych kategorii danych zwrócono również uwagę na problemy definicyjne i interpretacyjne związane z opisami poszczególnych grup danych, jakie zostały zamieszczone w materiałach udostępnionych na internetowej witrynie Policji.

Nioletni jako sprawca przemocy domowej

Zgodnie z definicją zawartą w Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej sporządzonej 1 maja 2011 r. w Stambule „*przemoc domowa* oznacza wszelkie akty przemocy fizycznej, seksualnej, psychologicznej lub ekonomicznej zdarzające się w rodzinie lub gospodarstwie domowym lub między byłymi lub obecnymi małżonkami lub partnerami, niezależnie od tego, czy sprawca i ofiara dzielą lub dzielili miejsce zamieszkania, czy nie (...). Przemoc to intencjonalne działanie lub zaniechanie jednej osoby wobec drugiej, które wykorzystując przewagę sił narusza prawa i dobra osobiste jednostki, powodując cierpienia i szkody”¹.

Zachowanie z wykorzystaniem przemocy może być kwalifikowane jako różne przestępstwa. Sprawca stosujący przemoc fizyczną może dopuścić się przestępstwa z art. 207 kk (znęcanie) i art. 217 kk (naruszenie nietykalności cielesnej). W sytuacji, gdyby zachowanie sprawcy wywołało u pokrzywdzonego obrażenia w postaci uszczerbku na zdrowiu, możliwa jest odpowiedzialność (w zależności od rozmiaru i czasu trwania obrażeń) za czyn z art. 156 § 1 kk lub 157 § 1 i 2 kk.

Przy przemocy psychicznej oprawca najczęściej stosuje groźbę karalną (art. 190 kk), znieważa (art. 216 kk) lub zniesławia (art. 212 kk) swoją ofiarę. Nie można również wykluczyć popełnienia przestępstwa stalkingu, czyli uporczywego nękania (art. 190 a kk).

Znamię przemocy psychicznej oraz fizycznej występuje bezpośrednio w normie prawnej regulującej przestępstwa znęcania z art. 207 kk sankcjonującego odpowiedzialność art. 207 kk za znęcanie się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. W § 2 przywołanego przepisu ustawodawca wzmacnia odpowiedzialność sprawcy, który

¹ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 961). Definicja prezentowana przez Ogólnopolskie Pogotowie dla Ofiar Przemocy w Rodzinie Niebieska Linia na stronie internetowej: <http://www.niebieskalinia.info/index.php/przemoc-w-rodzinie/6-co-to-jest-przemoc> (data dostępu: 08.12.2019).

działał m.in. ze szczególnym okrucieństwem.

W doktrynie funkcjonuje pogląd, iż inne przestępstwa, w tym wymienione powyżej, występują w zbiegu z art. 207 kk. Praktyczny aspekt orzekania w przedmiocie przemocy domowej obrazuje, że sprawcy przemocy w rodzinie zazwyczaj stają przed zarzutem popełnienia czynu z art. 207 kk, który w swojej dyspozycji zdaje się pochłaniać i wyczerpywać inne przestępstwa².

Przemoc seksualna może stanowić podstawę odpowiedzialności za przestępstwo zgwałcenia. Ustawodawca w art. 197 kk wskazał sankcję za zachowanie polegające na doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego za pomocą przemocy.

Warta uwagi jest również kwestia rozróżnienia terminologicznego stosowanego przez ustawodawcę polegająca na wyróżnieniu przestępstw z użyciem przemocy i przestępstw popełnionych z użyciem przemocy. Pierwsza fraza jest znaczeniowo węższa niż drugie określenie zachowań z używaniem przemocy, które obejmuje zachowania wprost wypełniające znamiona przestępstwa w których wymieniono przemoc. Należy zgodzić się ze stanowiskiem doktryny, że sformułowania w istocie stanowią zbyt rygorystyczną wykładnię³.

Zgodnie z art. 10 § 1 Kodeksu Karnego z 1997 r. „odpowiedzialności karnej za przestępstwo podlega ten, kto w chwili jego popełnienia miał ukończone 17 lat”. Zasadą polskiego prawa karnego jest niepodleganie nieletnich odpowiedzialności karnej, co więcej, nieletniość stanowi okoliczność wyłączającą winę⁴. Jednakże wyjątkowo osoba, która nie ukończyła 17 lat może ponosić odpowiedzialność karną za swoje czyny. W art. 10 § 2 kk ustawodawca enumeratywnie wylicza katalog przestępstw, za popełnienie których – o ile wystąpią powyższe przesłanki – odpowiadać będzie nieletni po ukończeniu 15 roku życia.

Wspomniany katalog nie zawiera przestępstwa znęcania się z art. 207 kk jako bezpośredniego przejawu przemocy, co znaczy, że za takie zachowanie odpowiedzialność karną poniesie nieletni sprawca, który w dacie popełnienia miał ukończone 17 lat. Zdaniem Auterek nie można wykluczyć, że przyczyną popełnienia ww. przestępstw może być agresja i przemoc jako pośrednie przyczyny wkroczenia przez nieletnich na drogę przestępstwa.

W nawiązaniu do przywołanej regulacji należy wskazać, iż przejaw przemocy w rodzinie stosowanej przez nieletnich mogą stanowić czyny z art. 148 § 1,2 lub 3, z art. 156 §1 lub 3 kk lub z art. 197 § 3 lub 4 kk. Z uwagi na ciężar gatunkowy przywołanych przestępstw w większości przypadków analiza i gromadzenie danych statystycznych przez organy policji nie będzie dotyczyła tych przestępstw.

² M. Borodziuk, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności wobec sprawcy przemocy domowej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31, s. 18.

³ Ibidem, s. 20.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1950 z późn. zm.)

Sprawca, który w czasie czynu nie ukończył 17 lat, na gruncie kodeksu karnego nazywany jest nieletnim. Termin ten nie może być utożsamiany z pojęciem *małoletni*, który należy do nomenklatury cywilistycznej. Na gruncie terminologii w prawie karnym używa się go na określenie przedmiotu czynności wykonawczej lub pokrzywdzonego, który nie ukończył lat 18, przy czym – co istotne – nigdy w stosunku do sprawcy. Niemniej zdarza się, że jest używany potocznie jako zamiennik terminu nieletni, co nie jest prawidłowe. Wskazania wymaga, iż w myśl definicji legalnej z art. 10 kc, małoletni to osoba, która nie ukończyła 18 lat⁵.

W przypadku postępowania w stosunku nieletnich w doktrynie i orzecznictwie bardzo duży nacisk kładzie się na ustalenie stanu poczytalności i dojrzałości sprawcy. Ustawodawca w przywołanym przypisie rygorystycznie określa zakres czynów, za które – w przypadku popełnienia – nieletni winien odpowiadać jak dorosły sprawca. Z praktycznego punktu widzenia nierzadko trudne jest ustalenie stanu nieletniego sprawcy w chwili działania lub zaniechania, w tym odróżnienie stanu poczytalności od faktycznej woli i zdolności do podejmowania czynu zabronionego. W stosunku do nieletniego ponoszącego odpowiedzialność karną w warunkach wskazanych w art. 10 § 2 kk mogą zostać zastosowane środki zabezpieczające, w tym również wskazana w art. 94 kk internacja psychiatryczna. Takie postępowanie wdrażane jest, gdy u nieletniego zostaną stwierdzone deficyty w kierunku niepoczytalności⁶.

Reakcja prawa wobec przemocy stosowanej w rodzinie przez nieletnich i model postępowania

Punktem wyjścia do rozważań w temacie systemu postępowania wobec nieletnich sprawców przemocy domowej jest ustalenie zakresu odpowiedzialności, jak również katalogu kar i systemu odpowiedzialności sprawcy.

W pierwszej kolejności, wskazać należy, iż nieletni, który popełnia przestępstwo, ponosi odpowiedzialność na warunkach przewidzianych w Ustawie Kodeks karny oraz Ustawie z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich. Osoby do 15 roku życia ponoszą jedynie odpowiedzialność w oparciu o ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Na wstępie wskazania wymaga też, że zarówno w kodeksie karnym, jak i w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich wskazano szczególne dyrektywy co do wymierzania nieletnim sankcji oraz model postępowania w zakresie, o czym szerzej poniżej.

⁵ M. Mozgawa (red.). *Kodeks karny Komentarz*, Warszawa 2019, s. 29.

⁶ B. Kędzierska, M. Szwejkowska, *Przymusowe leczenie nieletnich w zakładzie psychiatrycznym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 15, s. 33–34.

Na gruncie definicji zawartej w art. 1 § 1 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich terminem zbiorczym nieletni określane są następujące podmioty:

a) w zakresie zapobiegania i zwalczania demoralizacji – osoby, które nie ukończyły lat 18, czyli osoby mające status dziecka;

b) w zakresie postępowania w sprawach o czyny karalne – osoby, które dopuściły się takiego czynu między 13 a 17 rokiem życia, tj. w czasie od początku dnia pokrywającego się z datą kalendarzową 13 urodzin do końca dnia poprzedzającego bezpośrednio dzień pokrywający się z datą kalendarzową 17 urodzin;

c) w zakresie wykonywania środków wychowawczych lub poprawczych – osoby, wobec których orzeczono tego typu środki, maksymalnie jednak do ukończenia 21 roku życia, tj. do dnia odpowiadającego dacie 21 urodzin, pod warunkiem, że dany środek może być tak długo wykonywany, a nie maksymalnie do ukończenia 18 roku życia, o czym stanowi art. 73 u.p.n.⁷

Jak wynika z przywołanej regulacji, ustawa nie zawiera typowej definicji pojęcia osoby nieletniej. Lektura przepisu wskazuje wyraźnie, że nie ma jednej, jednolitej definicji osób nieletnich. Jego analiza i wykładnia prowadzą do nieodpartego wrażenia, że na gruncie ustawy termin nieletni używany jest do młodzieży zdemoralizowanej i wchodzącej w konflikt z prawem, którą zgodnie z zamysłem ustawodawcy należy poddać działaniom przewidzianym w u.p.n. oraz specjalnym oddziaływaniom wychowawczym.

Na gruncie omawianej ustawy wskazania wymaga, iż pojęcie czynu karnego, za który odpowiada nieletni, nie jest równoznaczne z czynem zabronionym pod groźbą kary. Katalog wskazany w art. 1 § 2 pkt 2 u.p.n. jest stosunkowo węższy. W świetle u.p.n. czynem karnym są wszystkie typy przestępstw, w tym przestępstw skarbowych oraz wykroczenia wskazane przez ustawodawcę w ramach katalogu zamkniętego: w art. 50a, art. 51, art. 69, art. 74, art. 76, art. 85, art. 87, art. 119, art. 122, art. 124, art. 133 lub art. 143 Kodeksu wykroczeń.

Tak wskazany katalog czynów karalnych popełnianych przez nieletnich ma sprzyjać eliminowaniu przejawów demoralizacji nieletnich i zwiększaniu świadomości prawnej. Dane statystyczne obrazujące skalę omawianego zjawiska przemocy wśród nieletnich odzwierciedlają również stan przestępczości w oparciu o omawianą ustawę.

W preambule Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich zawarto, że celem aktu prawnego jest „dążenie do przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich i stwarzanie warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia

⁷ P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2019, s. 121.

społecznego, oraz w dążeniu do umacniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomych swych obowiązków członków społeczeństwa”.

Postępowanie w sprawie nieletnich cechuje się swoistymi odrębnościami, naczelną zasadą postępowania jest obowiązek kierowania się dobrem dziecka i dążenie do osiągnięcia korzystnych zmian w osobowości i zachowaniu się nieletniego (art. 3 § 1 u.p.n.)

Sądem właściwym do prowadzenia sprawy nieletniego co do zasady jest sąd rodzinny miejsca zamieszkania lub pobytu nieletniego, a postępowanie toczy się z wyłączeniem jawności, co podyktowane jest dobrem nieletniego (art. 15 u.p.n.).

Na specjalny model postępowania wskazuje też art. 16 § 1 ustawy, uprawniający prokuratora w sprawie o czyn karalny do wyłączenia sprawy nieletniego i przekazania jej sądowi rodzinnemu w sytuacji, gdy postępowanie przeciwko nieletniemu zostało wszczęte wspólnie z dorosłym sprawcą. Niemniej ustawodawca w art. 16 § 2 u.p.n. zezwala na prowadzenie postępowania wobec nieletniego według przepisów kodeksu postępowania karnego, który orzeka w sprawie nieletniego z zachowaniem przepisów ustawy o postępowaniu wobec nieletnich.

Nieletniemu w postępowaniu przysługuje prawo do korzystania z obrońcy oraz prawo do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania (art. 18a u.p.n.). Jeżeli interesy nieletniego i jego rodziców albo opiekuna pozostają w sprzeczności, a nieletni nie ma obrońcy, prezes sądu wyznacza mu obrońcę z urzędu.

Postępowanie na gruncie omawianej ustawy oparte jest na odpowiednim stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego właściwych dla spraw rodzinnych i kodeksu postępowania karnego w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów przez Policję oraz przeprowadzania czynności dowodowych.

Jeżeli w toku postępowania prowadzonego w oparciu o ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich ujawnione zostaną okoliczności uzasadniające pociągnięcie nieletniego do odpowiedzialności na zasadach określonych w art. 10 § 2 kk sąd rodzinny orzeka o przekazaniu sprawy prokuratorowi.

Sąd Najwyższy znacząco akcentuje prawidłowość stosowania regulacji z kodeksu karnego dotyczących wieku i podleganiu odpowiedzialności karnej. W jednej z rozpatrywanych spraw wskazał w stosunku do nieletniej oskarżonej w wyroku kończącym postępowanie, iż osądzenie i skazanie oskarżonej jak osoby dorosłej za czyn nienależący do katalogu przestępstw z art. 10 § 2 kk w myśl reguł przewidzianych w Kodeksie karnym w sytuacji, gdy jej odpowiedzialność powinna kształtować się stosownie do zasad określonych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich i wymierzenie, nieletniej

wówczas oskarżonej, kary ograniczenia wolności przewidzianej w kodeksie karnym stanowi oczywiste i rażące naruszenie prawa materialnego⁸.

Główna zasada w przedmiocie orzekania o wymiarze kary wobec nieletniego została wyrażana w art. 54 § 1 kk, zgodnie z którą wymierzając karę nieletniemu sąd kieruje się przede wszystkim tym, aby sprawcę wychować.

W temacie komentowanego przepisu nie sposób nie zgodzić się z Sądem Apelacyjnym w Warszawie, że orzekanie kary nie musi oznaczać pobłażliwego traktowania, chodzi o realizację celu jakim jest wychowawczy charakter kary⁹. Wolą ustawodawcy było, aby w przypadku sprawców młodocianych dyrektywa wychowawczego oddziaływania kary uzyskała priorytet w stosunku do innych dyrektyw sądowego wymiaru kary określonych w art. 53 kk. W zakresie orzekania wobec nieletniego kar kryminalnych, sąd uprawniony jest do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w oparciu z zasady przewidziane w art. 60 § 6 kk.

Interwencje wobec rodziny dotkniętej przemocą – w tym przemocą ze strony nieletniego sprawcy odbywają się w oparciu o procedurę „Niebieskiej Karty”. Zgodnie z art 9d ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, procedura „Niebieskiej Karty” obejmuje ogół czynności podejmowanych i realizowanych przez przedstawicieli jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, Policji, oświaty i ochrony zdrowia, w związku z uzasadnionym podejrzeniem zaistnienia przemocy w rodzinie. Wszczęcie procedury następuje przez wypełnienie formularza, który został określony w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta”¹⁰.

Reakcja organów ścigania wobec nieletniego sprawcy przemocy domowej

W przypadku przeciwdziałania i zwalczania zjawiska przemocy domowej, której sprawcą jest nieletni – istotną rolę odgrywa Policja. To jej funkcjonariusze bowiem są wzywani w przypadku zaistnienia konieczności interwencji w sytuacjach przemocowych. Na funkcjonariuszach również spoczywa obowiązek wszczynania procedury „Niebieskiej Karty”, jeżeli zachodzą ku temu przesłanki.

⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt II KK 32/09, LEX nr 491308.

⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 września 2019 r., sygn. akt I Aka 352/18, LEX nr 2675305.

¹⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz.U. z 2011 r., Nr 209, poz. 1245).

Dzięki danym statystycznym zamieszczonym na stronie internetowej Policji możliwe jest uzyskanie informacji obrazujących skalę zjawiska przemocy domowej. Na potrzeby niniejszej publikacji przytoczone zostaną dane statystyczne z ostatnich dziesięciu lat (tj. 2008–2018) dotyczące takich kwestii jak:

a) ogólna liczba sprawców przemocy domowej z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2008–2011,

b) ogólna liczba osób podejrzewanych o przemoc z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2012–2018,

c) ogólna liczba sprawców przemocy domowej będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2008–2011,

d) ogólna liczba podejrzewanych sprawców będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2012–2018.

W powyższym wyszczególnieniu zauważyć można, że dziesięcioletni okres statystyczny, który chciałyby przeanalizować autorki niniejszego opracowania został niejako podzielony na dwa podokresy – mianowicie lata 2008–2011 oraz 2012–2018. Wynika to z faktu, że od 2012 roku zmienił się system rejestracji statystycznej w związku z przemocą domową, stąd też inna forma prezentacji danych. Liczby w statystykach z lat 2012–2018 dotyczą działań podjętych w procedurze „Niebieskie Karty” wyłącznie przez Policję (bez danych z działalności innych, upoważnionych do zwalczania przemocy domowej, podmiotów pozapolicyjnych). Na uwagę zasługują również kwestie terminologiczne dotyczące sformułowań użytych do opisów poszczególnych kategorii liczbowych na co również w dalszej części niniejszego opracowania zostanie zwrócona uwaga.

Tabela 1 przedstawia dane dotyczące ogólnej liczby sprawców przemocy domowej z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2008–2011. W tym zestawieniu dane liczbowe odnoszą się do sprawców przemocy domowej, czyli w znaczeniu ścisłym tych osób, które same osobiście popełniają czyny składające się na zjawisko przemocy domowej.

Tabela 1

**Liczba sprawców przemocy domowej ogółem,
w tym nieletni w latach 2008–2011**

	2008	2009	2010	2011
Ogólna liczba sprawców przemocy domowej, w tym:	86 568	81 472	83 390	71 914
Nieletni	201	220	205	195

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych zamieszczonych na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (data dostępu: 02.12.2019).

Ogólna liczba sprawców przemocy domowej w okresie od 2008 do 2011 roku cechuje się co do zasady tendencją spadkową. Wyjątkiem był 2010 r.,

w którym liczba ta wzrosła o 1918 sprawców w porównaniu z 2009 r. W przypadku nieletnich sprawców zaś od 2009 r. (220 odnotowanych nieletnich sprawców) liczba ta w badanym okresie wykazywała już tendencję spadkową. W latach 2008–2010 wynosiła ona jeszcze powyżej 200 sprawców. W 2011 r. zaś liczba ta spadła do 195 nieletnich sprawców.

Dane zawarte w tabeli 2 obrazują ogólną liczbę osób podejrzewanych o przemoc w tym nieletnich w latach 2012–2018.

Tabela 2

**Ogólna liczba osób podejrzewanych o przemoc,
w tym nieletni w latach 2012–2018**

		2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ogólna liczba osób podejrzewanych o przemoc, w tym:		51 531	61 450	78 489	76 034	74 155	76 206	73 654
Nieletni	ogółem	281	255	397	306	373	293	303
	dziewczęta	–	–	–	79	111	85	81
	chłopcy	–	–	–	227	262	208	222

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych zamieszczonych na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (data dostępu: 02.12.2019) oraz <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/137709,Sprawozdania-z-realizacji-procedury-quotNiebieskie-Kartyquot.html> (data dostępu: 02.12.2019).

Tabela nr 2 wskazuje, że w latach 2012–2014 ogólna liczba podejrzanych o przemoc domową wykazywała tendencję wzrostową. W analizowanym przedziale czasu to właśnie w 2014 r. liczba ta osiągnęła najwyższą wartość – 78 489 osób. W 2015 r. liczba ta zmalała o niemal 2,5 tys. osób. Najniższą liczbę podejrzanych o przemoc domową ogółem odnotowano w 2012 r., tj. 51 531 osób. Udział nieletnich w tym zestawieniu w latach 2012–2013 oraz w 2017 r. utrzymywał się na poziomie powyżej 250 podejrzanych. W latach 2014–2016 oraz w 2018 r. liczba ta przekracza 300. Najwyższe wartości przypadają na lata 2014 (397 osób) i 2016 (373 osoby nieletnie).

Warto również zauważyć, że w corocznych Sprawozdaniach Biura Prewencji KGP tzw. Informacji dotyczącej realizacji przez Policję procedury „Niebieskie Karty”¹¹ od 2015 r. znaleźć można także dane statystyczne uwzględniające płeć nieletnich podejrzanych o stosowanie przemocy domowej. Dane te również zostały umieszczone w tabeli 2. Z ich analizy wynika, że zdecydowanie częściej to nieletni chłopcy są podejrzani o stosowanie przemocy domowej. Ich liczba w latach 2015–2018 nie wykazuje dłuższych tendencji spadkowych czy wzrostowych, jednakże utrzymuje się cały czas na

¹¹ <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/137709,Sprawozdania-z-realizacji-procedury-quotNiebieskie-Kartyquot.html> (data dostępu: 02.12.2019).

poziomie powyżej 200 osób, z czego najwyższą wartość osiągnęła w 2016 r. (262 nieletnich chłopców), a najniższą w 2017 r. (208 nieletnich chłopców).

Nieco odmiennie kształtują się dane dotyczące nieletnich dziewcząt podejrzanych o stosowanie przemocy domowej. Najwyższą ich liczbę odnotowano w 2016 r. Jednakże od tegoż roku liczba ta wykazuje tendencję spadkową ze 111 podejrzanych w 2016 r. do 81 w 2018 r. Nadal jest to jednak więcej niż w pierwszym roku uwzględniającym podział podejrzanych nieletnich ze względu na płeć. W 2015 r. bowiem liczba nieletnich dziewcząt podejrzanych o czyny związane z przemocą domową odnotowano 79.

Tabela nr 3 zawiera dane statystyczne związane z liczbą sprawców przemocy domowej będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2008–2011. Przy analizie danych zawartych w tej tabeli należy zwrócić uwagę, że dotyczą one sprawców przemocy domowej, czyli osób, które dokonują czynności składających się na to zjawisko. Dodatkowo należy uwzględnić fakt, że dane dotyczą sprawców jednocześnie będących pod wpływem alkoholu.

Tabela 3

Liczba sprawców przemocy domowej będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem osób nieletnich w latach 2008–2011

	2008	2009	2010	2011
Liczba sprawców ogółem, w tym:	61 991	54 201	54 030	45 274
Nieletni	55	53	39	30
W tym: przewieziono do izb wytrzeźwień	7	11	9	4
Oraz przewiezieni do policyjnych pomieszczeń dla zatrzymanych do wytrzeźwienia	17	20	19	13

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych zamieszczonych na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (data dostępu: 02.12.2019).

Jak wynika z tabeli 3, ogólna liczba sprawców przemocy domowej będących pod wpływem alkoholu w latach 2008–2011 wykazuje tendencję spadkową z poziomu niemal 62 tys. sprawców do nieco ponad 45 tys. Spadkowa tendencja obejmuje też dane dotyczące liczby nieletnich sprawców przemocy domowej będących pod wpływem alkoholu. Z 55 nieletnich sprawców w 2008 r. liczba ta spadła do 30 w 2011 r. Niestety, dane statystyczne nie wyróżniają tutaj nieletnich ze względu na płeć, także brak jest informacji, ile dziewcząt oraz ilu chłopców było takimi sprawcami przemocy domowej pod wpływem alkoholu.

Policyjne dane statystyczne do 2011 r. włącznie zawierają także dane obrazujące liczbę nietrzeźwych nieletnich sprawców przemocy domowej, któ-

rych na skutek interwencji Policji przewieziono do izb wytrzeźwień oraz przewiezionych do policyjnych pomieszczeń dla zatrzymanych do wytrzeźwienia. Od 2012 r. te informacje w statystykach już nie występują. Pojawiła się za to kategoria: *liczba dzieci umieszczonych w niezagrożającym im miejscu* (np. rodzina zastępcza, dalsza rodzina, placówka opiekuńcza). Nie wiadomo jednak, czy dotyczy to dokładnie dzieci-ofiar przemocy domowej czy też dzieci-sprawców. W nawiasie są bowiem podane miejsca przykładowe. Co prawda można domyślać się, że chodzi o dzieci-ofiary, mimo że kategorię tę umieszczono pod kategorią „ogólna liczba podejrzewanych sprawców będących pod wpływem alkoholu”. Świadczyć o tym może charakter przykładowo wymienionych miejsc, tj. takich, które powinny zapewnić dziecku poczucie bezpieczeństwa, odseparowania od sytuacji przemocowej.

Problem interpretacyjny pojawia się także ze względu na użycie pojęcia „dziecko”, które nie jest pojęciem stosowanym w prawie karnym wobec „osoby niedorosłej”. Dane statystyczne zawarte w kategorii *liczba dzieci umieszczonych w niezagrożającym im miejscu* nie będą jednakże analizowane w niniejszym opracowaniu, toteż Autorki zdecydowały się jedynie o nim wspomnieć.

Policyjne pomieszczenia dla osób zatrzymanych w celu wytrzeźwienia (PdOZ) to miejsca spełniające określone warunki techniczne, w których mogą przebywać osoby zatrzymane lub doprowadzone w trybie i przypadkach określonych w kodeksie postępowania karnego oraz innych ustawach, zgodnie z regulaminem, jaki w tych pomieszczeniach i pokojach obowiązuje¹².

Wracając do wspomnianych danych z tabeli 3 należy zauważyć, że w przypadku izb wytrzeźwień najwięcej nieletnich sprawców przewieziono tam w 2009 r. Od tego też roku do 2011 r. liczba ta jednak wykazywała tendencję spadkową. W 2011 r. było to 4 nieletnich. Więcej odnotowano nieletnich przewiezionych do policyjnych pomieszczeń dla zatrzymanych do wytrzeźwienia. Najwięcej w 2009 r. – 20 nieletnich. Od tego też roku do 2011 r. liczba ta jednak wykazywała tendencję spadkową. W 2011 r. było to 13 nieletnich.

Tabela 4 zawiera dane statystyczne prezentujące ogólną liczbę podejrzewanych sprawców będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem ilości osób nieletnich w latach 2012–2018. Jednak, aby mogło dojść do ich analizy i wyciągnięcia stosownych wniosków, należy zauważyć, że w tej kategorii danych użyto sformułowania „podejrzewani sprawcy”.

W polskim procesie karnym wyróżnia się m.in. pojęcia takie jak: osoba podejrzana, podejrzany oraz sprawca. Osoba podejrzana to taka, którą podejrzewa się o popełnienie przestępstwa (przypuszcza się, że je popełniła), ale

¹² A. Winnicki, M. Dąbrowski, *Prawne i praktyczne aspekty pełnienia służby w PdOZ*, [w:] praca zbiorowa, *Pełnienie służby w pomieszczeniach dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia oraz w policyjnych izbach dziecka*, Słupsk 2017, s. 9.

której nie przedstawiono jeszcze zarzutu popełnienia przestępstwa. Podmiot ten nie jest stroną postępowania karnego. Podejrzany zaś jest osoba, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego¹³.

Sprawca zaś, to osoba „która coś sprawiła, dokonała czegoś”¹⁴. Mowa tu oczywiście o czynach sprzecznych z porządkiem prawnym. Wynika z tego zatem, że osoba określana przez organy ścigania (w tym Policję) mianem „podejrzewanego sprawcy” powinna być rozumiana jako osoba, co do której posiada się informacje, że mogła popełnić czyn sprzeczny z prawem.

Tabela 4

Ogólna liczba podejrzewanych sprawców będących pod wpływem alkoholu z uwzględnieniem nieletnich w latach 2012–2018

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ogólna liczba podejrzewanych sprawców będących pod wpływem alkoholu, w tym:	31 387	37 650	50 073	48 841	46 537	46 092	43 182
Nieletni	49	34	49	39	45	27	22

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych zamieszczonych na stronie <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (data dostępu: 02.12.2019).

Analizując zatem dane dotyczące ogólnej liczby podejrzanych pod wpływem alkoholu o popełnienie czynów związanych z przemocą domową (zawartych w tabeli 4), należy w pierwszej kolejności zauważyć, że w latach 2012–2014 wykazywała ona tendencję wzrostową. W 2014 r. liczba ta bowiem wyniosła 50 073 osób. W latach 2015–2018 zaś nastąpił spadek ogólnej liczby podejrzanych do poziomu 43 182 osób. Nieco inaczej w tej kategorii kształtowały się dane dotyczące nieletnich. Oscylowały one w granicach od 22 do 49 nieletnich pod wpływem alkoholu. Najwyższe wartości przypadły na 2012 i 2014 r., najniższe zaś na 2018 r.

W tym miejscu trzeba podkreślić, że żadna ze statystyk policyjnych nie podaje np. ilu nieletnich stało się sprawcami przemocy w rodzinie na skutek tego, że sami byli wcześniej jej ofiarami. Wszak dane wskazujące na liczbę nieletnich sprawców przemocy w rodzinie, którzy byli pod wpływem alkoholu, mogą mieć różne podłoże – uzależnienie nieletniego od alkoholu, jednorazowe upicie się (np. na urodzinach kolegi lub też upicie się w celu zapomnienia o nękającej nieletniego sytuacji w domu, w tym również bycia ofiarą przemocy domowej). W ostatnim przypadku alkohol połączony z długotrwa-

¹³ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 337–338 oraz S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 195.

¹⁴ <https://sjp.pwn.pl/sjp/sprawca;2523348> (data dostępu: 02.12.2019).

łym byciem ofiarą przemocy domowej powoduje narastającą w nieletnim frustrację. Może to doprowadzić do wybuchu agresji, a tym samym do sytuacji, w której z pozycji ofiary przemocy stanie się on sprawcą przemocy.

Wskazane problemy natury definicyjnej w omawianych powyżej statystykach dotyczą nie tylko sytuacji, w których to nieletni jest sprawcą przemocy w rodzinie. Warto tylko krótko zasygnalizować, że w przypadku statystyk dotyczących nieletniego jako ofiary przemocy w rodzinie, twórcy zestawień danych zamieszczonych na wyżej przytaczanej stronie internetowej również posługują się niejednolitym słownictwem:

- w danych statystycznych do 2012 r. wyróżnia się osobną kategorię „dzieci do lat 13” oraz „dzieci w wieku 13–18 lat”,
- w statystykach za lata 2012–2016 występuje pojęcie „małoletniego”,
- w statystykach od 2017 r. użyte zostało pojęcie nieletniego.

Gdyby zatem w toku prowadzenia badań dotyczących możliwych ról „młodego człowieka” w zjawisku przemocy domowej – z użyciem metody analizy danych statystycznych – ktoś chciał porównać liczbę nieletnich sprawców przemocy domowej z liczbą ofiar, to miałby problem z kategoriami wiekowymi. O ile zsumowanie danych odnotowanych w kategorii „dziecko do lat 13” oraz „dziecko w wieku 13–18 lat” pozwoliłoby na „przeliczenie” tego na kategorie odpowiadającą pojęciu „małoletni”, to już, niestety, „nieletni” nie zawsze swoim zakresem znaczeniowym obejmuje pojęcie małoletniego.

Mimo że powszechnie wiadomo, że osoby młode, dzieci częściej padają ofiarą przemocy domowej niż są jej sprawcami, to możliwość pełnego porównania tychże sytuacji również mogłaby pozwolić na stworzenie propozycji postulatów przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Zatem to uregulowanie i wyróżnienie wszędzie ofiar przemocy jako „nieletni” pozwoliłoby ujednolicić obraz tejże sytuacji.

Podsumowanie

Dokonana analiza w zakresie obowiązujących aktów prawnych pozwala stwierdzić, że nieletni ponosi odpowiedzialność za zachowanie sprzeczne z obowiązującym prawem – niekiedy w oparciu o regulacje przewidziane w kodeksie karnym, nierzadko natomiast jest uczestnikiem postępowania cywilnego w oparciu o procedurę przewidzianą w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Bez względu na tryb postępowania, modele postępowania nakierowane są na wychowanie i kształtowanie pożądanych postaw u młodych ludzi. System sankcji ma na celu bowiem ochronę nieletnich sprawców przemocy, zbadanie przyczyn wkraczania przez nich na drogę przestępstwa i wymuszenie respektowania obowiązującego porządku prawnego.

Nieletni jest zdolny do popełniania przestępstw z użyciem przemocy, w tym do stosowania przemocy domowej. Zachowanie może objawiać się w różnych formach sprawczych i powodować odpowiedzialność z różnych kwalifikacji prawnych.

Istotne jest podkreślenie również wartości merytorycznej policyjnych danych statystycznych dotyczących nieletnich stosujących przemoc domową. Niestety, jak już wcześniej zauważono, zmiany w systemie prowadzenia statystyk w 2012 r., jak też nie do końca precyzyjne nazewnictwo stosowane w opisach poszczególnych kategorii danych statystycznych, powoduje trudności interpretacyjne podczas ustalania rzeczywistego rozmiaru tegoż zjawiska.

Wykaz literatury

- Borodziuk M., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności wobec sprawcy przemocy domowej*. „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31.
- Górecki P., Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu karnego*, [w:] *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Górecki P., Konarska-Wrzosek V., *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Kędzierska B., Szwejkowska M., *Przymusowe leczenie nieletnich w zakładzie psychiatrycznym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 15.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Winnicki A., Dąbrowski M., *Prawne i praktyczne aspekty pełnienia służby w PdOZ*, [w:] praca zbiorowa, *Pełnienie służby w pomieszczeniach dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia oraz w policyjnych izbach dziecka*, Szkoła Policji w Słupsku, Słupsk 2017.

Summary

Juvenile perpetrators in the domestic violence cases: the pertinent legal provisions and law enforcement approach

Key words: criminal law, legal provisions, juvenile liability, domestic violence, police statistics.

In the article the scale of domestic violence in Poland in 2008–2018 regarding minor perpetrators was analysed. The authors discussed the phenomenon of domestic violence based on the literature review and statistical

data. Some theoretical issues related to minor offenders were presented. The authors indicated typical crimes which could be associated with domestic violence, presented and analysed statistical data to represent the phenomenon. Attention was also paid to the difficulties encountered by the authors during the analysis of the data, and the interpretation challenges. The authors concluded that the reasons behind each crime, as well as the educational function of particular punishment should be considered. Due to the changes in the system of police statistics introduced in 2012 and the lack of precise nomenclature it is being difficult to interpret available statistical data.

Janusz Orłowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0345-9103

Ola Nieczepa

Kancelaria Adwokacka w Biskupcu

Tajemnica skarbowa a ochrona dóbr osobistych*

Wprowadzenie

Art. 23 Kodeksu cywilnego¹ zawiera katalog dóbr osobistych takich jak: zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko, pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania oraz twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. To wyliczenie jest tylko przykładowe, bo pomieścić tu można i inne wartości związane z osobą oraz różnymi sferami ludzkiej aktywności². Chodzi przy tym o odkrywanie dóbr już istniejących, a nie tworzenie nowych³.

O istnieniu dobra osobistego nie przesądza wystąpienie interesu danej jednostki⁴, bo wynika ono z samego przymiotu osobowości⁵. Nie jest tu istotny zwłaszcza stan psychiki czy stopień wrażliwości⁶, lecz obiektywna ocena czynników wpływających na elementy indywidualizujące (tzw. prywatność)⁷.

Unormowania art. 30, art. 47 i art. 51 Konstytucji⁸ wprowadzają podstawy gwarancji ochrony jednostki. Przyznaje się tu m.in. „każdemu” nienaru-

* Opracowanie uwzględnia stan prawny, literaturę oraz orzecznictwo na dzień 31.08.2018 r.

¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459) – dalej: k.c.

² P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 59–60.

³ A. Puchała, [w:] I. Lewandowska-Malec (red.), *Dobra osobiste*, Warszawa 2017, s. 30.

⁴ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, Wrocław 1974, s. 301.

⁵ Ibidem, s. 297.

⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 17.

⁷ Por. M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2004, s. 83–84 i tam wskazana literatura i orzecznictwo.

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Por. też M. Niezgódka-Medek, [w:] praca zbiorowa, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 854.

szalną, przyrodzoną i niezbywalną godność, stanowiącą źródło wolności i praw oraz prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia. Unormowania art. 23 i 24 k.c. precyzują tę ochronę w sferze osobistej i majątkowej.

Do dóbr osobistych, jako dotyczących sfery życia prywatnego⁹, zaliczyć też należy informacje objęte tajemnicą skarbową. Właściwie wszystkie informacje („dane”) zgromadzone przez organy podatkowe zgodnie z przepisami normującymi ich zadania, a dotyczące jednostek i różnicowanych sfer ich działalności, są objęte taką tajemnicą. Tego rodzaju dane podlegają prawnej ochronie, której gwarancje wyznaczono ramowo w art. 51 Konstytucji¹⁰. Władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Każdy ma też prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych (ograniczenie tego prawa może określić ustawa) oraz ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Ustawą określa się też zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji. Tajemnica skarbową jest w związku z tym ustawowo chroniona jako element prawa do prywatności (dane osobowe)¹¹.

W niniejszym opracowaniu zostaną poddane analizie zagadnienia ochrony informacji objętych tajemnicą skarbową oraz następstw ich nieuprawnionego ujawnienia w kontekście naruszenia dóbr osobistych. Zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 23 k.c. dobra osobiste człowieka pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Złożone okazuje się przy tym zaliczenie poszczególnych rodzajów informacji objętych tajemnicą skarbową do kategorii dóbr osobistych. Zaznaczyć jeszcze trzeba, że nie będą tu analizowane kwestie ochrony danych osobowych wedle odrębnych przepisów¹² jako niezwiązane bezpośrednio z unormowaniami tajemnicy skarbowej.

Pojęcie i przedmiot tajemnicy skarbowej

Tajemnicę skarbową normują przepisy działu VII i VIII Ordynacji podatkowej z 1997 r.¹³ Zgodnie z art. 293 § 1 i § 2 O.p tajemnicą skarbową ob-

⁹ Por. M. Pazdan, op. cit., s. 85.

¹⁰ M. Wild, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1223.

¹¹ W. Stachurski, [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1642.

¹² Ustawa z 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. poz. 1000) oraz rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. (Dz. Urz. UE L 119).

¹³ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 800 ze zm.); dalej: O.p.

jęte są „indywidualne dane zawarte w deklaracji oraz innych dokumentach składanych przez podatników, płatników lub inkasentów”¹⁴. Takie dane mogą wystąpić również w: 1) informacjach podatkowych przekazywanych organom podatkowym przez podmioty inne, aniżeli wyżej wskazane, 2) aktach dokumentujących czynności sprawdzające organów podatkowych, 3) aktach postępowania podatkowego, kontroli podatkowej, kontroli celno-skarbowej oraz aktach postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, 4) dokumentacji rachunkowej organu podatkowego, 5) informacjach uzyskanych przez organy Krajowej Administracji Skarbowej z banków oraz innych źródeł, 6) informacjach uzyskanych w toku postępowania w sprawach zawarcia porozumień dotyczących uznania za prawidłowe ustalenie cen transakcyjnych, 7) aktach dokumentujących kontrolę raportujących instytucji finansowych (rozdz. 9 działu III ustawy z 09.03.2017 r. o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami¹⁵), 8) informacjach o wynikach analizy ryzyka, o której mowa w art. 119zn § 1 O.p., oraz innych informacjach i dokumentach, o których mowa w przepisach o przeciwdziałaniu wykorzystywania sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych (dział IIIb O.p.).

Tajemnica skarbową obejmuje informacje o danych osobowych konkretnego podmiotu¹⁶: imiona i nazwisko, nazwisko rodowe, imiona rodziców. Są to dobra osobiste, o których wprost stanowi art. 23 k.c. Tajemnicą skarbową chronione są także inne zgromadzone przez organy podatkowe informacje, np. o miejscu zamieszkania, wykonywanej działalności gospodarczej lub zatrudnieniu czy nauce, numerach ewidencyjnych, dane o stanie cywilnym, osobach pozostających na utrzymaniu. Odpowiednio tajemnicą skarbową są też objęte dane innych osób, które pozostają w określonych stosunkach prawnych z podatnikiem (np. spadkodawcy, zapisodawcy, pożyczkodawcy itp.)¹⁷, choć w Ordynacji podatkowej stanowi się wprost o danych podatnika, płatnika, inkasenta. Tajemnicą skarbową objąć należy też dane innych podmiotów prawa podatkowego (np. następców prawnych, osób trzecich podlegających odpowiedzialności podatkowej), które znajdują się w opisanej wyżej dokumentacji gromadzonej przez organy podatkowe. W posiadaniu organów podatkowych mogą się poza tym znaleźć informacje o innych podmiotach, na których nie ciążyą nawet obowiązki wynikające z przepisów prawa podatkowego, zawarte w składanych przez nie informacjach, wyjaśnieniach, zeznaniach, spra-

¹⁴ Por. hasło *Tajemnica skarbową*, [w:] B. Brzeziński, H. Litwińczuk, Z. Ofiarski (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa. T. XI, Prawo finansowe*, Warszawa 2017, s. 473.

¹⁵ Dz. U. poz. 648.

¹⁶ Por. J. Jezierski, *Tajemnica skarbową w Ordynacji podatkowej*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci docenta Eligiusza Drgasa*, Toruń 1998, s. 56.

¹⁷ C. Kosikowski, [w:] C. Kosikowski, L. Etel i in., *Ordynacja podatkowa*, Warszawa 2013, s. 1474.

wozdaniach wymaganych wedle stosownych przepisów, bądź w dokumentach zgromadzonych w toku czynności sprawdzających, postępowania podatkowego albo kontroli celno-skarbowej. Wobec tego przez „indywidualne dane” rozumieć należy nie tylko informacje identyfikujące dany podmiot i przezeń przedłożone organowi podatkowemu, ale także informacje obrazujące w jego przypadku:

- wystąpienie elementów obowiązku podatkowego w danym podatku (np. moment jego powstania, podstawa opodatkowania, zastosowane ulgi itp.) oraz zobowiązanie podatkowe z tego tytułu czy kwotę zwrotu podatku,
- rzetelność i prawidłowość wykonywania obowiązków instrumentalnych (prowadzenie właściwej dokumentacji, składanie deklaracji, sprawozdań, wystawianie faktur¹⁸ itp.),
- stan majątku podatnika (np. z wykazów składanych na żądanie organu podatkowego) albo o prowadzonej działalności gospodarczej,
- informacje o dokonywanych transakcjach i wielkości obrotów.

Za specyficzny rodzaj wytworzenia czy zgromadzenia indywidualnych danych w ramach działalności analitycznej organu podatkowego (art. 181 § 1 O.p.) można uznać zbiór informacji włączonych do akt prowadzonego postępowania podatkowego albo kontroli podatkowej bądź celno-skarbowej. Szczególnej ochronie podlegają informacje gromadzone przez organy podatkowe na podstawie art. 182 i nast. O.p.

Do kategorii dóbr osobistych zaliczyć należy te informacje (dane) objęte tajemnicą skarbową, którym taki status można przyznać na mocy art. 23 k.c. Mieszczą się tu dane związane z konkretną osobą, z jej tożsamością i wynikającym z niej prawem do prywatności, jej działalnością, twórczością oraz majątkiem. Kluczowe znaczenie ma tu związek tych informacji z daną osobą, tylko jej dotyczących i związanych z jej aktywnością. Kwestie te oceniać należy na gruncie unormowań prawa cywilnego, z wykorzystaniem także orzecznictwa w tym zakresie¹⁹. Wszystkie jednak informacje dotyczące danych jednostki, zgromadzone przez organy podatkowe, podlegają ochronie jako objęte tajemnicą skarbową.

W piśmiennictwie podkreśla się, że dla obowiązku zachowania tajemnicy skarbowej nie ma znaczenia technika gromadzenia danych nią objętych, ani rodzaj dokumentów, w których je uwidoczniono, chociaż – na co warto zwrócić

¹⁸ Tzw. obowiązki niedaninowe, np. składanie deklaracji, zaprowadzenie wymaganej dokumentacji oraz o terminowym poborze i wpłacaniu zobowiązania podatkowego lub zaliczek na podatek. Por. T. Dębowska-Romanowska, T. Nowak, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1883–1887.

¹⁹ Przykładowo: informacje o stanie zadłużenia są dobrem osobistym, ale informacje o jej majątku już nie – por. orzeczenia: SA w Białymstoku z 15.01.2001 r., I ACa 4/01 oraz SA w Poznaniu z 14.11.2003 r., I ACa 1062/03, cyt. za: M. Rozwadowska-Hermann, *Kodeks cywilny*, edycja druga, Warszawa 2007, s. 27.

uwagę – nie dotyczy to informacji o samych procesach gospodarczych, bo to już nie są indywidualne dane²⁰.

Zagadnienie zakresu danych objętych tajemnicą skarbową zostało naświetlone w orzecznictwie. Jako przykład można wskazać to, że przed wprowadzeniem art. 306ia O.p. podstawę nieujawniania kontrahentowi podatnika danych dotyczących wpłat podatku dostrzegano właśnie w przepisach normujących tajemnicę skarbową²¹. Z kolei ujawnianie danych o podmiotach, którym udzielono ulg w spłacie podatku, stanowiło element informacji publicznej²², podlegającej unormowaniom z art. 33 ust. 1 oraz art. 36 i 37 ustawy o finansach publicznych²³, w tym stanowiących o jawności gospodarowania środkami publicznymi oraz podawania do publicznej wiadomości informacji o umorzonych kwotach zaległości podatkowych²⁴. Bezzasadną odmowę udzielenia informacji w tym zakresie uznano za rażące naruszenie prawa²⁵.

Na uwagę zasługuje teza jednego z orzeczeń NSA²⁶, iż objęcie tajemnicą skarbową indywidualnych danych zgromadzonych przez organ w postępowaniu podatkowym (także w kontroli podatkowej w sprawie o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe) nie wyklucza wykorzystania ich w sprawie dotyczącej innego podmiotu. Jest to dopuszczalne wprost z art. 181 O.p., zatem nie ma potrzeby ponownego przesłuchiwanie świadka, który już złożył zeznania w innym postępowaniu. Odmienne znaczenie ma bowiem ochrona informacji z akt spraw podatkowych przed nieuprawnionym ich udostępnieniem osobom trzecim od wykorzystania przez organy podatkowe dowodu zgromadzonego już w innym postępowaniu, jeśli jest on istotny dla ustalenia okoliczności faktycznych w kolejnej sprawie. Ponadto ujawnienie przez organ podatkowy danych podatnika jego małżonkowi (nieumocowane na podstawie art. 306h § 1 pkt 3 i § 2 O.p.) również stanowi naruszenie tajemnicy skarbowej²⁷.

²⁰ Por. B. Brzeziński, M. Kalinowski, A. Olesińska (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz praktyczny*, ODDK, Gdańsk 2017, s. 1344 i cyt. tam orzecznictwo oraz M. Niezgodka-Medek, op. cit., s. 854 i tam cyt. literatura.

²¹ Wyrok WSA w Warszawie z 26.05.2010 r., II SA/Wa 414/10, Legalis nr 382118.

²² Wyrok WSA w Bydgoszczy z 7.03.2017 r., II SAB/Bd 128/16, Legalis nr 1631627.

²³ Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2077 ze zm.).

²⁴ Por. wyroki WSA w Bydgoszczy: z 24.04.2014 r., II SAB/Bd 32/14, Legalis nr 952553 oraz z 04.02.2015 r., II SA/Bd 1321/14, Legalis nr 1258948.

²⁵ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 07.03.2017 r., II SAB/Bd 128/16, Legalis nr 1631627.

²⁶ Wyrok NSA z 17.01.2017 r., I FSK 1883/16, Legalis nr 1578283.

²⁷ Wyrok NSA z 06.03.2002 r., I SA/Wr 1436/00, Legalis nr 56234: Sąd stwierdził, że tajemnica skarbową ogranicza możliwość wykorzystywania danych zawartych w aktach nią objętych oraz uprawnienia do udostępnienia tych danych jedynie podmiotom ściśle określonym, wymienionym w art. 298 O.p. Przepis ten nie wskazuje małżonka podatnika. Jeżeli dane, jakie znajdują się w posiadaniu urzędu skarbowego, są niezbędne w związku ze sprawą alimentacyjną, to takie informacje – w myśl art. 298 Ordynacji podatkowej – mogą być udzielone sądowi, przed którym taka sprawa alimentacyjna się toczy.

Obowiązek przestrzegania i zachowania tajemnicy skarbowej

Krąg podmiotów obowiązanych do złożenia na piśmie przyrzeczenia o przestrzeganiu tajemnicy skarbowej oraz jej zachowania wyznacza art. 294 § 1 O.p.²⁸ Obowiązek zachowania tej tajemnicy trwa nadal po ustaniu zatrudnienia, zakończeniu stażu, praktyki lub po ustaniu członkostwa w Radzie ds. Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania (art. 294 § 2 i 3 O.p.).

Uwagę zwraca obowiązek przestrzegania tajemnicy skarbowej również przez „inne osoby, którym udostępniono informacje objęte tajemnicą skarbową, chyba że na ich ujawnienie zezwala przepis prawa”, przy czym nie obejmuje on osób, „których dotyczą informacje objęte tajemnicą skarbową” (art. 294 § 4 O.p.) oraz kontrahentów podatnika prowadzącego działalność gospodarczą (art. 293 § 3 O.p.).

Obowiązek przestrzegania tajemnicy skarbowej obejmuje nie tylko nieprzekazywanie informacji, na które ją rozciągnięto, ale też „pozytywny obowiązek takiego działania, aby uniemożliwić dostęp do nich osobom trzecim”²⁹. Z kolei zachowanie tajemnicy skarbowej oznaczać ma tylko obowiązek nieujawniania informacji nią objętych³⁰. Tak ujęte obowiązki związane z bezpieczeństwem danych objętych tajemnicą skarbową uściśla się poprzez:

²⁸ Wskazano tu: 1) pracowników izb administracji skarbowej; 2) funkcjonariuszy; 3) pracowników Krajowej Informacji Skarbowej; 4) wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starostę, marszałka województwa oraz pracowników urzędów ich obsługujących; 5) członków samorządowych kolegiów odwoławczych i pracowników biur tych kolegiów; 6) ministra właściwego do spraw finansów publ. oraz pracowników Ministerstwa Finansów; 7) Szefa Krajowej Informacji Skarbowej; 8) osoby odbywające staż, praktykę zawodową lub studencką w urzędzie obsługującym ministra właściwego do spraw finansów publicznych lub w innych organach podatkowych; 9) przedstawicieli obcej władzy przebywających w siedzibach organów podatkowych, obecnych w toku postępowania podatkowego lub obecnych w toku czynności kontrolnych, w związku z wymianą informacji; 10) członków Rady do Spraw Przeciwdziałania Unikaniu Opodatkowania.

Por. też art. 21 ustawy z dnia 15.03.1934 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. RP z 1936 r. Nr 14, poz. 134): „Urzednicy i inni funkcjonariusze winni utrzymywać w najściślejszej tajemnicy wszelkie wiadomości o stosunkach majątkowych i dochodowych płatników i osób trzecich, uzyskane przy wykonywaniu obowiązków służbowych. Zachowanie tajemnicy obowiązuje ich również po rozwiązaniu stosunku służbowego”.

Zwiążność tego unormowania łączy się z ograniczeniem tajemnicy do sfery majątkowej podmiotów prawa podatkowego. Tymczasem współczesne ujęcie tajemnicy skarbowej, choć *prima facie* nastawione na ochronę danych osobowych, w istocie też znajduje podstawę głównie w stosunkach majątkowych podatników i innych podmiotów, bo obowiązek podatkowy ze swej istoty ogranicza sferę praw majątkowych jednostki. Niemniej ochronie podlegają wszelkie informacje gromadzone przez organy podatkowe, a dotyczące danej jednostki, a nie tylko jej sfery majątkowej. Wynika to niewątpliwie z szerszego ujęcia praw podmiotowych oraz ich ochrony.

²⁹ Por. J. Jezierski, op. cit., s. 57.

³⁰ Ibidem, s. 57 oraz B. Brzeziński, M. Kalinowski, A. Olesińska (red.), op. cit., s. 1347–1348.

1) otoczenie szczególną ochroną informacji pochodzących z banków i innych instytucji finansowych³¹ (wymienionych w art. 182 O.p.) oraz informacji określonych w ustawie z 09.03.2017 r. o wymianie informacji podatkowych z innymi państwami, a także uzyskanych od obcych państw, pochodzących z banków oraz innych instytucji finansowych, czy uzyskanych w postępowaniu w sprawie zawarcia porozumień według przepisów działu IIa O.p.

Zastosowanie znajdują tu zasady określone dla informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” (art. 296 § 1–3 w zw. z art. 297a–297c O.p.³²; do końca 2017 r. była to klauzula „poufne”). Istotne jest też to, że dostęp do informacji pochodzących z banków i innych instytucji finansowych przysługuje wyłącznie pracownikom lub funkcjonariuszom organów podatkowych wskazanych enumeratywnie w art. 295 w zw. z art. 297 § 2 O.p.;

2) wskazanie:

a) podmiotów, którym wolno udzielać informacji dotyczących strony postępowania, uzyskanych od banków i instytucji finansowych (art. 297 w zw. z art. 182–185 O.p.);

b) podmiotów („organy i osoby”), którym organy podatkowe udostępniają akta niezawierające informacji dotyczących strony, a uzyskane od banków i instytucji finansowych (art. 298 O.p.);

c) jednostek organizacyjnych oraz organów, którym organy podatkowe „udostępniają informacje zawarte w aktach spraw podatkowych, z wyłączeniem informacji określonych w art. 182” (art. 299 § 1 i 3 O.p.);

³¹ Bank jest obowiązany na pisemne żądanie naczelnika urzędu skarbowego a w toku postępowania odwoławczego na żądanie dyrektora izby administracji skarbowej do sporządzenia i przekazania informacji dotyczących strony postępowania w zakresie: 1) posiadanych rachunków bankowych lub rachunków oszczędnościowych, liczby tych rachunków, a także obrotów i stanów tych rachunków; 2) posiadanych rachunków pieniężnych lub rachunków papierów wartościowych, liczby tych rachunków, a także obrotów i stanów tych rachunków; 3) zawartych umów kredytowych lub umów pożyczek pieniężnych, a także umów depozytowych; 4) nabytych za pośrednictwem banków akcji Skarbu Państwa lub obligacji Skarbu Państwa, a także obrotu tymi papierami wartościowymi; 5) obrotu wydawanymi przez banki certyfikatami depozytowymi lub innymi papierami wartościowymi (art. 182 § 1 O.p.). O upoważnienie do wystąpienia o udostępnienie tych danych organ podatkowy zwraca się do strony postępowania; w razie jej nieudzielenia organ jest uprawniony do złożenia takiego żądania do banku (art. 183–184 O.p.). Unormowania powyższe stosuje się odpowiednio do zakładów ubezpieczeń, funduszy inwestycyjnych, dobrowolnych funduszy emerytalnych i banków prowadzących działalność maklerską oraz towarzystw funduszy inwestycyjnych i podmiotów prowadzących rachunki zbiorcze (art. 182 § 2–3a O.p.).

Wskazane wyżej banki i instytucje finansowe odmawiają udzielenia informacji, jeżeli żądanie upoważnionego organu podatkowego nie spełnia szczegółowych wymogów (art. 185 w zw. z art. 184 O.p.).

Z uwagi na szczegółowość powyższych informacji, dla zwięzłości niniejszego opracowania przyjmuje się ich skrótowe określenie jako „informacji pochodzących od banków i innych instytucji finansowych”.

³² Por. art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 05.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 412 ze zm.) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19.06.2012 r. w sprawie środków bezpieczeństwa fizycznego stosowanych dla zabezpieczania informacji niejawnych (Dz.U. poz. 683).

d) organów, którym udostępniane są informacje o numerach rachunków bankowych posiadanych przez podatników (art. 299 § 4 O.p.).

Odpowiednie organy państwa i samorządu terytorialnego oraz podmioty jakim wolno udostępniać wskazane wyżej informacje, zostały wskazane w przywołanych wyżej przepisach w sposób wyczerpujący. Ich ilość w zmienianych unormowaniach Ordynacji podatkowej z 1997 roku wzrastała. W pierwotnym tekście tej ustawy³³ wskazano 13 organów i osób, którym wolno było udostępniać akta zawierające informacje pochodzące od banków i innych instytucji finansowych (art. 297 O.p.), a akta niezawierające takich informacji – 11 kategoriom organów i osób (art. 298 i 299 O.p.). Na początku 2018 r. takie informacje uzyskać mogą (pomijając tu pracowników i funkcjonariuszy organów podatkowych wskazanych w art. 295–295b O.p.) już organy 25 rodzajów, w tym ich upoważnieni funkcjonariusze (obejmuje to też akta zawierające informacje od banków itp.), jak również organy obcego państwa (art. 297a O.p.), a akta niezawierające informacji pochodzących od banków i instytucji finansowych – organy 27 rodzajów oraz ich pracownicy lub funkcjonariusze. Z jednej strony jest to związane z powstaniem w ostatnich latach nowych organów kontroli i ochrony prawa, a także wprowadzeniem szczególnych i zmienianych procedur w sprawach podatkowych (np. ustalanie cen transakcyjnych, wymiana informacji podatkowych czy stosowanie klauzuli przeciw unikaniu opodatkowania albo przeciwdziałanie wykorzystania sektora finansowego do wyłudzeń), lecz z drugiej strony dowodzi to istotnej w praktyce roli indywidualnych danych gromadzonych przez organy podatkowe dla realizacji zadań szeregu organów władzy oraz ochrony prawa. Informacje objęte tajemnicą skarbową są wobec tego szczególnie istotne z punktu widzenia jednostki – zarówno w świetle wypełniania jej obowiązków o charakterze publicznoprawnym, nie tylko wynikających z ustaw podatkowych, ale także wypełniania niektórych zobowiązań prywatnoprawnych (np. umożliwienie dostępu komornikom sądowym do posiadanych przez organ podatkowy danych o numerach rachunków bankowych podatnika). Na uwagę zasługuje i to, że w aktach o jakich mowa w art. 292 § 2 pkt 3 O.p. mogą znaleźć się informacje zgromadzone w toku kontroli przeprowadzanych w trybie art. 48 ust. 11 ustawy z dnia 06.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców³⁴ (bez zawiadomienia o zamiarze jej wszczęcia). W ten sposób – co należy ocenić krytycznie z uwagi na założenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej – rozszerza się dostęp do informacji dotyczących przedsiębiorców, jakich niektóre organy nie mogłyby samodzielnie zgromadzić w ramach przypisanych im zadań i kompetencji.

³³ Dz. U. z 1997 r. Nr 137, poz. 926.

³⁴ Dz. U. poz. 646.

Najszerzy dostęp do danych objętych tajemnicą skarbową (w tym także informacji pochodzących z banków lub spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych i innych instytucji finansowych) przysługuje:

1) ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych, Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej, dyrektorowi izby administracji skarbowej – w toku postępowania podatkowego, postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, kontroli podatkowej lub kontroli celno-skarbowej;

2) naczelnikom urzędów skarbowych lub naczelnikom urzędów celno-skarbowych (innym od dysponującego określonymi danymi) – w związku z wszczętym postępowaniem podatkowym, postępowaniem w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, kontrolą podatkową, kontrolą celno-skarbową lub w związku z postępowaniem przejętym w trybie art. 18d O.p.

Taki sam dostęp do tych informacji mają inne organy i osoby wskazane w art. 297 § 1 O.p.

Zgodnie z art. 299 § 2 O.p. organy podatkowe udostępniają też informacje wynikające z akt spraw podatkowych w zakresie i na zasadach określonych w odrębnych ustawach oraz ratyfikowanych umowach międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska.

Dane chronione tajemnicą skarbową jako dobro osobiste

Ujęcie tajemnicy skarbowej jako elementu prawa do prywatności wywołuje konsekwencje w zakresie jej ochrony na gruncie prawnokarnym³⁵ i cywilnoprawnym. Osoba, wobec której naruszono – przez ujawnienie – informacje objęte tą tajemnicą, może domagać się ochrony prawnej przewidzianej w art. 23 i 24 k.c. Wymaga to wykazania, że dane objęte tajemnicą skarbową są także dobrem osobistym w ujęciu tych przepisów.

Dobra osobiste należą do praw podmiotowych bezwzględnych; są skuteczne *erga omnes*, niezbywalne oraz niedziedziczne, gdyż gasną z chwilą śmierci podmiotu uprawnionego³⁶. Roszczenia z tytułu ochrony dóbr osobistych nie przedawniają się ze względu na niemajątkowy charakter³⁷. Przysługują od urodzenia i wygasają w chwili śmierci³⁸. Istnieją też kategorie

³⁵ Zgodnie z art. 306 § 1 i 2 O.p., ujawnienie informacji objętych tajemnicą skarbową przez podmiot obowiązany do jej zachowania zagrożone jest karą do 5 lat pozbawienia wolności. Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, to grozi za taki czyn kara do 2 lat pozbawienia wolności,

³⁶ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 168.

³⁷ H. Dąbrowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 91.

³⁸ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 59.

dóbr osobistych, które podmiot „nabywa” na skutek podjętych działań, tzn. wskutek uczestnictwa w pewnych zdarzeniach³⁹.

W doktrynie podkreśla się trudność w definiowaniu „dóbr osobistych”, wynikającą z ich konstytutywnych elementów⁴⁰. Przyjmuje się, że dobra osobiste są wartościami niemajątkowymi powszechnie uznanymi w społeczeństwie, akceptowanymi przez system prawny. Związane są ze sferą psychiczną i fizyczną człowieka, decydującą o jego bycie, pozycji społecznej przejawiając jego twórczą działalność⁴¹. Wśród cech wyróżniających dobra osobiste należy podkreślić ich niemajątkowy charakter i ścisły związek z podmiotem, któremu przysługują⁴². Przypisanie zaś takich cech informacjom chronionym tajemnicą skarbową wykazuje ich przynależność do kategorii dóbr osobistych w rozumieniu art. 23 k.c. Tajemnica skarbową chroni indywidualne dane jednostki, ale już nie informacje zbiorcze, niezindywidualizowane⁴³. Charakter dobra osobistego w postaci takich danych wynika m.in. z faktu, że tajemnica skarbową jest związana z cechami wskazanego podmiotu. Podkreślić należy jednak, że w głównej mierze te dane ukierunkowane są na sferę majątkową jednostek, bo organy podatkowe nie gromadzą – w świetle przepisów prawa podatkowego – samoistnych informacji np. o osobie, bez ich związku z elementami obowiązku podatkowego⁴⁴ w danym podatku, czy odpowiedzialności w prawie podatkowym. W orzecznictwie przedstawiono wszakże pogląd, iż stan majątku i dane o nim nie należą do kategorii dóbr osobistych chronionych w trybie art. 23 i art. 24 k.c. oraz 448 k.c.⁴⁵, aczkolwiek poddany on został krytyce⁴⁶.

Trzeba podkreślić, że niemajątkowy charakter dóbr osobistych wyraża się w tym, że nie sposób określić ich wartości pieniężnej; pośrednio mogą one jednak wpływać na sytuację ekonomiczną człowieka⁴⁷. Naruszenie dobra

³⁹ A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 41.

⁴⁰ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 18 i 156.

⁴¹ M. Pazdan [w:] M. Safjan, M. Pazdan (red.), *System prawa prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1233–1234.

⁴² P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 59.

⁴³ Wyrok WSA w Warszawie z 26.05.2010 r., II SA/Wa 414/10, Legalis nr 382118.

⁴⁴ Osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej podlegają na podstawie przepisów ustawy z 13.10.1995 r. o zasadach ewidencji podatników i płatników (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 869 ze zm.) obowiązkowi ewidencyjnemu, jeżeli na podstawie odrębnych ustaw są podatnikami, płatnikami podatków oraz składek ubezpieczeniowych. Zgodnie z art. 5 ust. 2a tej ustawy zgłoszenia identyfikacyjne nie dokonują jednak podatnicy będący osobami fizycznymi objętymi rejestrem PESEL, nieprowadzący działalności gospodarczej lub niebędący zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług.

⁴⁵ Wyrok SA w Poznaniu z 14.11.2003 r., I ACa 1062/03, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2005, Nr 2, poz. 6, s. 36.

⁴⁶ Tak np. K. Gorczyca, *Ochrona informacji zawierających tajemnicę bankową na gruncie regulacji chroniących dobra osobiste*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2016, Vol. XIX, nr 28, s. 52.

⁴⁷ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 156–157.

osobistego może wyrządzać szkodę majątkową, przy czym należy odróżniać istotę tego dobra od prawnego znaczenia skutków jego naruszenia⁴⁸.

Wskazuje się w doktrynie na potrzebę odróżnienia dobra osobistego od jego substratu materialnego⁴⁹. Dobrem osobistym są zatem dane objęte tajemnicą skarbową, zaś jego substratem np. wysokość osiąganych przychodów, składniki majątku, numery rachunków bankowych czy wielkość zaległości podatkowych. Takie dane nie stanowią samoistnie prawa majątkowego, choć zakaz ich ujawniania wiąże się realnie ze sferą interesów majątkowych danego podmiotu, w określonym stopniu ukształtowanym i ocenianym w świetle przepisów prawa podatkowego. Jednakże niedopuszczalne ich ujawnianie nie tylko wpłynęłoby na ogólny obraz danego podmiotu, lecz też bieg jego interesów, a nawet mogłoby prowadzić do powstania szkody. Objęcie tajemnicą skarbową informacji o majątku jednostki nie pozwala automatycznie uznać, że prawo do ich ochrony ma charakter majątkowy. Akceptowana jest też w ujęciu teoretycznym relacja odwrotna, kiedy to naruszenie dóbr majątkowych jest źródłem negatywnych przeżyć psychicznych – a o uznaniu ich za majątkowe lub nie, decyduje element dominujący⁵⁰.

Na podmiocie, który uzyskał dostęp do informacji objętych tajemnicą skarbową, ciąży wspomniany już wyżej nieograniczony czasowo obowiązek, nawet po ustaniu zatrudnienia itd., ich nieujawniania (art. 294 § 3 O.p.)⁵¹. Wyjątek stanowią sytuacje, gdy na ujawnienie takich informacji zezwala Szef Krajowej Administracji Skarbowej zgodnie z art. 299b bądź przepisami art. 299c–299e O.p. Zakres dopuszczalnego ujawnienia informacji obejmuje dane chronione tajemnicą skarbową, z wyłączeniem informacji innych (np. objętych tajemnicą bankową itp.). Ujawnienie tajemnicy skarbowej za zgodą Szefa KAS następuje wyłącznie ze względu na ważny interes publiczny lub interes samego podatnika⁵². Poza tym ujawnienie indywidualnych danych w określonym zakresie może nastąpić na podstawie szczególnych przepisów Ordynacji podatkowej⁵³.

⁴⁸ Por. H. Dąbrowski, [w:] J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 1972, s. 90.

⁴⁹ P. Poglódek, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych w kodeksie cywilnym – cz. I*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13, s. 608 i in.

⁵⁰ A. Cisek, *Dobra osobiste...*, s. 39.

⁵¹ W. Stachurski, [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1645–1646. Osoby obowiązane do przestrzegania tajemnicy skarbowej mogą być z niej zwolnione na mocy np. art. 180 § 1 k.p.k.

⁵² W. Stachurski, [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz...*, s. 1665–1666.

⁵³ Np. art. 293 § 3 w zw. z art. 306ia oraz art. 306g, art. 306h, art. 306ha O.p.

Środki ochrony prawnej danych objętych tajemnicą skarbową

Konsekwencją tego, że indywidualne dane (informacje) związane ze sferą tożsamości osoby są objęte tajemnicą skarbową i stanowią jej dobro osobiste, jest ich ochrona majątkowa i niemajątkowa przewidziana w art. 23, 24 i 448 k.c. Ponadto w art. 24 k.c. dopuszcza się możliwość ochrony dobra osobistego na podstawie innych przepisów. Odpowiedzialność karną za ujawnienie informacji objętych tajemnicą skarbową przewiduje art. 306 O.p. Gwarrantcją przestrzegania tajemnicy skarbowej są też unormowania dotyczące dyscyplinarnej odpowiedzialności osób zatrudnionych w organach podatkowych oraz innych organach, którym mogą być udostępniane informacje nią objęte.

Podstawą cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych jest obiektywne zagrożenie naruszeniem lub naruszenie dobra osobistego oraz ich bezprawność. Postrzegać to należy obiektywnie, co znaczy, że przy ocenie czy doszło do naruszenia dobra osobistego decydujące znaczenie ma nie tyle subiektywne odczucie osoby żądającej ochrony prawnej, lecz to, jaką reakcję wywołuje w społeczeństwie zdarzenie, stanowiące podstawę tego żądania⁵⁴. Natomiast przesłanka bezprawności objęta jest domniemaniem, wobec czego wykazanie, że dane działanie nie było bezprawne, ciąży na pozwanym. O bezprawności działania można mówić wtedy, gdy jest ono sprzeczne z szeroko rozumianym porządkiem prawnym⁵⁵.

Ochrona niemajątkowa dóbr osobistych przewidziana jest w art. 23 i 24 k.c. Roszczenie w tym zakresie winno obejmować żądanie zaniechania ściśle określonego zachowania lub usunięcia skutków naruszenia dobra osobistego. Zanim dojdzie do naruszenia dobra osobistego cudzym działaniem, dana osoba może żądać jego zaniechania, chyba że nie jest ono bezprawne. Gdy do naruszenia takiego dobra już doszło, można też żądać dopełnienia czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków (np. stosownego oświadczenia zawierającego przeprosiny lub sprostowania nieprawdziwych informacji).

Ochronę majątkową dóbr osobistych przewiduje się w zd. 2 art. 24 § 1 k.c. Osoba, której dobro osobiste zostało naruszone, może żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. Ujawnienie danych objętych tajemnicą skarbową nie podlega zadośćuczynieniu pieniężnemu na mocy art. 445 k.c., albowiem przepis ten ma zastosowanie w przypadku naruszenia dóbr osobistych w postaci np.: uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia lub pozbawienia człowieka wolności.

⁵⁴ A. Puchała, [w:] *Dobra osobiste...*, s. 29.

⁵⁵ Ibidem, s. 221.

Pokrzywdzony może jednak domagać się od osoby winnej nieuprawnionego ujawnienia danych objętych tajemnicą skarbową ochrony z art. 448 k.c. Należy wówczas wykazać doznane przez pokrzywdzonego cierpienia fizyczne i psychiczne. Zadośćuczynienie uzależnione jest od udowodnienia winy sprawcy naruszenia dobra osobistego (w przypadku tajemnicy skarbowej najczęściej wystąpiłaby wina nieumyślna w postaci niedbalstwa – bo raczej trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację, choćby z uwagi na ryzyko odpowiedzialności dyscyplinarnej, kiedy pracownicy czy funkcjonariusze organu podatkowego umyślnie ujawniają dane chronione tą tajemnicą).

W myśl art. 24 § 2 k.c. jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych, wedle reguł odpowiedzialności deliktowej. Przyjmuje się, że wymienione w art. 24 § 1 k.c. środki ochrony prawnej, w szczególności prowadzące do usunięcia skutków naruszenia, nie są wyczerpujące. Dopuszczalne są wszelkie środki służące temu celowi, o ile nie są czynem niedozwolonym i są wykonywane w postępowaniu egzekucyjnym⁵⁶. Podstawę prawną odpowiedzialności stanowi tu art. 415 k.c., normujący założenia odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone zawinionym zachowaniem. W analizowanym w niniejszym opracowaniu zakresie wskazać zatem należy na potrzebę wykazania, że szkoda powstała wskutek ujawnienia informacji objętych tajemnicą skarbową. Przydatne mogą być tu ustalenia organów ścigania w postępowaniu karnym. Niezbędne jest udowodnienie, że osoby i organy wskazane w art. 294 § 1 i 4 O.p. naruszyły obowiązek przestrzegania tajemnicy skarbowej ze swojej winy (umyślnej bądź nieumyślnej). W grę może wejść odpowiedzialność Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego w związku z działaniami odpowiedniego organu podatkowego.

Wskazać trzeba, że tylko w ściśle określonych przypadkach skutki cywilnoprawne zależą od uprzedniego stwierdzenia popełnienia określonego przestępstwa (wyrok karny ma wówczas moc prejudycjalną). W pozostałych sytuacjach moc wiążąca odnosi się tylko do ustaleń faktycznych, iż popełnione zostało określone przestępstwo. Wydanie wyroku karnego co do popełnienia czynu z art. 306 § 1 O.p. nie jest konieczną przesłanką rozstrzygnięcia sprawy cywilnej w zakresie naruszenia dóbr osobistych poprzez ujawnienie tajemnicy skarbowej, choć może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy cywilnej i o skutkach tych zdarzeń⁵⁷. Przyznaje się zatem prawu cywilnemu, niezależnie od unormowań zaliczanych do innych gałęzi prawa, autonomię rozstrzygania co do zgodności z prawem zachowań stanowiących podstawę naruszenia dobra osobistego⁵⁸.

⁵⁶ A. Cisek, *Dobra osobiste...*, s. 115.

⁵⁷ J. Rodziejewicz, *Prejudycjalność w postępowaniu cywilnym*, Gdańsk, 2000, s. 176 i nn.

⁵⁸ A. Cisek, *Dobra osobiste...*, s. 78.

Na gruncie cywilnoprawnym okolicznościami wyłączającymi bezprawność, są: działanie w ramach porządku prawnego bądź w obronie uzasadnionego interesu społecznego, zgoda pokrzywdzonego, wykonywanie prawa podmiotowego (gdy naruszenie cudzego dobra osobistego ma miejsce w wyniku realizacji własnego prawa podmiotowego, a działanie takie nie stanowi jego nadużycia), stan wyższej konieczności czy obrona konieczna.

Ujawnienie informacji (danych) objętych tajemnicą skarbową w zgodzie z obowiązującym porządkiem prawnym wyłącza bezprawność naruszenia dobra osobistego. Wskazać przy tym należy, że według art. 299b O.p. zgodę na ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę skarbową może m.in. wyrazić Szef KAS do celów uczestnictwa pracownika organu podatkowego w postępowaniu w charakterze świadka. Ujawnienie informacji objętych klauzulą „tajemnica skarbową”, poza przypadkami żądania uprawnionych organów i ich pracowników czy funkcjonariuszy, następuje wyłącznie z uwagi na ważny interes publiczny lub gdy jest to konieczne ze względu na cel kontroli podatkowej, kontroli celno-skarbowej lub postępowania podatkowego, lub jeżeli ujawnienie tych informacji urzeczywistni prawo obywateli do ich rzetelnego informowania o działaniach organów podatkowych i jawności życia publicznego.

Wydaje się, że na tle przepisów Ordynacji podatkowej zgoda podmiotu na ujawnienie informacji jego dotyczących i objętych tajemnicą skarbową nie wyłącza tej bezprawności. Obowiązek przestrzegania i zachowania tajemnicy skarbowej wynika przecież wprost z przepisów ustawy i – jak wyżej wskazano – jedynie Szef KAS może wyrazić zgodę na ujawnienie przez naczelników urzędów skarbowych, naczelników urzędów celno-skarbowych i dyrektorów izb administracji skarbowej określonych informacji stanowiących tajemnicę skarbową, i to z uwzględnieniem ściśle określonych przesłanek. Natomiast na gruncie prawa cywilnego zasadniczo zgoda uprawnionego jest oświadczeniem woli wyłączającym bezprawność, przesądzającym o braku naruszenia czy zagrożenia naruszenia dobra osobistego. Nie powinno jednak budzić wątpliwości to, że konstrukcja dopuszczalności udostępniania bądź ujawniania (art. 294 i art. 305p–306 O.p.) informacji stanowiących tajemnicę skarbową (art. 299b O.p.) wyklucza możliwość powoływania się na zgodę pokrzywdzonego jako okoliczność wyłączającą bezprawność ich ujawnienia.

Kolejną przesłanką wyłączającą bezprawność jest działanie w ramach uzasadnionego interesu społecznego. Dopuszczalne jest ujawnienie określonych informacji (ich zakres jest bardzo ograniczony) objętych tajemnicą skarbową m.in. ze względu na ważny interes publiczny i prawo obywateli do ich rzetelnego informowania o działaniu organów podatkowych i jawności życia publicznego (art. 299b § 2 O.p.). Przez interes publiczny rozumie się tu respektowanie wspólnych wartości istotnych dla społeczeństwa lub społecz-

ności lokalnej takich jak sprawiedliwość, bezpieczeństwo, zaufanie obywateli do organów władzy publicznej, sprawność i obiektywizm działania aparatu państwowego⁵⁹.

Wnioski

W konkluzji wskazać trzeba, że zasadne jest przyznanie tajemnicy skarbowej ochrony przewidzianej dla dóbr osobistych, wynikających z uznania pewnych danych za pozostające w sferze prywatności podmiotu. Można też przyjąć, że tajemnica skarbową (informacje nią objęte) nie jest samoistnym dobrem osobistym. Jednak bezpośredni związek z prywatnością danych nią objętych umożliwia dochodzenie praw jednostki w ramach prawa do prywatności.

Indywidualne dane gromadzone w ramach ustawowych zadań przez organy podatkowe są objęte tajemnicą skarbową. Związek informacji objętych tajemnicą z życiem prywatnym osoby czy jej majątkiem powoduje, że zagwarantowana poufność danych powierzonych organom podatkowym musi chronić te sfery. Ich nieuprawnione ujawnienie, niezależnie od odpowiedzialności prawnokarnej czy dyscyplinarnej urzędników i funkcjonariuszy organów podatkowych, stanowić może także podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zagadnienie ujawnienia tajemnicy skarbowej w kontekście naruszenia dóbr osobistych jednostki nie jest przedmiotem szerszego zainteresowania w polskim piśmiennictwie, ani obszerniejszego orzecznictwa. Trudność w określeniu jednolitego stanowiska w zakresie ochrony danych objętych tą tajemnicą na podstawie art. 23 i 24 k.c. wynika z charakteru jej unormowań oraz ich związku ze sferą majątkową osoby.

Podkreślić jednak należy istotną praktyczną rolę tych unormowań, biorąc zwłaszcza pod uwagę znaczący wzrost w ostatnich latach obowiązków informacyjnych i sprawozdawczych, jakimi obarczani zostają podatnicy i ich kontrahenci w obrocie gospodarczym, płatnicy, jak i podmioty wykonujące na ich rzecz obsługę rachunkową czy prawną. Zakres informacji gromadzonych przez organy podatkowe jest coraz szerszy; wynika to z wprowadzania nowych rozwiązań w zakresie dokumentacji dotyczącej wykonywania obowiązków podatkowych, a istotnym środkiem jej gromadzenia jest informatyzacja kontaktów z administracją skarbową. Znacząco rozszerzony został też w ostatnich latach krąg organów i ich funkcjonariuszy, którym przysługuje – na określonych zasadach – dostęp do danych objętych tajemnicą skarbową. Zatem w aspekcie przedmiotowym (zakres informacji) i podmiotowym

⁵⁹ Wyrok NSA z 8.07.2015 r., II FSK 1318/13, Legalis nr 1331588. Zob. też wyrok NSA z 21.01.2015 r., II GSK 2132/13, Legalis nr 1218475 oraz wyrok NSA z 26.02.2016 r., I OSK 833/15, Legalis nr 1455027.

(dostęp organów i funkcjonariuszy do informacji) następują w unormowaniach tajemnicy skarbowej znaczące zmiany. Można stwierdzić, że rozszerza się w ten sposób zakres ingerencji organów władzy oraz kontroli i przestrzegania prawa w sferę prywatności jednostek. Istota tajemnicy skarbowej, jako obowiązku nieujawniania i zachowania informacji, pod groźbą sankcji karnych pozostaje jednak niezmieniona.

Wykaz literatury

- Brzeziński B., Kalinowski M., Olesińska A. (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz praktyczny*, Wyd. ODDK, Gdańsk 2017.
- Brzeziński B., Litwińczuk H., Ofiarski Z. (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa. T. XI, Prawo finansowe*, Fundacja „Ubi Societas, ibi ius”, Warszawa 2017.
- Cisek A., *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wyd. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1989.
- Dąbrowski H., [w:] J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972.
- Dębowska-Romanowska T., Nowak T., [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Gorczyca K., *Ochrona informacji zawierających tajemnicę bankową na gruncie regulacji chroniących dobra osobiste*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2016, Vol. XIX, nr 28.
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego. T. I. Część ogólna*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1974.
- Jezierski J., *Tajemnica skarbowa w Ordynacji podatkowej*, [w:] Księga pamiątkowa ku czci docenta Eligiusza Drgasa, Wyd. TNOiK, Toruń 1998.
- Kosikowski C., [w:] C. Kosikowski, L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Machnikowski P., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Niezgódka-Medek M., [w:] praca zbiorowa, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Pazdan M., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Pazdan M., [w:] M. Safjan, M. Pazdan (red.), *System prawa prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Pogłódek P., *Majątkowa ochrona dóbr osobistych w kodeksie cywilnym – cz. I*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 13.
- Puchała A., [w:] I. Lewandowska-Malec (red.), *Dobra osobiste*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Rodziejewicz J., *Prejudycjalność w postępowaniu cywilnym*, Info Trade, Gdańsk 2000.
- Rozwadowska-Hermann M., *Kodeks cywilny*, edycja druga, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Stachurski W., [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Wild M., [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Summary

Financial secrecy within tax administration and the protection of personal data

Key words: tax law, civil law, individual data, right to privacy, legal liability.

The taxpayers' personal data, tax remitters and tax collectors provided in tax returns, the information about tax proceedings, tax audit files is a tax secret. This data is closely related to an individual being the individual's personal right. It has been protected by the law. One could also be given such protection under the right to privacy. The purpose of this article was to present pertinent legal provisions. The concept and scope of financial secrecy with tax administration as well as the principles of liability provided by the Polish Tax Code were analysed. The authors discussed the relations between the regulations regarding financial secrecy and personal rights. The article concluded that the information protected by the institution of tax secrecy is also a subject to legal protection given to personal rights.

Emilia Płońska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-5704-2445

Rodzaje i funkcje kar w prawie Kościoła prawosławnego w Polsce

Wprowadzenie

Problematyka celów i rodzajów kar stanowi przestrzeń ożywioną, rozległą i spornej dyskusji naukowej w różnych systemach prawnych. W rozważaniach nad problematyką teleologii kary przewijają się bardzo różne wątki począwszy od treści kary, przez wątki filozoficzne, moralne, socjologiczne i historyczne, a skończywszy na problematyce istoty kary, rozpatrywanej przez pryzmat celów stawianych karze.

Prawo sięga odległych początków rozwoju ludzkości. Wywodzi się ono m.in. ze zwyczajów kształtujących się niegdyś w małych grupach społecznych, np. w rodzinie, a następnie przenoszonych na większe zbiorowości ludzkie, takie jak osady, plemiona, rody. Zwyczaje, mające początkowo charakter niesformalizowanych i spontanicznie stosowanych reguł zachowania się, w miarę ich upowszechniania stawały się obowiązującymi zasadami postępowania. Na ich straży natomiast coraz częściej stała już sankcja przymusu wyrażanego w różnej formie. Kara jest zatem istotnym elementem każdej kultury prawnej.

Kościół prawosławny, jak każda instytucja kontroli społecznej (nieformalnej), posiada rozległy repertuar środków kontroli stosowany względem swoich niesubordynowanych członków. Kara ma wymiar religijny i religijno-prawny. Stosowana jest bardziej w celach profilaktycznych niż represyjnych i stygmatyzujących. Wszelkie stosowane sankcje mają na celu zapobieżenie destabilizacji życia kościelnego we wszelkich jego obszarach oraz niedopuszczenie do rozluźnienia więzi pomiędzy członkami społeczności kościelnej, jak również z samym Kościołem, chroniącym swoich członków przed popełnianiem czynów zabronionych.

Celem artykułu jest ukazanie różnorodności i specyfiki kar stosowanych w Kościele prawosławnym mającym swoje źródło w prawie kanonicznym,

liturgicznym i administracyjnym. Podstawową metodą badawczą wykorzystaną w opracowaniu jest metoda prawno-dogmatyczna oparta na analizie przepisów prawnych, obowiązujących w polskim prawie karnym, jak i w dogmatyce Kościoła prawosławnego w Polsce. Metoda ta posłużyła ogólnemu ustaleniu właściwości badanych norm i instytucji prawnych oraz pozwoliła na stworzenie pojęć służących do zbadania obowiązującego prawa Kościoła prawosławnego. W celu osiągnięcia celów badawczych zastosowano również metodę analizy piśmiennictwa dotyczącego omawianego zagadnienia, a także metodę analizy dokumentów¹. Metody te zostały wykorzystane do studiowania literatury prawniczej oraz teologicznej oraz analizy obowiązujących kościelnych aktów prawnych, jak i źródeł o historycznym już charakterze, przy czym do analizy tych ostatnich posłużono się metodą historyczno-prawną².

Kultura prawna Kościoła prawosławnego w Polsce

Mianem kultury prawnej określa się stosunek wszystkich członków wybranej grupy społecznej do prawa, natomiast kultura prawnicza określa z kolei stosunek do prawa tych osób, które je stanowią oraz je stosują³. Zdaniem Krzysztofa Karsznickiego na formowanie się kultury prawnej ma wpływ nie tylko prawo, lecz także moralność oraz religia i w każdej społeczności normy z tych trzech sfer pozostają w obszarze wzajemnych oddziaływań na siebie. To właśnie dzięki tym wzajemnym relacjom pomiędzy normami religijnymi, moralnymi i prawnymi możemy wyodrębnić podstawowe kultury prawne we współczesnym świecie. Kultury prawne cywilizacji Zachodu odznaczają się silną pozycją prawa stanowionego lub *common law*, natomiast kultury prawne Wschodu opierają się na silnie zaznaczonych podstawach religijnych i moralnych⁴.

Kultura prawna chrześcijaństwa dzieli prawo na prawo boskie (*ius divinum*) i prawo ludzkie (*ius humanum*). Prawo boskie dzieli się z kolei na prawo wieczne, prawo naturalne i prawo objawione zapisane w księgach Pisma Świętego. Natomiast prawo ludzkie dzieli się na prawo kościelne (kanoniczne) i prawo państwowe. Kulturę prawną chrześcijaństwa charakteryzuje:

¹ J. Kawa, *Metodologia, metodyka, metoda jako podstawa wywodu naukowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 21, s. 169–184.

² J. Apanowicz, *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002, s. 30–39, 72–73.

³ K. Karsznicki, *Główne kultury prawne na świecie*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XV, s. 76–77. Por. P. Mazur, *Kultura prawna a wychowanie do bezpieczeństwa życia codziennego i pracy*, [w:] M. Rybakowski (red.), *Edukacja – Praca – Bezpieczeństwo*, Zielona Góra 2009, s. 99–103. Autor dokonał tam przeglądu definicji kultury prawnej w aspekcie antropologicznym, behawioralnym, komparatystycznym, systemowym przedstawiając interpretacje socjologów prawa i teoretyków prawa.

⁴ K. Karsznicki, op. cit. s. 67.

religijność, dogmatyzm, humanitaryzm, integralność i powszechność. Grzech bywa utożsamiany z przestępstwem, jeżeli jednak przestępstwem nie jest, to z pewnością stanowi naruszenie normy moralnej. Dogmaty przyjmowane są przez członków wspólnoty chrześcijańskiej bez konieczności ich uzasadniania i udowadniania. Uznawane są za prawdy absolutne i niezmiennie. Kultura prawna chrześcijaństwa nasycona jest także dyrektywami nakazującymi czynienie dobra oraz odpowiedzialnością za swoje czyny⁵. W odróżnieniu np. od kultury judaizmu normy prawa chrześcijańskiego może przyjąć każdy człowiek⁶.

Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny (PAKP) do 1924 r. był częścią innych dwóch Kościołów prawosławnych, najpierw Wielkiego Kościoła – Patriarchatu Nowego Rzymu (Konstantynopola), później zaś Patriarchatu Moskiewskiego i całej Rusi. W 1924 r. otrzymał autokefalię z rąk Patriarchatu Nowego Rzymu (Konstantynopola), zaś w 1948 r., po zrzeczeniu się autokefalii konstantynopolitańskiej, otrzymał ją z rąk Patriarchy Moskwy i całej Rusi⁷. Miało to istotne znaczenie z punktu widzenia kultury prawnej⁸, ponieważ to w tym właśnie w latach 1924–1948 Kościół ten stworzył swoją własną kulturę prawną. Samodzielność, samostanowienie, niepodległość, bycie podmiotem prawa międzynarodowego prawosławnego, czego znakiem jest wpis do dyptychów kościołów autokefalicznych PAKP ma swoje odbicie także w zakresie kształtowania i współczesnej formie prawa kanoniczno-kościelnego.

Kościoły i inne związki wyznaniowe w Polsce – wspólnoty religijne istniejące na terenie Rzeczypospolitej Polskiej – działają na mocy przepisów Konstytucji RP o wolności sumienia i religii (m.in. art. 25 i 53)⁹ oraz ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 17 maja 1989 r.¹⁰ Po 1997 r. w Polsce 15 Kościołów i innych związków wyznaniowych działa

⁵ K. Karsznicki, op. cit. s. 78–79.

⁶ D. Wąsik, *Przestępstwa seksualne w kulturze prawnej judaizmu a prawo karne współczesnego Izraela*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 19, s. 87–88.

⁷ Szerzej na ten temat, z uwzględnieniem szczegółowej periodyzacji dziejów Kościoła prawosławnego na terenie Polski, podaje ks. R.A. Płoński, *Tomasy z 1924 i 1948 roku nadające status autokefaliczny Polskiemu Autokefalicznemu Kościołowi Prawosławnemu: ich wydźwięk historyczno-kanoniczny*, „Studia Warmińskie” 2009, t. XLVI, s. 164–165. Zob. również T. Doktor, *Chrześcijaństwo wschodnie (ortodoksyjne)*, [w:] *Wyznania religijne w Polsce 2012–2014*, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa 2016, s. 50–51. Por. S. Dudra, *Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny w obszarze polityki wyznaniowej oraz polityki narodowościowej Polski Ludowej i III Rzeczypospolitej*, Warszawa 2019, s. 117–124.

⁸ R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Kraków 2003, s. 19.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

¹⁰ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. 1989 nr 29 poz. 155), Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 26 maja 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. z 2017 r., poz. 1153).

na podstawie odrębnych ustaw¹¹, zaś wpisanych do rejestru MSWiA jest ponad 150¹².

Społeczności wyznaniowe tradycyjnie i powszechnie funkcjonują w ramach zorganizowanych struktur. Państwo, w którym dana wspólnota funkcjonuje, może wprowadzić wymóg rejestracji kościołów i związków wyznaniowych. Polski ustrojodawca określił, iż sprawy wynikające ze stosunków pomiędzy państwem a kościołami i innymi związkami wyznaniowymi należą do zadań Departamentu Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych¹³.

Art. 25 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴ wyznacza podstawowe zasady określające status prawny kościołów i innych związków wyznaniowych. Są to: 1) równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych; 2) bezstronność władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych oraz swobody ich wyrażania w życiu publicznym; 3) poszanowanie autonomii i wzajemnej niezależności państwa oraz kościołów i innych związków wyznaniowych; (4) współdziałanie państwa z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi dla dobra człowieka i dobra wspólnego; 5) regulacja stosunków między państwem a kościołami i innymi związkami wyznaniowymi w drodze ustaw uchwalonych na podstawie umów dwustronnych zawartych pomiędzy Radą Ministrów a właściwymi przedstawicielami tych kościołów i innych związków wyznaniowych. Zasady, o których jest mowa w Konstytucji, zapewniają kościołom oraz innym związkom wyznaniowym swobodne i owocne realizowanie funkcji religijnych w społeczeństwie, dają też możliwość spokojnego zaspokajania potrzeb religijnych i rozwoju duchowego ich wyznawców. Łączą się one również z wolnością sumienia i wyznania, zagwarantowaną w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z której wynika szereg uprawnień zarówno dla jednostek, jak i dla kościołów i innych związków wyznaniowych.

Formą organizacyjną prawosławia w Polsce jest Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny. Zasady jego funkcjonowania w sferze organizacyjnej,

¹¹ Są to: Kościół Katolicki, Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny, Kościół Ewangelicko-Augsburski w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Ewangelicko-Reformowany w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Ewangelicko-Methodystyczny w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Polskokatolicki w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Starokatolicki Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Katolicki Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej, Kościół Zielonoświątkowy w Rzeczypospolitej Polskiej, Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej, Wschodni Kościół Staroobrzędowy, Muzułmański Związek Religijny w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Karański Związek Religijny w Rzeczypospolitej Polskiej.

¹² Strona internetowa Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, <https://www.gov.pl/web/mswia/relacje-panstwa-z-koscioalami> (data dostępu: 13.02.2020).

¹³ Strona internetowa Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, <https://www.gov.pl/web/mswia/departament-wyznan-religijnych-oraz-mniejszosci-narodowych-i-etnicznych> (data dostępu: 13.02.2020).

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz.483).

kultu, oświaty, dyscypliny, ustroju reguluje Ustawa o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego z dnia 4 lipca 1991 r. (u.o.s.p.d.pakp)¹⁵. Państwo polskie w art. 1 i 2 wyżej wymienionej ustawy, uznaje PAKP za kościół autokefaliczny, posiadający niezależność i samodzielność od jakiegokolwiek pozakrajowej władzy duchowej, jak i świeckiej. Ustrojodawca Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (PAKP)¹⁶ dopowiada zaś, że PAKP stanowi część składową Powszechnego Kościoła Prawosławnego oraz zachowuje w nim jedność w sprawach dogmatycznych i kanonicznych, jest niezależny od jakiegokolwiek władzy duchowej lub świeckiej, jak też jest on równy w prawach ze wszystkimi Prawosławnymi Kościołami Autokefalicznymi¹⁷.

Zasadniczym aktem w życiu PAKP, oprócz tomosu nadającego autokefalię, jest Statut Wewnętrzny PAKP¹⁸ (S.W.PAKP) uchwalony przez Święty Sobór Biskupów. W zakresie stosowanego prawa odnoszącego się do regulacji wewnętrznego życia PAKP stosuje: 1) Pismo Święte, 2) Tradycję Świętą.

Pojęcie czynu zabronionego w prawodawstwie Kościoła prawosławnego

Podstawowym terminem odnoszącym się do szeroko rozumianego społecznie naruszenia prawa, na gruncie polskiego prawa karnego, jest pojęcie czynu zabronionego¹⁹. Jego definicja zawarta jest w art. 115 § 1 k.k. Mówi ona, że czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Do stwierdzenia, czy zachowanie człowieka będzie stanowiło czyn zabroniony, potrzebne jest porównanie cech tego zachowania z opisem typu (wzorca) czynu zabronionego zawartego w ustawie karnej. Jeśli wszystkie elementy opisu, składające się na ów wzorzec wystąpią w stanie faktycznym, mamy wówczas do czynienia z czynem zabronionym²⁰.

Mówiąc o czynach nie można nie wspomnieć również o moralności czy też związanych z nim normach moralnych. Wspólny dla prawa karnego i moral-

¹⁵ Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U. Nr 66, poz. 287 ze zm.)

¹⁶ W myśl art. 52 Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U. Nr 66, poz. 287, ze zm.) ustrojodawcą PAKP do czasu zwołania Soboru lokalnego jest Święty Sobór Biskupów.

¹⁷ Zasada ta wyrażona jest w § 1 S.W.PAKP

¹⁸ Statut Wewnętrzny Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego uchwalony przez Św. Sobór Biskupów 10 lutego 1995 r. w Warszawie (S.W.PAKP). Drugim ważnym dokumentem jest Statut Parafialny Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego uchwalony przez Św. Sobór Biskupów 10 lutego 1995 r. w Warszawie. Reguluje on życie parafii prawosławnych (S.P.PAKP).

¹⁹ Pojęcia „czyn zabroniony” i „przestępstwo” można uznać za synonimiczne, podobnie jak czyni to ustawodawca w art. 1, § 1–3, art. 115, § 1 i art. 115, § 3.

²⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 27.

ności jest ich normatywny charakter, gdyż określając reguły zachowań ludzkich i wskazując na powinność danego zachowania jednocześnie je wartościują. Norma moralna dotyczy wewnętrznej strony zachowań ludzkich, tworzy powinność wewnętrzną odpowiedniego, dobrego postępowania, wskazując wartości, oceniając zachowanie człowieka. Normatywnemu wartościowaniu, na gruncie prawa karnego, jak i moralności, podlegają ludzkie zachowania, wybory postępowania, motywy i intencje człowieka oraz łączące się z zewnętrznym zachowaniem jego wewnętrzne przeżycia. Związki prawa karnego z moralnością mają jeszcze jeden wspólny mianownik – dotyczą płaszczyzny pojęciowej. Pojęcia takie jak: wina odpowiedzialność, sprawiedliwość, kara zostały zaczerpnięte z moralności i przejęte do prawa karnego.

Istotne znaczenie ma fakt, że każda z uniwersalistycznych religii (uznających wiarę i kult jednego Boga) – judaizm, chrześcijaństwo i islam – stworzyła z czasem własne prawo: judaizm – prawo judaistyczne, katolicyzm rzymski – prawo kanoniczne, prawosławie – prawo kanoniczne, islam – szariat. Każde z tych praw zawierało normy prawno-karne i karało czyny obrażające Boga bądź naruszające normy prawne²¹. Każda z tych religii operuje również pojęciem czynu zabronionego. Określany jest on w różny sposób. Jednak elementem zasadniczym, który służy do jego definicji jest stwierdzenie faktu, że dany określony czyn godzi w określone wartości, wyznawane przez ogół wiernych a dyktowane, czy też raczej definiowane a następnie katalogowane przez ustrojodawcę i prawodawcę religijnego.

W normatywistyce prawosławnej podstawę służącą ocenie zachowań człowieka stanowi prawo kanoniczne i kościelne. Ich wspólnym fundamentem są: Księgi Święte (Pismo Święte) oraz tradycja (Tradycja Święta), na która składają się: 1) Kanony Soborów cesarsko-kościelnych, zwanych też Soborami powszechnymi lub ekumenicznymi, 2) Kanony Soborów lokalnych, 3) Kanony Ojców, 4) Encykliki i listy pasterskie, 5) współczesne prawo kościelne, na które składają się z kolei: tomosy nadające autokefalię, tomosy nadające autonomię, statuty wewnętrzne poszczególnych Kościołów prawosławnych oraz inne akty prawne wewnątrzkościelne²².

Prawo karne, będące prawem granic, ustanawia zakazy zachowań naruszających dobra chronione oraz sankcje za ich przekroczenie, wyznacza granice pomiędzy tym, co jest zabronione i karalne, a tym, co jest dozwolone.

²¹ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego. Czyny zabronione w religijnych systemach prawnych*, t. II, Piła 2005, s. 5; J. Keller, W. Kotański, W. Tyloch, B. Kupis (red.), *Zarys dziejów religii*, Warszawa 1976, s. 653–704, 795–827, 868–872, 970–976; G. Ghirlanda, *Wprowadzenie do prawa kościelnego*, Kraków 1996, s. 11–27; ks. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II, Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, t. I, Olsztyn 2002, s. 187 i nn.; H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 249–263; H.J. Wi duch, *Konstantynopol-Stolicą Ekumenicznego Patriarchatu 325–870*, Katowice 1988, s. 55–109.

²² Wskazuje na to § 2 Statutu Wewnętrznego Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego.

Pojęcie granic nie jest również obce prawodawstwu prawosławnemu, które także wyznacza wyraźne granice pomiędzy tym, co jest czynem zabronionym (grzechem), a tym co nim nie jest.

Katalog niewłaściwych zachowań człowieka w przypadku Kościoła prawosławnego będzie jednak szerszy, ponieważ jest oparty o sferę moralności, rozszerzającą spectrum działania prawa karnego ze względu na myśl i wyobrażenia, które również podlegają ocenie prawnej. Dobra uznawane za najważniejsze wartości będą szerzej pojęte niż w prawie karnym, będą zahaczały o duchowe relacje człowieka z człowiekiem, człowieka z Kościołem, człowieka z Bogiem. Zróżnicowane będzie również podejście do kategorii czynów zabronionych, gdyż niektóre z nich będą pokrywały się z czynami zabronionymi w sensie prawa karnego, inne zaś będą stanowiły swoistą odmiennność.

Czynem zabronionym w rozumieniu prawa kanonicznego Kościoła prawosławnego jest każdy czyn będący obrazą Świętości Boga i skierowany przeciwko woli Bożej, woli Kościoła i świętości. To również każde przestępne postępowanie niezgodne z nakazami dekalogu oraz dogmatami wypracowanymi przez Św. Ojców Kościoła podczas soborów powszechnych w pierwszych wiekach chrześcijaństwa oraz wszelkie występne zachowania zabronione przez kanony kościoła prawosławnego. Czyny naruszające wolę Bożą nie są tylko zachowaniem będącym zwykłym odstępstwem od przepisów prawa kanonicznego, są jednocześnie grzechem religijnym pociągającym za sobą karę pozaziemską.

Czyny zabronione naruszające prawo boskie, kanoniczne oraz kościelne godzą w podstawowe wartości religijne takie jak: religia, życie, prokreacja, wiara, miłość, mądrość, świętość jednostki, świętość wspólnoty, porządek życia jednostki, porządek życia wspólnoty. Etyka prawosławna wszystkie czyny zabronione będące podstawą odpowiedzialności karnej, w swej całościowej konstatacji, dotyczącej moralności życia człowieka i wspólnoty, określa mianem grzechu. Grzech jest określany mianem: „prawonaruszenia, złamania prawa Bożego nie tylko w odniesieniu do Dekalogu, ale też przyjętego rytuału religijnego; ogólnie każdy zły występek”²³ oraz „bezprawie”²⁴. Może być on popełniony w następujących sferach: 1) kultu, np. niewłaściwe sprawowanie obrzędów, nieprzestrzeganie postów, 2) doktryny, np. herezja, głoszenie poglądów sprzecznych z nauczaniem kościoła, 3) administracyjno-organizacyjnej, np. naruszenie prerogatyw władzy proboszcza, 4) życia moralnego, np. grzechy.

Doktryna prawa karnego wskazuje różnorodność kryteriów stosowanych do podziału przestępstw. Według Lecha Gardockiego najważniejsze kryteria to: 1) waga przestępstw, 2) szkoda lub niebezpieczeństwo dla dobra chronionego, 3) występowania w opisie ustawowym znamion skutku, 4) rodzaj

²³ S. Pastuszewski, *Leksykon religijno-kulturowy staroprawosławia*, Bydgoszcz 2015, s. 89.

²⁴ A. Znosko, *Słownik cerkiewnoślawiański-polski*, Białystok 1996, s. 82.

zachowania: działanie lub też zaniechanie, 5) forma winy, 6) tryb ścigania oraz 7) cechy sprawcy²⁵.

Kryterium szczególnych cech sprawcy dzieli przestępstwa na: powszechne (podmiotem jest każda osoba odpowiadająca ogólnym cechom podmiotu tzn. osoba fizyczna, która osiągnęła odpowiedni wiek) i indywidualne (szczególna cecha podmiotu decyduje o bycie przestępstwa). Przenosząc tę kategorię na normatywistykę Kościoła prawosławnego możemy wyróżnić: 1) czyny zabronione dokonane przez duchownych, 2) czyny zabronione dokonane przez świeckich, 3) czyny zabronione dokonane przez duchownych i świeckich.

Do kategorii czynów zabronionych dokonanych przez duchownych zaliczamy m.in.:

- niedbalstwo w sprawowaniu sakramentów i innych posług religijnych,
- niewłaściwe przechowywanie Św. Sakramentów i Św. Krzyżma,
- odprawianie nabożeństw w stanie nietrzeźwym,
- niegodne wykonywanie czynności spowiedniczych,
- nieudzielenie Sakramentów wiernym na skutek niedbalstwa (śmierć chorego bez przyjęcia Eucharystii, śmierć niemowlęcia bez chrztu),
- udzielanie sakramentów i sprawowanie innych posług religijnych z naruszeniem prawa kanonicznego,
- nieprawidłowe prowadzenie ksiąg parafialnych,
- ujawnienie danych osobowych wiernych osobom nieupoważnionym.

Wśród czynów zabronionych dokonanych przez osoby świeckie wyróżniamy:

- profanację rzeczy świętych,
- znieważanie miejsc sakralnych,
- profanację Św. Eucharystii (wylanie, wypłucie),
- nieposzanowanie świętości sakramentów poprzez przyjmowanie sakramentów w innych kościołach (naprzemiennie) lub przyjmowanie sakramentów pokuty, eucharystii, namaszczenia chorych w innych kościołach od duchownych nieprawosławnych,
- potwarz lub zniewaga duchownego,
- krzywoprzysięstwo względem duchownego,
- wszelkie zachowania urągające proboszczowi lub reszcie duchowieństwa parafii;
- wstąpienie w związek małżeński z osobą innego wyznania (w przypadkach zabronionych przez Kościół),
- ochrztenie dziecka bez zgody obojga rodziców.

Odrębną, a zarazem pokrywającą się wzajemnie kategorią czynów zabronionych, jest kategoria czynów zabronionych dokonanych zarówno przez duchownych, jaki i osoby świeckie. Zaliczamy do niej następujące czyny:

²⁵ L. Gardocki, *Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G.” 2013, Vol. LX, nr 2, s. 34.

- głoszenie nieprawdziwych poglądów, sprzecznych z nauką Kościoła,
- propagowanie herezji, separatyzmów doktrynalno-administracyjnych,
- nieposłuszeństwo wobec zarządzeń władzy kościelnej,
- brak pokory i posłuszeństwa wobec decyzji biskupa, proboszcza, dziekana,
- naruszenie nietykalności cielesnej duchownego i zakonnika,
- naruszenie dyscypliny kościelnej,
- nieposzanowanie domu Bożego,
- nieposzanowanie innych przedmiotów znajdujących się w Domu Bożym,
- nietrzeźwość, odurzenie środkami psychoaktywnymi,
- naruszenie czystości lub świętości własnego związku małżeńskiego,
- profanacja Eucharystii.

Na podstawie analizy statutów Kościoła prawosławnego można więc mówić o dwóch kategoriach czynów zabronionych – pierwszej, właściwych tylko duchowieństwu lub tylko świeckim (podmiot będzie tu indywidualny) oraz drugiej, do której zaliczyć można czyny zabronione właściwe i duchownym i świeckim (podmiot będzie tu powszechny). Tak jak wcześniej wspomniano, wspólna sfera życia stanowi jednocześnie zmienną ogniskującą na podmiot czynu zabronionego-sprawcę i to jego osoba jest tu punktem wyjścia dla stosowanej procedury jej ścigania oraz jej osądzenia.

Sankcje karne Kościoła prawosławnego

Sankcje karne w Kościele prawosławnym wymierzane są jedynie wówczas, gdy w celu utrzymania wewnętrznego porządku, zachodzi ku temu ostateczna konieczność. Celem sankcji jest: 1) poprawa wiernego, 2) naprawa zgorzenia, 3) przywrócenie naruszonej sprawiedliwości. Wymierzanie kar nie jest jedynym środkiem oddziaływania duszpasterskiego, ale jedynym i koniecznym, gdy przemawia za tym nadrzędny cel, którym jest dobro wiernego oraz dobro wspólnoty, której ład społeczny został poważnie naruszony, a inne działania okazały się nieskuteczne. Cel kary ma też wymiar prewencyjny – ma odstraszać innych od popełnienia przestępstwa (prewencja ogólna) oraz odstraszyć i zapobiec popełnieniu czynu zabronionego przez konkretną osobę (prewencja szczególna).

Kara w swej istocie jest drogowskazem dla samego sprawcy, jak i całej wspólnoty do zweryfikowania swojej postawy wobec Boga i Kościoła, do przemiany swojego postępowania w sensie duchowymi i fizycznym (wewnętrznie i zewnętrznie) oraz zadośćuczynieniem, gdy skutkiem popełnionego czynu zabronionego jest szkoda zarówno materialna, jak i duchowa. Czyny zabronione w prawosławiu muszą zostać osądzone z uwagi na to, by nie stały się furtką do występnego działania pozostałych członków wspólnoty chrześcijańskiej.

Sankcje w prawosławiu nie służą jednak bezwzględnej represji, tępieniu czy też stygmatyzacji członków Kościoła. Kara kościelna stosowana przez Kościół wobec swoich członków, winnych popełnienia czynu zabronionego, jest wyrazem potępienia tegoż czynu, jak i samego sprawcy. Polega na zastosowaniu wobec niego odpowiedniej dolegliwości, czyli pozbawienia dobra duchowego lub doczesnego. Dolegliwość należy do istoty kary, nie stanowi jednak jej celu, gdyż podstawowym celem kary kościelnej jest odpłata za wyrządzoną szkodę publiczną, zadośćuczynienie, oraz przywrócenie naruszonego porządku i poczucia sprawiedliwości. W odniesieniu do sprawcy celem kary jest jego poprawa, a poprzez doznanie dolegliwości skłonienie go do przestrzegania porządku prawnego.

W systematyce kar Kościoła prawosławnego ze względu na określony cel można wyróżnić: kary poprawcze oraz kary odwetowe, czyli windykacyjne. Ze względu na pozbawienie dóbr kary dzielimy na: kary doczesne (pozbawienie dóbr doczesnych, np. szacunku otoczenia, wolności) oraz kary duchowne (pozbawienie dóbr duchownych, np. uprawnień wynikających z przynależności kościelnej)²⁶.

Lekceważący (osoba wiernego lub duchownego) zasady prawa kościelnego może zostać pozbawiony wszystkich lub niektórych dóbr prawnych będących w gestii Kościoła. Ogólnym pojęciem odnoszącym się do kar kościelnych jest pojęcie „odłączenia”²⁷. Polega ono na całkowitym wykluczeniu z Kościoła za nieprzestrzeganie przepisów kościelnych lub pozbawieniu tylko niektórych praw, jakimi rozporządza władza kościelna (w przypadkach mniejszej wagi). Kary za przekroczenie przepisów kościelnych może wymierzać jedynie właściwa władza kościelna. Prawo to przysługuje przełożonym, soborom lokalnym, powszechnym oraz sądom kościelnym, a także spowiednikom. Należy uwzględnić poczytalność sprawcy, szkodę i zgorszenie, jakie wywołał dokonany czyn zabroniony oraz okoliczności jego popełnienia. Ważkość popełnionego przewinienia stanowi o całkowitym lub częściowym odłączeniu od Kościoła. Całkowite odłączenie ma miejsce wówczas, gdy publicznie znieważono godność Kościoła i świętość jego imienia. Dotyczy takich czynów jak: herezja, odstępstwo od wiary, świętokradztwo. Kara ta może być wieczysta. Jej czasokres trwania zależy od postawy skazanego. Ma na celu uzyskanie poprawy sprawcy, który po odbyciu duchowego odosobnienia w postaci pozbawienia łączności z Kościołem zapragnie poprzez akt skruchy powrócić na łono Kościoła.

Do obecnie stosowanych kar kościelnych nakładanych na wiernych (oraz osoby duchowne pozbawione stanu kapłańskiego), zgodnych z Kanonami Kościoła prawosławnego, należą:

²⁶ A. Znosko, *Prawosławne prawo kościelne*, cz. II, Warszawa 1975, s. 32.

²⁷ Ibidem.

1. Epitemia – jest to kara polegająca na nałożeniu przez spowiednika na sprawcę czynu zabronionego obowiązkowych zaleceń jako zadośćuczynienie, czyli odpłatę za wyrządzone zło, a następnie jako środek przywrócenia wiernemu praw, jakich został on pozbawiony za naruszenie porządku²⁸.

2. Infamia – oznacza uszczuplenie lub utratę czci otoczenia z powodu popełnionego czynu zabronionego, nagannego zachowania/postępowania lub złych obyczajów²⁹.

3. Odłączenie małe – ma dwojaki charakter. Polega na czasowym pozbawieniu pokutującego prawa przyjmowania Św. Eucharystii. Jest to stopień niższy. Stopniem wyższym tej kary jest zakaz uczestnictwa w Liturgii Wiernych (dopuszcza się jedynie uczestnictwo w Liturgii Katechumenów)³⁰.

4. Odłączenie wielkie – anatema, ekskomunika, klątwa to kara nakładana za ciężkie przestępstwa członków Kościoła przeciwko wierze i Kościołowi (jak herezja, apostazja) i polega na całkowitym wykluczeniu ze współuczestnictwa z wiernymi w Kościele³¹.

5. Pozbawienie pogrzebu kościelnego – kara ta mocy prawnej nabiera z chwilą, gdy obłożony ekskomuniką, w obliczu śmierci, uparcie nie pojedna się z Kościołem³².

Zgodnie z kanonami Św. Ojców, na duchownych mogą być nakładane kary poprawcze i kary windykacyjne³³. Do kar poprawczych zaliczamy:

1. Upomnienie – polega na pouczeniu, zwróceniu szczególnej uwagi na obowiązki ciążące na duchownym, uprzedzenie o skutkach zaniedbania i konsekwencjach wynikających z ponownego przewinienia (dotyczy każdego nawet najdrobniejszego występkę).

2. Naganę – skarcenie duchownego z powodu niewłaściwego postępowania powodującego naruszenie porządku kościelnego lub zgorszenie wiernych. Jest udzielana osobiście przez Biskupa Diecezjalnego lub Św. Sobór Biskupów.

3. Przeniesienie – polega na przeniesieniu duchownego z zajmowanego miejsca, przysługującego mu z tytułu posiadanego stopnia lub wysługi lat na miejsce gorsze, łączące się niekiedy z degradacją zajmowanego stanowiska (np. z proboszcza na wikariusza).

4. Czasowe odsunięcie z urzędu – związane jest z umieszczeniem winnego w klasztorze, gdzie pod nadzorem przełożonego odbywa on epitemię, polegającą na surowym przestrzeganiu klasztornej ryty i dyscypliny, połączonego ze wzmożoną modlitwą i pokłonami.

²⁸ Epitemia (gr. epitimia) – pokuta, prawem przepisane ćwiczenie duchowe (Kart 102; Anc 16 i in.). W codziennej praktyce duszpasterskiej przez epitemię rozumiemy pewne uczynki pokutne nakładane na przestępcę. Zob. A. Znosko, *Słownik cerkiewnosłowiańsko-polski...*, s. 104.

²⁹ Ibidem, s. 35.

³⁰ A. Znosko, *Prawosławne prawo kościelne...*, s. 36, 219.

³¹ Ibidem, s. 36–37, 219.

³² Ibidem, s. 37.

³³ Ibidem, s. 40–45.

5. Czasowe pozbawienie prawa sprawowania czynności liturgicznych – polega na czasowym pozbawieniu duchownego prawa sprawowania urzędów i obowiązków kościelnych, nauczania itp. Nakładane jest na duchownego, któremu postawiono zarzuty popełnienia czynu zabronionego, którego skutkiem będzie pozbawienie stanu duchownego lub w wypadku trwania procesu dochodzenia sądowego. Skutkiem zastosowania tej kary jest jedynie nominalne pozostanie duchownym, czyli pozbawienie duchownego praw wpływających z tytułu otrzymanych święceń. Kara ta bywa też nakładana na duchownego za czyny wypływające z zaniedbania obowiązków kapłańskich.

6. Pozbawienie prawa sprawowania niektórych określonych czynności liturgicznych – karze tej podlegają duchowni dopuszczający się czynu zabronionego, którego treść i charakter wykluczają go z grona czynnych duchownych oraz duchowni przywłaszczający sobie prawo wykonywania czynności liturgicznych bez wyraźnych podstaw kanonicznych. Skrucha i pokuta, nie mogą tu wpłynąć na przywrócenie duchownemu prawa sprawowania wszystkich czynności liturgicznych.

Do kar windykacyjnych nakładanych na osoby duchowne należą:

1. Złożenie z urzędu – karze tej podlega duchowny wykazujący się lekceważącym stosunkiem do wynikających z piastowanego przez niego urzędu obowiązków oraz w wypadku ewidentnego naruszenia dyscypliny kościelnej, np. nieuzasadnionego opuszczenia diecezji przez biskupa lub opuszczenia przez prezbitera granic diecezji i zamieszkania w innej bez woli biskupa diecezjalnego.

2. Pozbawienie prawa sprawowania czynności liturgicznych z zachowaniem stanu duchownego i należnej mu czci – karze tej podlega duchowny za popełnienie czynów zabronionych większej wagi, wywołujących zgorszenie w Kościele, ale popełnionych nieumyślnie na skutek niedbalstwa lub lekceważenia.

3. Złożenie z urzędu z pozbawieniem stanu duchownego – oznacza pozbawienie na zawsze praw sprawowania jakichkolwiek czynności liturgicznych w połączeniu z utratą prawa noszenia sutanny i przeniesieniem do stanu świeckiego oraz utratę przynależnych stanowi duchownemu przywilejów i czci.

4. Złożenie z urzędu w połączeniu z ekskomuniką – kara ta stanowi obostrzenie wyżej wymienionej kary polegające na tym, że sprawca dodatkowo podlega również wielkiemu odłączeniu – ekskomunice (nakładanemu na osobę świecką), czyli wykluczeniu ze współuczestnictwa z wiernymi w modlitwie kościelnej. Karze tej podlega duchowny, który wbrew karze złożenia z urzędu, sprawuje czynności liturgiczne lub popełnia czyn zabroniony przeciwko wierze i Kościołowi (tj. herezja, apostazja).

Warto podkreślić, że w wypadku popełnienia przez duchownego przestępstwa kryminalnego, w rozumieniu prawa państwowego, podlega on osą-

dzeniu jak każdy obywatel tego państwa na zasadach ogólnych. Gdy to samo przestępstwo jest również czynem zabronionym w rozumieniu kanonicznym, duchowny podlega również osądowi sądu duchownego. Waga popełnionego czynu decyduje o konsekwencjach natury kanonicznej. Nominalnie zawsze pozostaje duchownym, lecz zwykle zostaje przeniesiony na niższe stanowisko kościelne lub skierowany w charakterze nowicjusza do klasztoru.

Statut Konsystorza Duchownych z 1938 r. przewidywał też szereg innych kar windykacyjnych i poprawczych. Są one szczegółowo wyróżnione w II rozdziale Statutu „O przewinieniach członków kleru przeciwko obowiązkowi powołania i służby” w dziale I „O karach i środkach poprawczych”³⁴ i stanowią pewną kompilację wyżej wymienionych kar. Obecny Statut Wewnętrzny z 1995 r. nie wymienia takiego katalogu kar. Nieznane jest również żadne współczesne rozporządzenie, zarządzenie lub załącznik do Statutu Wewnętrznego lub Parafialnego, w których można by było pozyskać informacje na ten temat. Stosowany obecnie system kar kościelnych jest powieleniem systemu kar zawartego w Statucie Konsystorza Diecezjalnych Św. Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego z 1938 r.

Podsumowanie

Zakres kryminalizacji czynów zabronionych w prawosławiu jest bardzo szeroki, obejmuje bowiem swym zasięgiem następujące sfery życia człowieka: kultu, doktryny, administracyjno-organizacyjną oraz życia moralnego, jak również sferę myśli i zamiaru popełnienia czynu. Kierując się kryterium podmiotu, możemy wyróżnić typy czynów zabronionych wspólnych dla wiernych i duchownych, czynów popełnionych wyłącznie przez duchownych lub wyłącznie przez wiernych. Zarówno sposób, forma ścigania i osądu czynu zabronionego jest uzależniona od ciężaru gatunkowego czynu, jego rodzaju, stopnia szkodliwości społecznej, kategorii sprawcy (duchownego czy wiernego). Sankcje kościelne są stopniowalne i zróżnicowane w zależności od tego, czy jest to czyn zabroniony popełniony przez wiernego, czy też przez duchownego, o czym świadczy prezentowany w artykule katalog kar. Prawo kościelne PAKP nie stosuje sankcji w celach represyjnych lecz prewencyjnych, mających na celu ochronę wiernego oraz całej społeczności przed konsekwencjami popełnionych czynów zabronionych. Język teologii mówi o ochronie dobra najwyższego, jakim jest świętość człowieka i jego zbawienie

Kościół tworząc swój system normatywny (statuty, kanony, przykazania) skłania wiernych do zachowań zgodnych z nakazem lub zakazem wyra-

³⁴ Statut Konsystorza Diecezjalnych Św. Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego, [w:] Załącznik do zarządzenia Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego z dnia 6 maja 1939 r. (M.P. Nr. 136, poz. 319).

żonym w tej normie, stanowiącej wzór postępowania. Złamanie ich, wzorca zachowań, naraża wiernych na odsunięcie od pozostałych członków wspólnoty. Wierny nierespektujący lub lekceważący obowiązujące wzorce postępowania skodyfikowane w tekstach świętych, kanonach, usuwany jest ze wspólnoty w ostateczności. Zanim nastąpi ostateczne wykluczenie względem wiernego lub duchownego, stosowane są sankcje o różnym stopniu dotkliwości. Kościół dysponuje zespołem sankcji stosowanych wobec osób uchylających się od przestrzegania norm i przepisów kościelnych. Kara w kościele prawosławnym może mieć wymiar religijny oraz religijno-prawny. Karą o charakterze religijnym jest kara odsunięcia od przystępowania do sakramentu Świętej Eucharystii. Z kolei o charakterze religijno-prawnym jest kara pozbawienia probostwa parafii. Poza sankcją religijną, jaką jest degradacja w sferze prerogatyw władzy administracyjnej, jest też sankcja prawna – przestaje być organem osoby prawnej PAKP. Celem kary w Kościele prawosławnym jest skuteczne odstraszenie potencjalnego sprawcy, ale i całej wspólnoty od popełnienia czynu zabronionego. Repertuar kar jest w Kościele prawosławnym dość rozległy. Profilaktyczne znaczenie ma system nagród stosowany przez Kościół prawosławny charakterystyczny dla każdej nieformalnej instytucji kontroli społecznej (zagadnienie to zostało w artykule pominięte z uwagi na ramy opracowania). Jego zadaniem jest wspomoczenie innych działań zogniskowanych na szeroko rozumianej profilaktyce przestępczości. Nagroda taka jak np. nobilitacja, nominacja na wyższe stanowisko kościelne, nagroda paschalna, order są pozytywnym wzmocnieniem. Jednakże ich odebranie za popełnienie czynu zabronionego jest również wzmocnieniem pozytywnym w wymiarze podkreślania określonych ściśle norm życia i postępowania. Akt ten więc pełni zatem rolę kary, będącej niekiedy skuteczniejszą niż jej podstawowa forma.

Wykaz literatury

- Apanowicz J., *Metodologia ogólna*, Wyd. „Bernardinum”, Gdynia 2002.
- Berman H. J., *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1995.
- Doktór T., *Chrześcijaństwo wschodnie (ortodoksyjne)*, [w:] *Wyznania religijne w Polsce 2012–2014*, GUS, Warszawa 2016.
- Dudra S., *Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny w obszarze polityki wyznaniowej oraz polityki narodowościowej Polski Ludowej i III Rzeczypospolitej*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2019.
- Euchologion*, t. 1, Wyd. Warszawska Metropolia Prawosławna, Warszawa 2016.
- Gardocki L., *Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Sectio G.” 2013, Vol. LX, nr 2.
- Ghirlanda G., *Wprowadzenie do prawa kościelnego*, Wyd. WAM Księży Jezuitów, Kraków 1996.

- Karsznicki K., *Główne kultury prawne na świecie*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XV.
- Katechizm Cerkwi Prawosławnej, Wyd. Bratczyk, Hajnówka 2001.
- Kawa J., *Metodologia, metodyka, metoda jako podstawa wywodu naukowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 21.
- Keller J., Kotański W., Tyloch W., Kupis B. (red.), *Zarys dziejów religii*, Iskry, Warszawa 1976.
- Mazur P., *Kultura prawna a wychowanie do bezpieczeństwa życia codziennego i pracy*, [w:] M. Rybakowski (red.), *Edukacja – Praca – Bezpieczeństwo*, Oficyna Wyd. Uniwersytetu Zielonogórskiego, Zielona Góra 2009.
- Pastuszewski S., *Leksykon religijno-kulturowy staroprawosławia*, Inst. Wydawniczy „Świadectwo”, Bydgoszcz 2015.
- Pawluk T., *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II, Zagadnienia wstępne i normy ogólne*, t. I, Warmińskie Wyd. Diecezjalne, Olsztyn 2002.
- Płoński R. A., *Tomosy z 1924 i 1948 roku nadające status autokefaliczny Polskiemu Autokefalicznemu Kościołowi Prawosławnemu: ich wydzźwięk historyczno-kanoniczny*, „Studia Warmińskie” 2009, t. XLVI.
- Sygit B., *Historia prawa kryminalnego. Czyny zabronione w religijnych systemach prawnych*, t. II, Wyższa Szkoła Biznesu, Piła 2005.
- Tokarczyk R., *Współczesne kultury prawne*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003.
- Trebnik v 2-h chastjah, Izdatel'stvo Moskovskoj Patriarii Russkoj Pravoslavnoj Cerkvi [The Russian Orthodox Church's Regulation], Moskva 2014.
- Wąsik D., *Przestępstwa seksualne w kulturze prawnej judaizmu a prawo karne współczesnego Izraela*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 19.
- Widuch H.J., *Konstantynopol – Stolicą Ekumenicznego Patriarchatu 325–870*, Księgarnia św. Jacka, Katowice 1988.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010.
- Znosko A., *Prawosławne prawo kościelne*, cz. II, Wyd. Chrześcijańska Akademia Teologiczna, Warszawa 1975.
- Znosko A., *Słownik cerkiewnoślawiańsko-polski*, Wyd. Prawosławna Diecezja Białostocko-Gdańska, Białystok 1996.
- Znosko A., *Kanony Kościoła Prawosławnego, tom I w 3 częściach*, Wyd. Bratczyk, Hajnówka 2000.

Summary

Sanctions within the Orthodox Church law in Poland

Key words: law, legal culture, Orthodox church, forbidden behavior, sanctions within the Church law.

Legal provisions of the Polish Orthodox Church can be found in canonical, liturgical and internal administrative regulations. There are many forms of forbidden behavior. Sanctions can be imposed for different offences considering different spheres of the human life such as cult, doctrine or morals. The aim of the article is to show the diversity of sanctions provided by in the

Orthodox Church internal regulations. The author concluded the punishment in the Orthodox Church has both legal and religious dimensions. The penalties are also varied. The way in which the prosecution is being conducted and the form of the final judgement depend on the type of offence in question, its circumstances, the degree of social harm and the position of the perpetrator.

Edyta Sokalska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-0903-7726

Kestenbaum Commission and its successors – statutory purposes and activities

Introduction

Federalism as a multifaceted phenomenon is deeply considered in a worldwide academic research. The notion of federalism and a federal state have been defined from a variety of perspectives because the diverse planes have been taken into account. With the development of the European Union the studies on federalism have quickened their pace, despite the fact that presumably the European Union is reaching a crisis in the context of „Brexit”, and some voices concerning the unequal treatment of the members are heard. Along with the development of international and supranational organizations it has become an attractive theory. It is analyzed in the context of the challenges of modern ecology¹, or the impact on overcoming the financial crisis in the world. The questions concerning the effects of federalism on the development of democracy and the protection of human rights are being raised. Federalism, due to its essence, has become a source of interdisciplinary research, emphasizing not only its theoretical but also practical dimension.

The modest scope of the article does not allow the exhaustive treatment of the subject, therefore, the present work is of contributory character. American federalism related literature is impassive because the academic research on the subject is multidimensional². My focus is on the development

¹ About the development and challenges of modern ecology, see, e.g., P. Krajewski, *Sprawie-dliwość i odpowiedzialność międzygrupowa i międzypokoleniowa w ochronie środowiska naturalnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, Vol. 32, pp. 239–255; E. Zębek, *Legal and organisational solutions of the municipal waste management in chosen countries of EU*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, Vol. 33, pp. 127–139.

² About the research on the development of American federalism, see, e.g., J. Jaskiernia, *Ewolucja percepcji federalizmu w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, Vol. 31, pp. 306–307; M. Burgess, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, New York 2006, pp. 1–7.

and significance of the Kestenbaum Commission and the U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations – the federal bodies, which were established in the United States in order to examine the functions of the federal government, and to work out some specific programs of recommendations.

In the beginning, characterization and the activities of the Commission on Intergovernmental Relations will be presented. The second part of the publication will be devoted to the ACIR – the U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, and one of its reports – the 37-th Annual Report of 1996 – will be taken into consideration, as there are depicted in it the main activities of the Commission.

The Commission on Intergovernmental Relations

In the United States after World War II there were huge demands for the development, economic expansion, education, and other improvements. The governments of the states were not efficiently equipped to meet these demands. A lot of state legislatures were part time and understaffed. There were a lot of issues, which absorbed the state administrative bodies. Industry after wartime production was converting into the direction of domestic consumption. The federal government, being involved in many new fields of governmental activity, put some efforts into establishment of new federal aid programs³. Being concerned about a new range of federal government activities, President Dwight Eisenhower established in 1953 a temporary study commission. The Commission on Intergovernmental Relations was chaired by Meyer Kestenbaum, therefore, it was commonly referred to as Kestenbaum Commission.

The purpose of the Commission was to study the post-war American federalism and to recommend how the federal government should respond to the new political and economic conditions. The Commission on Intergovernmental Relations worked up to 1955. In 1995 it released the report, in which two main recommendations were proposed. The first was that „the federal government should embark on a program to return back to states full responsibility for at least some (hopefully, many) of these federal-aid programs along with federal revenue resources to pay for them”⁴. The second forecast was that the permanent Advisory Commission on Intergovernmental Relations should have been established. In the mentioned report of 1955, i.e.,

³ B.D. McDowell, *Intergovernmental Relations Then and Now: Is There Still a Role for a National Commission?*, „State and Local Government Review” 2004, Vol. 36, no. 3, p. 228.

⁴ Ibidem.

there were taken into account the issues concerning natural resources, their protection and conservation⁵. Despite the fact that specific problems of resource conservation were too numerous for full examination of the Commission, it was agreed that permanent coordinating body in this sphere was needed in order to develop some legislative projects⁶.

The Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations

The Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations established in 1959 was a successor to the Kestenbaum Commission. The Commission was an independent agency formed in the U.S. federal government under Public Law 86-300 on the 24-th of September 1959, amended by Public Law 89-733 in November 1966, in order to consider and study the federal government's intergovernmental relationships, and the nation's intergovernmental machine. ACIR operated up to 1996⁷.

The body consisted of 26 members who represented the interests of the federal system's intergovernmental partners in the matters of intergovernmental concern. There were six members appointed by the House and Senate leadership, four state governors, three members of state legislatures, three county officials appointed by the President from nominations by respective national associations of state and local governments, three private citizens, and three representatives of the federal executive branch appointed directly by the President. The Commission members served two-year terms, but there was the possibility of being reappointed⁸.

The mission of ACIR was „to strengthen the American federal system and improve the ability of federal, state, and local governments to work together cooperatively, efficiently, and effectively”⁹. Intergovernmental relations and intergovernmental management were the fields where the Commission was studying: how varied levels of government interacted with one another, and how to define the way they should have interacted with one another in the context of the Constitution. It should be emphasized that in-

⁵ The Commission on Intergovernmental Relations, *A Report to the President for Transmittal to the Congress*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1955, pp. 237–247.

⁶ Ibidem, p. 241.

⁷ For more, see J. Kincaid, *The U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations: Unique Artifact of Bygone Era*, „Public Administration Review” March/Apr. 2011, Vol. 71, pp. 181–189; B.D. McDowell, *Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1966: The End of an Era*, „Publius: The Journal of Federalism” 1997, Vol. 27, pp. 111–128.

⁸ United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations Home Page Archive, <http://www.library.unt.edu/gpo/acir/Default.html> (access: 20.04.2019).

⁹ Ibidem.

tergovernmental relations had profound effects on the organization and activities of American self-government bodies, and they also determined an appropriate role for the federal government within the governmental system. ACIR worked with state and local governments in order „to identify emerging intergovernmental issues, trend, and turning points, to stimulate thought about American federalism and intergovernmental relations; to educate leaders and the public about the impacts of intergovernmental reform, and to promote stronger intergovernmental communication, cooperation, and coordination as the critical basis for an effective federal system”¹⁰.

The statutory purposes of the Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations were: „to bring together representatives of the federal, state, and local governments for the consideration of common problems; to provide a forum for discussing the administration and coordination of federal grants and other programs requiring intergovernmental cooperation; to give critical attention to the conditions and controls involved in the administration of federal grant problems; to make available technical assistance to the executive and legislative branches of the federal government in review of proposed legislation to determine its overall effects on the federal system”¹¹. The aims were also: „to encourage discussion and study at an early stage of emerging public problems that are likely to require intergovernmental attention; to recommend, within the framework of the Constitution, the most desirable allocation of government functions, responsibilities and revenues among the several levels of government; to recommend methods of coordinating and simplifying tax laws and administrative practices to achieve a more orderly and less competitive fiscal relationship between the levels of government and to reduce the burden on compliance for taxpayers”¹².

The Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations thanks to its broad representation was able to develop long-term recommendations and analyses that reflected the diversity and similarity of the federal units. The Commission determined its own agenda taking into account the experience of its members, contacts within the federal system as well as suggestions from public officials, the groups of citizens, and current issues in intergovernmental relations¹³.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ For further reading see D.S. Wright, *The Advisory Commission on Intergovernmental Relations: Unique Features and Policy Orientation*, „Public Administration Review” 1965, Vol. 25, pp. 192–202; E. Sokalska, *Legal and Political Dimensions of American Federalism: Development and Interpretations*, Olsztyn 2018, pp. 304–307.

The 37-th Annual Report January 1996

A vivid illustration of the United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations could be the 37-th Annual Report January 1996¹⁴. In accordance with the Report of 1996, the United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations met five times in 1995 to recommend improvements in federal-state – relationship¹⁵. The Commission's 1995 achievements were highlighted under the four headings: strengthening the federal system, managing federal aid, balancing public finances, and promoting democracy abroad. The principal work of the Commission was flowing through three stages: research undertaken at the direction of ACIR, policy recommendations made by ACIR, and communication of these policy recommendations to the relevant federal, state and local officials and public. Among the other undertakings, for example, in January 1995 ACIR adopted *The Resolution on Strengthening the Intergovernmental Partnership*, a report and recommendations on reforming unfunded federal mandates, considered a new *Issue Brief* on medical aid, and authorized publication of *Information Report on a state tax and expenditure limits on local governments*. On the 14-th of January ACIR passed a resolution urging all the partners in the federal system to „seize this unprecedented opportunity to achieve better balance of responsibilities and resources among federal, state, and local governments, and strengthen the intergovernmental partnership”¹⁶ with actions on federal mandate relief, safeguards and assurances against shifting federal responsibilities to state and local governments without their consent, reforming the federal grant system, maximizing essential federal field services to state and local governments, and exempting state and local officials from the *Federal Advisory Committee Act*.

¹⁴ For more about the work of the Commission in 1966, see B.D. McDowell, *Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1966...*, pp. 111–128.

¹⁵ In 1995, the Commission was composed of: „3 private citizens, appointed by the President without regard to political affiliation; 3 members of the federal executive branch, appointed by the President without regard to political affiliation; 3 members of the United States Senate, appointed by the presiding officer of the Senate on a bipartisan basis; 3 members of the House of representatives, appointed by the Speaker of the House on a bipartisan basis; 4 Governors of states, appointed by the President on a bipartisan basis from nominations by the National Governor's Association; 3 state legislators, appointed by President on a bipartisan basis from nominations by the National Conference of State Legislatures and the Council of State Governments; 5 city mayors, appointed by the President on a bipartisan basis from nominations by the National League of Cities and the U.S. Conference of Mayors; and 3 elected county officials, appointed by the President on a bipartisan basis from nominations by the National Association of Counties”, United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *37-th Annual Report January 1996*, United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations Home Page Archive, <http://www.library.unt.edu/gpo/acir/Default.html> (access: 21.04.2019).

¹⁶ Ibidem.

In March 1995 the Commission authorized appointment of a Federalism Committee, to help provide guidance to the Congress and the administration for considering short-term changes in the federal system; it adopted a report and recommendations on strengthening the capacity of metropolitan planning organizations to perform planning and other functions required by the *Intermodal Surface Transportation Efficiency Act of 1991*; it adopted an increased schedule of voluntary financial contributions to ACIR to be requested of the states in future years; it also authorized the staff to prepare two new studies, using funding from the Federal Highway Administration: performance – based management practices for improving intergovernmental service delivery in public works programs, and integration and streamlining of multiple federal requirements for metropolitan transportation planning¹⁷.

In September 1995 the Commission considered preliminary staff findings about high priority existing federal mandates identified by state and local officials, provided guidance to staff for completing the preliminary report, and authorized preparation for a national conference in 1996 to seek greater involvement in mandates and other federalism issues. It also authorized the staff to prepare a study of intergovernmental relationship in wetlands preservation programs. In December 1995 the Commission approved the preliminary budget and proposed recommendations on *The Role of Federal Mandates in Intergovernmental Relations* and it considered but not completed the action on a position regarding the proposed *Local Flexibility and Empowerment Act*, and the draft policy report on performance – based management practices to improve intergovernmental service delivery in public works programs.

In 1995 the *Unfunded Mandate Reform Act* requested the Commission to prepare four studies: a review of existing federal mandates with recommendations for termination, revision or continuation; a review of state mandates; annual reports on judiciary created federal mandates; methods of calculating the costs and benefits of federal mandates. The information was gathered by a variety of methods including literature reviews, consultations with relevant public officials and other experts, hearings and carrying out the field studies. The purpose of research was to provide a solid foundation for Commission policy recommendations. During the „thinkers’ sessions” (at the beginning) and „critics’ sessions” convened to critique the draft report congressional staff members, representatives of appropriate government agencies and public interest groups, members of the academic community, subject specialists, and representatives of civic, research, business, and labor organizations presented their opinions¹⁸.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

Federal mandate reform was one of the undertakings that ACIR in 1995 was involved. The project had begun in 1994. With the help of the Department of Housing and Urban Development, the Commission adopted a series of recommendations to guide the Congress and published *Federal Mandate Relief for State, Local, and Tribal Governments* reform in January 1995. The Congress passed mandate reform legislation consistent with the ACIR recommendations. The President of the United States signed it on the 22-nd of March 1995. *Unfunded Mandate Reform Act* of 1995 assigned to the Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations the preparation of four studies: annual reports, a review of state mandates, a review of existing federal mandates, and a study of methods for calculating the costs and benefits of federal mandates. *Federal Court Rulings Involving State, Local and Tribal Governments: Calendar Year 1994* – the first annual judicial mandates report was published in July 1995. There were more than 3500 opinions on issues raised under more than 100 federal laws. The preliminary review of existing federal mandates was prepared during 1995 and approved by the Commission for public review and comment in 1996.

The Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1995 continued its support and encouragement for the states by exchanging meeting agendas and publications; supplying information to the Indiana legislature that assisted in converting the state's ACIR from a limited-membership body established by Executive order to a more fully representative Commission established by legislation; advising the Connecticut ACIR staff on research resources available for a study of central city fiscal disparities and equalization issues; advising the South Carolina ACIR on potential consultants to prepare public works and economic development studies for the state¹⁹.

¹⁹ To compare the actions and undertakings of the Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations in previous years see, e.g., some chosen acts: United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *A Crisis of Confidence and Competence*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1980; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *American Federalism: Toward a More Effective Partnership*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1975; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *A Report to the President for Transmittal to the Congress*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1955; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *An Advisory Committee Report on Local Government Submitted to the Commission on Intergovernmental Relations*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1955; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *An Agenda for American Federalism: Restoring Confidence and Competence*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1980; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Brief – Regulatory Federalism: Policy, Process, Impact, and Reform*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1984; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Devolving Federal Program Responsibilities and Revenue Sources to State and Local Government*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1986; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Emerging Issues in American Federalism*, US Government Printing Office,

A very important field of ACIR's undertakings was managing the federal aid. The Commission continued its long-standing studies on the federal aid by publishing: *Characteristic of Federal Grant-in-Aid Programs to State and Local Governments: Grants Funded FY 1995* – the source of information about federal grant programs that compiled the types of programs, eligible recipients, formula factors, matching shares, administering agencies and comparisons with previous years; *Federal grant profile, 1995: A Report on ACIR's Federal Grant Fragmentation Index* – that clustered federal programs by

Washington, D.C. 1985; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federal Grants: Their Effects on State-Local Expenditures, Employment Levels, and Wage Rates*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1977; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federal Regulation of State and Local Governments: The Mixed Record of the 1980s*, US Government Printing Office, Washington D.C. 1993; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Federalism and the Academic Community*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1969; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Fiscal balance in the American Federal System*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1967; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, „First Principles” of American Federalism: A Working Paper, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1982; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Improving Federal Grants Management*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1977; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *In Brief – The Intergovernmental Grant System: An Assessment and proposed Policies*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1978; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *In Brief – The Federal Role in the Federal System: The Dynamics of Growth*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1980; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Is Constitutional Reform Necessary to reinvigorate Federalism? A Roundtable Discussion*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1987; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Metropolitan Councils of Government*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1966; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Multistate Regionalism*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1972; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Performance of Urban Functions: Local and Area-wide*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1963; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Regulatory Federalism: Policy, Impact, and Reform*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1984; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *State and Local Roles in the Federal System*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1982; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *State and Local Roles in the Federal System*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1982; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Substate Regionalism and the Federal System*, Vols. 1–6, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1973; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Condition of Contemporary Federalism: Conflicting Theories and Collapsing Constraints*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1980; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Federal Influence on State and Local Roles in the Federal System*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1981; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Federal Role in the Federal Systems: The Dynamics of Growth*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1981; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Future of Federalism in the 1980s*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1981; United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Transformation of American Politics: Implications for Federalism*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1986.

functioning groups and showed which groups consisted of larger number s of smaller programs, compared to other groups with smaller numbers of larger programs; *Block Grants, Federal Aid, and Deficit Reduction* – a quick study aid for persons involved in designing or evaluating block grant and performance partnership proposals, in the light of the effects of the first block grant of 1965²⁰.

Concluding remarks

The Kestenbaum Commission and the U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations played a significant part in the development of American federalism. ACIR balanced public finance by recommending ways to promote intergovernmental fiscal fairness. In September 1995 the Commission published *Significant Features of Fiscal Federalism*. The first volume contained the descriptions of the budget process of the 50 states, and volume two contained intergovernmental revenue and expenditure tables²¹.

It is worth mentioning that ACIR was also an agency that had to deal with promoting democracy abroad. It continued to provide selective briefings for foreign visitors interested in learning about American version of federalism. In 1995, ACIR was providing briefings for visitors from Brazil, Canada, China, South Africa, Japan, and some European countries (including Poland). In addition to preparing and publishing public reports, the Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations organized public hearings, conferences connected with key intergovernmental issues, provided speakers for public academic meetings, and supplied information to individual agencies, public officials and citizens²².

To summarize, the Unites States Advisory Commission on Intergovernmental Relations thanks to its broad representation was able to develop long-term recommendations and analyses that reflected the diversity and similarity of the federal units. The Commission determined its own agenda taking into account the experience of its members, contacts within the federal system as well as suggestions from public officials, the groups of citizens, and current issues in intergovernmental relations. The Commission during

²⁰ See also the grant report of 1977 United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *The Intergovernmental Grant System as Seen by Local, State, and Federal Officials*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1977.

²¹ Compare, e.g., the fiscal report of 1990: United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *Significant Features of Fiscal Federalism*, vol. 2: *Revenues and Expenditures 1990*, US Government Printing Office, Washington, D.C. 1990.

²² United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations, *37-th Annual Report January 1996*, United States Advisory Commission on Intergovernmental Relations Home Page Archive, <http://www.library.unt.edu/gpo/acir/Default.html> (access: 20.04.2019).

the second part of the 20th century played a unique part in monitoring the U.S. federal system as well as in identifying and highlighting emerging issues, and conveying regularly federal, state, and local government officials to consider the means of organizing the system to work better²³.

References

- Jaskiernia J., *Ewolucja percepcji federalizmu w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, Vol. 31.
- Burgess, M., *Comparative Federalism: Theory and Practice*, New York 2006.
- Kincaid J., *The U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations: Unique Artifact of Bygone Era*, „Public Administration Review” March/Apr. 2011, Vol. 71.
- Krajewski P., *Sprawiedliwość i odpowiedzialność międzygrupowa i międzypokoleniowa w ochronie środowiska naturalnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, Vol. 32.
- McDowell B.D., *Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1966: The End of an Era*, „Publius: The Journal of Federalism” 1997, Vol. 27.
- McDowell B.D., *Intergovernmental Relations Then and Now: Is There Still a Role for a National Commission?*, „State and Local Government Review” 2004, Vol. 36, No. 3.
- Sokalska E., *Legal and Political Dimensions of American Federalism: Development and Interpretations*, Wyd. UWM, Olsztyn 2018.
- Wright D.S., *The Advisory Commission on Intergovernmental Relations: Unique Features and Policy Orientation*, „Public Administration Review” 1965, Vol. 25.
- Zębek E., *Legal and organisational solutions of the municipal waste management in chosen countries of EU*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, Vol. 33.

Summary

Kestenbaum Commission and its successors – statutory purposes and activities

Key words: intergovernmental relations, advisory commission, federal agency, state administration, federal administration, natural resources.

With the development of the European Union the studies on federalism have quickened their pace, despite the fact that presumably the European Union is reaching a crisis in the context of „Brexit”, and some voices concerning the unequal treatment of the members. Along with the development of international and supranational organizations it has become an attractive theory. It is analyzed in the context of the challenges of modern ecology, the impact on overcoming the financial crisis in the world. The question of the-

²³ See also the attitude of J. Kincaid, *The U.S. Advisory Commission on Intergovernmental...*, pp. 181–189.

effects of federalism on the development of democracy and the protection of human rights are raised.

The purpose of the article is the identification of the activities of the Kestenbaum Commission established in 1953 and the U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations established in 1959. They both played a significant part in the development of American federalism. ACIR thanks to its broad representation was able to develop long-term recommendations and analyses that reflected the diversity and similarity of the federal units. The Commission determined its own agenda taking into account the experience of its members, contacts within the federal system as well as suggestions from public officials, the groups of citizens, and current issues in intergovernmental relations. The Commission during the second part of the 20th century played a unique part in monitoring the U.S. federal system as well as in identifying and highlighting emerging issues, and conveying regularly federal, state, and local government officials to consider the means of organizing the system work better.

Streszczenie

Komisja Kestenbauma i jej sukcesorzy – zadania statutowe i działalność

Słowa kluczowe: stosunki międzyrządowe, komisja doradcza, agencja federalna, administracja stanowa, administracja federalna, bogactwa naturalne.

Studia nad federalizmem przybrały na kontynencie europejskim szybsze tempo wraz z rozwojem Unii Europejskiej, która zdaje się obecnie przechodzić kryzys w kontekście brexitu i głosów państw członkowskich o nierównym traktowaniu. Federalizm stał się również atrakcyjną teorią w związku z rozwojem innych organizacji międzynarodowych oraz ponadnarodowych. Analizowane jest jego znaczenie dla wyzwań współczesnej ekologii, wpływu na przezwycięzenie kryzysu finansowego na świecie. Podejmowana jest jednocześnie kwestia, jakie są skutki federalizmu dla rozwoju demokracji i ochrony praw człowieka.

Celem artykułu jest identyfikacja działań utworzonej w 1953 r. Komisji Kestenbauma (The Commission on Intergovernmental Relations) oraz Amerykańskiej Komisji Doradczej ds. Stosunków Międzyrządowych (The U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations), która powstała w 1959 r. Organa te odegrały znaczącą rolę w rozwoju amerykańskiego federalizmu. ACIR dzięki szerokiej reprezentacji był w stanie opracować długoterminowe rekomendacje i analizy odzwierciedlające różnorodność i uwzględniające podobieństwa poszczególnych stanów. Komisja nakreśliła swój własny

program, biorąc pod uwagę doświadczenia swoich członków, kontakty w systemie federalnym, a także sugestie urzędników publicznych, grup obywateli i bieżące problemy w stosunkach międzyrządowych. ACIR w drugiej połowie XX w. odegrał wyjątkową rolę w monitorowaniu amerykańskiego systemu federalnego, a także w identyfikowaniu pojawiających się problemów oraz regularnym przekazywaniu informacji na poziomie federalnym i stanowym w celu rozważenia modyfikacji organizacji systemu federalnego i zwiększenia jego efektywność.

Olha Zyhrii

Ternopil National Economic University, Ukraine

ORCID: 0000-0001-7092-5306

Organisational and legal mechanism of land reform completion in Ukraine

Formulation of the problem

During the years of independence, new land relations were established in Ukraine, characterized by a new legislative and regulatory framework, a variety of land ownership forms, the creation of a market-oriented system of state land cadastre, and so on. Positive trends in land conversion during this period did not become a prerequisite for the formation of high-yield land use. On the contrary, there are negative consequences of ill-considered land policy, which manifested itself in organizational disorder in the state bodies for managing land resources and land use. Further elaboration requires a legislative and regulatory framework, a coherent land policy and effective state regulation of land issues. The legislative framework has become extremely politicized, the legislative process is imbalanced, and the ways of passing land to the hands of efficient users are almost blocked. The imperfect state regulation of land relations is still felt in society. The lack of reform further exacerbates the natural resource problems of ensuring the sustainable development of the state and its regions. The legal framework in the field of legal regulation of land relations is manifested as an uncoordinated array of legal acts, above all by-laws, which are unrelated and create preconditions for numerous conflicts¹. All of this has become a reason for the study of this topic, since the importance of this issue in Ukraine is quite high, which determines the relevance.

¹ T. Titarenko, *Formation and realization of state policy of regulation of land relations in Ukraine*, Czernihiv 2016, p. 252 [in Ukrainian].

Analysis of recent research and publications

In recent years, Ukrainian scholars and practitioners have made significant contributions to the study and research of the land market. Theoretical and methodological aspects of the rational use and protection of land resources in Ukraine have been the subject of research by many scientists, in particular: V. Druhak, V. Horlachuk, O. Kanash, V. Kirsanov, A. Martin, M. Laveikin, L. Novakovskiyi, A. Tretiak, M. Stupen A. Sohnych and others.

Problems of legal regulation in the land industry were investigated in the works of D.I. Babmindra, I. Yu. Banashko, E. Halinovskaia, Yu. H. Hut-sulyak, O.S Dorosh, P.F Kulinich, A.M Miroshnichenko, A.V Ursu and others. However, various aspects of these issues require deeper study and research. This is, first of all, due to the fighting in eastern Ukraine, the economic crisis in the country, the lack of an organizational and legal strategy for overcoming the crisis phenomena and the lack of scientific and methodological research into the above-listed problems. All of this significantly hinders the process of opening up the land market and requires further thorough research.

Formulating the aims of the article

The tasks are to study in depth a number of contemporary issues in the legal regulation of land relations, particularly those concerning the opening of the land market, as well as to develop proposals for their resolution.

Outline of the main research material

The main national wealth of Ukraine is land as a natural resource. This is stated in the Constitution of Ukraine and it is quite natural that all lands of Ukraine are under the special protection of the state². Ukraine has unique land use potential and therefore requires rational, economical, efficient and environmentally friendly use and proper protection. Ukraine is one of the largest European states and accounts for six percent of Europe's territory. Agricultural land accounts for about 19 percent of all European land³. The most fertile soils of Ukraine are black soil. Their area is estimated at be-

² Constitution of Ukraine 28.06.1996, № 254k/96, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254k/96> [in Ukrainian].

³ R. Brukhanskyi, P. Putsenteilo, O. Zyhrii, *Accounting-analytical and organizational-legal support of the activity of enterprises in the conditions of institutional transformations*, Ternopil 2017, p. 150 [in Ukrainian].

tween 15.6 and 17.4 million hectares⁴. 2/3 of the total area of agricultural land is black soil, which is the best in terms of natural fertility, accounting for 8.7% of all black earth in the world⁵.

At present, there is a negative situation in Ukraine regarding the deterioration of the soil quality, which involves a decrease in humus supply and nutrient content. In addition, processes of soil salinization, erosion and acidification are also causing degradation and desertification of the soil cover. The whole territory of Ukraine has extremely high indicators of agricultural development, which exceed ecologically sound limits. Land leases (shares) are treated as single arrays. There are no land boundaries, and there are no field paths for access to specific land plots.

The Land Fund of Ukraine lacks adequate measures to protect and restore as a productive resource such an important component of the environment which, in turn, has led to the progressive degradation of land. It should be noted that since the beginning of the land reform, there have been significant changes in the structure of the land fund of Ukraine by major types of land and by major land users and landowners. Agricultural land decreased from 42.0 million hectares in 1990 to 41.5 million hectares as of 01.01.2018, i.e. by 518.6 thousand hectares⁶. Another source reports that over the past year, the decrease was by 5,100 hectares and amounted to 42,726.4 thousand hectares from 42,731.5 thousand hectares⁷.

Citizens of Ukraine, according to the Constitution of Ukraine, are the owners of national wealth and should consider the right to land and its natural resources from both legal and economic perspectives. As a co-owner of the major national wealth, at the same time, it can be a member of a territorial community, and a consumer of products and products, environment and space. At the same time, a citizen can be a real owner, entrepreneur, worker and owner of a particular land plot and the natural resources available to it⁸.

The Constitution of Ukraine states that the path to achieving the well-being of Ukrainians must be through a comprehensive settlement of all constituent relations of law with respect to basic national wealth⁹. The basis

⁴ L. Novakovsryj, *National report on the completion of land reform*, Kyiv 2015, p. 48 [in Ukrainian].

⁵ R. Brukhanskyi, P. Putsenteilo, O. Zyhrii, op. cit., p. 150.

⁶ P. Kulynycz, *Legal problems of the protection and use of agricultural land in Ukraine*, Kyiv 2011, p. 28 [in Ukrainian].

⁷ Infographics: Changes in the structure of the land fund of Ukraine for 2015, <http://land.gov.ua/infografika-zminy-v-strukturi-zemelnoho-fondu-ukrainy-za-2015-rik/> [in Ukrainian]; O. Zyhrii, *Organizational and legal aspects of land use and protection*, „Actual Problems of Law” 2017, No. 5(9), p. 70–74, <http://www.tneu.edu.ua/uf/scientific-journal-uf/> [in Ukrainian].

⁸ O. Zyhrii, *Organizational and legal aspect of land use and protection*, „Actual Problems of Law” 2017, No. 5(9), p. 70–74, <http://www.tneu.edu.ua/uf/scientific-journal-uf/> [in Ukrainian].

⁹ Constitution of Ukraine 28.06.1996 p. № 254k/96, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-> [in Ukrainian].

must always be a citizen of Ukraine with its national wealth – the land and its natural resources. The main functions of these two reciprocal constituents of statehood must relate exclusively to nation-states and cannot be delegated or „decentralized” to anyone. Instead, functions of national importance should be strengthened, especially with regard to guaranteeing the legal rights of all citizens, including land and its natural resources as an object of the property of the Ukrainian people¹⁰.

Thus, land in Ukraine is a major agricultural product and continues to be used with low returns. Legally, economically and infrastructurally, the market circulation of agricultural land has not yet been prepared. At the same time, the issue of lifting the moratorium on the alienation of agricultural land and the formation of the land market is the main, most debated and politicized issue of state land policy in Ukraine. During the 18 years of Ukraine’s moratorium on the sale of agricultural land, a number of unresolved issues remained, which led to the accumulation of a considerable number of problems in the country’s agriculture. These include:

- the impossibility of applying the latest technologies and improving the technological conditions of agricultural land use due to their irrational land tenure;
- the reduction of land plots of owners into arrays of farms renting land plots to citizens of Ukraine;
- the concentration of a large part of the agricultural land owned by the least economically active part of the rural population (pensioners and the elderly), who do not have the proper professional knowledge and are deprived of the opportunity to engage in soil cultivation;
- slowing the processes of creation of market-type farms, which dramatically reduces the competitiveness of agriculture in Ukraine on world markets;
- reduction of the investment climate of the agricultural sector of the economy, which is associated with increased risk of investment due to the inability of mortgage lending to agriculture secured by land, etc.

Professor A.M. Tretiak notes that land is a special resource that requires the formation of special economic, environmental and legal relations of property rights in the organization of its use¹¹.

The common scientific consensus is that the land serves five aspects:

First, land is the territory of the country, the main state-forming component (national security);

Secondly, land acts as a universal spatial basis, supported by the relationship between land categories and land use types (spatial security);

¹⁰ O. Kovaliv, *Land Reform in Ukraine: A New Paradigm*, Kyiv 2016, p. 324 [in Ukrainian].

¹¹ A. Tretiak, B. Tretiak, N. Tretiak, *Land reform in Ukraine: trends and consequences in the context of quality of life and safety of the population*, Cherson 2017, p. 522 [in Ukrainian].

Third, land is the main means of production in agriculture and forestry (food security);

Fourth, land is a major component of nature (environmental safety);

and, finally, land is a storehouse of water, minerals, forests and recreational and other resources (economic security)¹².

Considering that land is a resource that requires the use of certain technological equipment, land, as an object of life security of each person, requires constant protection and people need a special approach to land management and land use, which are components of the regulation of land relations and administration of land use. According to Professor A.M. Tretiak, a systematic (holistic) approach to the problems of national land use is needed¹³.

Agricultural lands occupy a central place in the land of Ukraine and cover areas of the most valuable soils, and serve as the basis of the food security of the state. They are characterised by unique natural resources, the foundation of the economic development of the state and the material well-being of the Ukrainian people¹⁴.

Agricultural land, according to the Land Code of Ukraine, is an independent category of land within the land fund of Ukraine. This includes land granted for agricultural production, agricultural research and training activities, the placement of appropriate production infrastructure, including infrastructure or intended for the wholesale markets of agricultural products¹⁵.

Agricultural land includes land used as a primary means of agricultural production:

1) arable land is land that is regularly tilled in order to create agrotechnical conditions for growing crops on them;

2) land under perennial plantations, by which they mean agricultural land with tree- or shrub-type fruit plantations which bear fruit over a long period;

3) hayfields are agricultural land on which the herbaceous vegetation used for livestock breeding is grown;

4) pastures – agricultural land where grasslands are used for grazing;

5) fallow lands are agricultural lands (mostly arable land) that are temporarily withdrawn from active agricultural tillage (ploughing) for the natural restoration of soil fertility¹⁶.

It should be noted that the legal regime of agricultural land is aimed at addressing two aspects:

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Land Law of Ukraine: Theory and Practice, 2011, No. 1 [in Ukrainian].

¹⁵ Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. Land Code of Ukraine, 2002, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2768-14/page> [in Ukrainian].

¹⁶ Ibidem.

- qualitative – ensuring the fertility of land using environmental measures;
- quantitative – ensuring the preservation of the quantity of these lands, preventing the reduction of the area of agricultural lands by establishing imperative prescriptions for the order of their use, transfer to non-agricultural lands, etc.¹⁷.

Considering the specific nature of agricultural land, the law establishes the subjective rights and obligations of landowners. However, some of them need to be adjusted in order to protect and specify the rights of individuals and to ensure the rational use of land¹⁸.

Another danger is low rent, inefficient use of land and a large number of agricultural enterprises of different forms of ownership that use agricultural land irrationally. Their main purpose is their own enrichment while neglecting technological standards of agricultural production¹⁹. It is believed that land, as a major factor in production in Ukraine, is undervalued, as producers use it virtually for nothing.

Equally important is the design of leased land contracts. According to the current legislation of Ukraine, land units can be issued for rent for up to 50 years or through emphyseus. Such norms have been in force for more than 10 years, however, the activation of the lease agreement for 50 years and the emphyteus took place in 2016–2018. By the end of 2016, around 14,000 leases of land with a total area of 65 thousand hectares were concluded with the help of the emphyteus, which is 80% more than in the previous year²⁰. In Ukraine, cases of concluding emphyseus contracts have even been recorded for 100 years. However, as of 2019, the right to use another's agricultural land is limited to 50 years. However, the contracts of emphyteus concluded before the new legislation comes into force will be valid and the legislator sees no need to amend them, and their term is determined by the terms of the contract itself. Thus, the limitation of the period of validity of the emphyteus of private land plots extends to contracts concluded from 01.01.19²¹.

The situation on the land market of Ukraine testifies to the intensification of corruption schemes. This is due to the increasing poverty of the rural

¹⁷ M. Szulha, A. Getman, A. Stasivka, *Legal regulation of environmental, agrarian and land relations in Ukraine: current state and directions of improvement*, Charkiv 2012, 280 [in Ukrainian].

¹⁸ R. Brukhanskyi, P. Putsenteilo, O. Zyhrii O., *Accounting-analytical and organizational-legal support of the activity of enterprises in the conditions of institutional transformations*, Ternopil 2017, p. 150 [in Ukrainian].

¹⁹ O. Zyhrii, *Some Questions about Impact of Moratorium on Formation and Development of Land Market in Ukraine*, „Economics and Society” 2017, No. 8, <http://economyandsociety.in.ua> [in Ukrainian].

²⁰ The shadow market for agricultural land will amount to UAH 10 billion as of December 20, 2016, <http://AgroPortal.ua> [in Ukrainian].

²¹ https://uteka.ua/ua/publication/news-14-novosti-zakonodatelstva-1-izmeneniya-2019-kollektivnaya-sobstvennost-ispolzovanie-paev-i-obmen-zemelnymi-uchastkami_

population and the decline of rural infrastructure²². Due to such shadow or questionable land purchase and sale schemes, in the next 5–7 years, they can change up to 80% of the ownership of Ukrainian lands through an emphyteusis or a 50-year lease²³. The Ukrainian government says that the state land is much smaller than it was announced before, and the moratorium on its sale is the best form of theft²⁴.

Conclusions from this research

While researching and analysing the system of Ukrainian legislative regulation of land relations, it should be noted that the issue of the circulation of land parcels of owners of land shares (units), involving the process of transfer of ownership of land from one entity to another, is quite important. The situation on the Ukrainian land market is determined by the policy pursued by the state in the field of land relations through the legislative consolidation of the right to obtain private ownership of land through civil legal agreements. Previous studies have mentioned that the main type of land sales in Ukraine are auctions, which are considered to be a fairly transparent and effective pricing mechanism. However, coupled with the high demand for land, auction experience has shown that buyers have made bids far higher than the real economic value of the land itself due to pressure from other bidders²⁵.

In September 2019, the Cabinet of Ministers of Ukraine approved a bill on the circulation of agricultural land and announced that on October 1, 2020, the land market would become operational. In order to determine the economic, political and legal aspects of the land market, it is necessary to understand that agricultural land use and rights include all activities involving its lease, sublease, sale, exchange, inheritance, temporary use related with the right management and sharing²⁶. Professor A.M. Tretiak in his monograph states that the turnover of agricultural land and rights to them should:

– rely on clearly formulated legislation, by-laws, availability of appropriate market infrastructure determined by institutional support;

²² O. Zyhrii, *Some Questions about Impact of Moratorium on Formation and Development of Land Market in Ukraine*, „Economics and Society” 2017, No. 8, <http://economyandsociety.in.ua> [in Ukrainian].

²³ Ibidem.

²⁴ Ukrinform, <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/2822844-u-zelenskogo-zaavlauto-so-moratorij-najkrasa-forma-rozkradanna-zemli.html> (available 27.11.2019) [in Ukrainian].

²⁵ Ibidem.

²⁶ A.Tretiak, B.Tretiak, N. Tretiak, *Land reform in Ukraine : trends and consequences in the context of quality of life and safety of the population*, Cherson 2017, p. 522 [in Ukrainian].

- reflect historical, environmental, economic, psychological and other conditions and regional characteristics;

- be formed or constructed to serve a function²⁷.

The approval and practical implementation of the Law of Ukraine „On the circulation of agricultural land”²⁸ will have certain socio-economic consequences:

- the full rights of citizens of Ukraine to private ownership of agricultural land;
- objective market value for agricultural land in the process of economic circulation and an increase in land capitalization;
- investment attractiveness of the agricultural sector;
- ensuring transparency of land operations;
- an increase in the economic well-being of the population, the creation of a strong economically active middle class in the countryside;
- a gradual return to state ownership of lands that do not have effective owners.

References

- Brukhanskyi R., Putsenteilo P., Zyhrii O., *Accounting-analytical and organizational-legal support of the activity of enterprises in the conditions of institutional transformations*, Ternopil 2017 [in Ukrainian].
- Infographics: Changes in the structure of the land fund of Ukraine for 2015, <http://land.gov.ua/infohrafika-zminy-v-strukturi-zemelnoho-fondu-ukrainy-za-2015-rik/> [in Ukrainian].
- Kabinet Ministriv Ukrainy, *Law of Ukraine „On Amendments to Section X»Transitional Provisions« of the Land Code of Ukraine on the Extension of the Prohibition of Alienation of Agricultural Land”*, 2016, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1669-19> [in Ukrainian].
- Kovaliv O., *Land Reform in Ukraine: A New Paradigm*, Kyiv 2016 [in Ukrainian].
- Kulynycz P., *Legal problems of protection and use of agricultural land in Ukraine*, Kyiv 2011 [in Ukrainian].
- Land Law of Ukraine: Theory and Practice, 2011, No. 1 [in Ukrainian].
- Novakovsryj L., *National report on the completion of land reform*, Kyiv 2015 [in Ukrainian].
- Tretiak A., Tretiak B., Tretiak N., *Land reform in Ukraine: trends and consequences in the context of quality of life and safety of the population*, Cherson 2017 [in Ukrainian].
- Zyhrii O., Kovalchuk Yu., *Legal Basis of Land Market Regulation in Modern Ukraine*, „Eurasian Academic Research Journal” 2018, No. 2(20).
- Zyhrii O., *Organizational and legal aspects of land use and protection*, „Actual Problems of Law” 2017, No. 5(9), <http://www.tneu.edu.ua/uf/scientific-journal-uf/> [in Ukrainian].

²⁷ Ibidem.

²⁸ Kabinet Ministriv Ukrainy, *Law of Ukraine „On Amendments to Section X»Transitional Provisions« of the Land Code of Ukraine on the Extension of the Prohibition of Alienation of Agricultural Land”*, 2016, <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1669-19> [in Ukrainian].

Zyhrii, O., *Some Questions about Impact of Moratorium on Formation and Development of Land Market in Ukraine*, „Economics and Society” 2017, No. 8, <http://economy-and-society.in.ua> [in Ukrainian].

Summary

Organisational and legal mechanism of land reform completion in Ukraine

Key words: law regulations, land relationships, moratorium, land market.

This article addresses problematic issues of agricultural reform in Ukraine. Following completion of the reform, new land relationships emerged characterised by a new legislative and regulatory framework, various forms of land ownership and the establishment of the state cadastre market system, etc. However, in recent years, negative consequences of political actions have occurred, which are manifested by organisational issues in state bodies as regards resource management and land use. The legislative work carried out in recent years should have been aimed at the conclusion of the agricultural reform, and not vice-versa. The current moratorium on the sale of agricultural land has deprived landowners of the right to freely dispose of their land. At the state level, the number of parcels is decreasing and concentrated in the hands of oligarchs, which has led to a growing corruption problem. The aim of this article is analysis of a number of contemporary issues in the legal regulation of land relations, particularly those concerning the opening of the land market, as well as to develop proposals for their resolution.

The article discusses the organisational and legal mechanism of agricultural reform completion in Ukraine. It analyses the legal framework and proposes changes in legislative and regulatory sources in order to balance the legislative process and to identify promising ways of transferring land to efficient land users.

Streszczenie

Mechanizm organizacyjno-prawny do zakończenia reformy gruntowej na Ukrainie

Słowa kluczowe: regulacje prawne, ziemia, relacje gruntów, moratorium, rynek gruntów.

Artykuł dotyczy problematycznych kwestii reformy rolnej na Ukrainie. W tym czasie powstały nowe stosunki gruntów charakteryzujące się nowymi ramami legislacyjnymi i regulacyjnymi, różnorodnymi formami własności gruntów, stworzeniem rynkowego systemu państwowego katastru gruntów itp. Jednak w ostatnich latach wystąpiły negatywne konsekwencje działań politycznych, które objawiły się zaburzeniami organizacyjnymi w organach państwowych w zakresie zarządzania zasobami i użytkowaniem gruntów. Prace legislacyjne ostatnich lat powinny zakończyć reformę rolną, a nie odwrotnie. Obecne moratorium na sprzedaż gruntów rolnych pozbawiło właścicieli ich gruntów swobodnego rozporządzania nimi. Na szczeblu państwowym liczba działek maleje i koncentruje się w rękach oligarchów, co prowadzi do kwitnącego programu korupcji. Celem tego artykułu jest analiza szeregu współczesnych zagadnień związanych z regulacją prawną stosunków gruntów, w szczególności dotyczących otwarcia rynku gruntów, a także opracowanie propozycji ich rozwiązania.

Omówiono także organizacyjny i prawny mechanizm zakończenia reformy rolnej na Ukrainie. Przeprowadzono analizę ram prawnych i proponowanych zmiany w źródłach legislacyjnych i regulacyjnych w celu zrównoważenia procesu legislacyjnego i określenia obiecujących sposobów przekazania gruntów w ręce wydajnych użytkowników gruntów.