

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

Studia **P**rawnoustrojowe

51

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Jarosław Dobkowski (redaktor naczelny)

Jerzy Kasprzak, Elżbieta Zębek (zastępcy)

Justyna Krzywkowska (sekretarz)

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

RADA NAUKOWA

Serhiy Banakh, Jaime Bonet Navarro, Janina Ciechanowicz-McLean,

Gaetano Dammacco, Burduli Irakli, Stanisław Jałyszew, Mariola Lemonnier,

Dorota Lis-Staranowicz, Maria 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

REDAKCJA WYDAWNICZA

Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE

Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji UWM

10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98

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

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2021

Wydawnictwo UWM

ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn

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

www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/

e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Spis treści

ARTYKUŁY

Anna Franusz , <i>Arbitraż sporów rodzinnych</i>	5
Rafał Kania , <i>Polityczne uwarunkowania współczesnego systemu ochrony prawnej dziedzictwa kulturalnego w Polsce – wybrane zagadnienia</i>	19
Jerzy Kasprzak, Władimir Jusupow, Hans Gross – postać znana i nieznana	39
Marcin Kazimierczuk , <i>Wsparcie inwestycji przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020 (rozwiązania prawne i praktyka)</i>	57
Jan Kluza , <i>Zmiany w Kodeksie postępowania karnego na podstawie „ustaw covidowych”</i>	73
Anita Kubanek , <i>Urządzanie nielegalnych gier losowych w mediach społecznościowych przez przedsiębiorców</i>	87
Danuta Kurzyna-Chmiel , <i>The Legal and Organizational Framework of Preschool Education in Poland</i>	109
Anna Nowakowska , <i>Rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia roszczenia z art. 299 § 1 Kodeksu spółek handlowych w kontekście zachowania przez wierzyciela należytej staranności w dochodzeniu roszczeń</i>	123
Bogna Przybyszewska-Szter , <i>Separacja i rozwód (podobieństwa i różnice)</i>	137
Przemysław Siwior , <i>Prawa człowieka a zmiany klimatu – perspektywa Organizacji Narodów Zjednoczonych</i>	147
Tetyana Subina, Janusz Orłowski , <i>Правила налогообложения в украинском законодательстве</i>	161
Asayonak Barys Valer'evich, Cheshka Uladzimir Yur'evich , <i>Криміналістичне забезпечення діяльності органу дознання</i>	179
Janusz Wiśniewski , <i>Kilka refleksji w kwestii prawa pracodawcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej</i>	191
Krystyna Ziółkowska , <i>Ochrona pracy dzieci i młodocianych na polskim rynku pracy</i>	201

GLOSZY

Rafał Mizerski , <i>Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28 sierpnia 2018 r. w sprawie Savva Terentyev p. Rosji (10692/09)</i>	215
Karol Smoter , <i>Glosa aprobowana do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 czerwca 2018 r. w sprawach II FSK 1525/16 i II FSK 1526/16</i>	227

Anna Franusz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7464-7830

anna.franusz@uwm.edu.pl

Arbitraż sporów rodzinnych

Uwagi wprowadzające

Rosnąca popularność sądownictwa polubownego (arbitrażu)¹ czyni zasadnym postawienie pytania o dopuszczalność wykorzystania tej alternatywnej, względem sądów państwowych, formy rozstrzygania sporów w sprawach rodzinnych. Należy odnotować, że dotychczas problematyka zdatności arbitrażowej sporów o charakterze rodzinnym nie stanowiła przedmiotu wnikliwych dociekań przedstawicieli doktryny. Większość rozważań naukowych w przedmiocie dopuszczalności wykorzystania sądownictwa polubownego w konkretnych rodzajach spraw koncentruje się przeważnie wokół zdatności arbitrażowej sporów wynikłych ze stosunków handlowych, co należy tłumaczyć faktem, że w Polsce arbitraż znajduje zasadniczo zastosowanie wyłącznie w sporach gospodarczych.

Kwestia dopuszczalności poddania pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych sporów ze stosunków rodzinnych wydaje się być zagadnieniem tak samo interesującym, co kontrowersyjnym. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy przede wszystkim upatrywać, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu, w treści art. 1157 k.p.c.² – przepisu regulującego kryterium dopuszczalności poddania danego sporu pod arbitraż. Ponadto nie można nie dostrzec, że pewne wątpliwości w zakresie wykorzystania sądownictwa polubownego w interesujących nas sprawach wynikają także z samej specyfiki arbitrażu. Mając bowiem na względzie okoliczność, że chodzi o jakże delikatne w swej naturze spory (w których, jak wiadomo, wiodącą rolę przypisuje się zwłaszcza regule dobra dziecka), koncepcja dopuszczalności rozwiązania ich w drodze postępo-

¹ Art. 1154–1217 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1460 z późn. zm.), dalej jako k.p.c.

² Szerzej na temat zdatności arbitrażowej sporów: A. Franusz, *Zdatność arbitrażowa sporów w świetle art. 1157 KPC*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 3, s. 5–14.

wania przed sądem polubownym *prima facie* budzi istotne zastrzeżenia. Wyrażone powyżej wątpliwości w żadnej mierze nie uzasadniają jednak przyjęcia tezy, która *a priori* zakłada, że w świetle polskiego prawa zachodzi całkowity brak zdatności arbitrażowej sporów rodzinnych.

Pojęcie zdatności arbitrażowej sporów – uwagi ogólne

Nie ulega wątpliwości, że nie wszystkie spory mogą zostać objęte zapisem na sąd polubowny (umową arbitrażową). Sądy arbitrażowe nie należą do organów będących częścią państwowego systemu wymiaru sprawiedliwości (są to bowiem tzw. sądy prywatne), stąd – z przyczyn oczywistych – rozpoznanie pewnej kategorii spraw należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych. Wyrazem utrzymania przez ustawodawcę monopolu sądownictwa państwowego w zakresie rozstrzygania określonych rodzajów sporów jest przede wszystkim treść art. 1157 k.p.c. Przepis ten w sposób wyłączny reguluje kwestię zdatności arbitrażowej sporów, określając tym samym cechy sporów, kwalifikujących się pod względem przedmiotowym do rozstrzygnięcia przez sąd polubowny. W świetle powołanej normy, „jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego: 1) spory o prawa majątkowe, z wyjątkiem spraw o alimenty; 2) spory o prawa niemajątkowe, jeżeli mogą one być przedmiotem ugody sądowej”³.

Warto dodać, że powyższy przepis (w cytowanym brzmieniu) został wprowadzony dopiero w 2019 r.⁴, kończąc wieloletni spór w kwestii tego, które ze sporów (czy jedynie niemajątkowe, czy zarówno niemajątkowe, jak i majątkowe) musiały być zdatne ugodowo, aby można było je poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego⁵. Aktualnie jeśli przepis szczególny nie stanowi inaczej⁶, wszystkie spory majątkowe są zdatne arbitrażowo (oprócz sporów o alimenty). Z kolei zdatność arbitrażowa spraw o niemajątkowej naturze została oparta na koncepcji zdatności ugodowej konkretnego sporu. Prawodawca bowiem wyraźnie uzależnił możliwość poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego od uprzedniej hipotetycznej możliwości zawarcia w jego przedmiocie

³ Szerzej o dopuszczalności zawarcia ugody sądowej: A. Franusz, *Charakter prawny ugody sądowej oraz skutki prawne jej zawarcia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 248 i nast.

⁴ Ustawa z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1495).

⁵ W pierwotnym brzmieniu (przyjętym nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 28 lipca 2005 r., Dz.U. z 2005 r., Nr 178, poz. 1478) kwestia zdatności arbitrażowej, będąca przedmiotem regulacji art. 1157 k.p.c., kształtowała się następująco: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty”.

⁶ Np. zgodnie z art. 477¹² k.p.c., spory z zakresu ubezpieczeń społecznych, pomimo ich majątkowego charakteru, nie mogą być poddane pod rozstrzygnięcie sądu polubownego.

ugody sądowej. Tym samym teoretyczna (hipotetyczna)⁷ dopuszczalność „ugodzenia” sporu wynikłego z określonego stosunku prawnego lub prawa o niemajątkowym charakterze przed sądem powszechnym określa zarazem przedmiotowe granice zastosowania arbitrażu.

Zdatność arbitrażowa sporów z zakresu wybranych rodzinnych praw majątkowych

Prawa rodzinne, zaliczane do praw podmiotowych, przysługują wyłącznie osobom fizycznym i wynikają ze stosunków rodzinnych (małżeństwa, pokrewieństwa, powinowactwa) oraz ze stosunków ukształtowanych na podobieństwo rodzinnych (opieka i kuratela)⁸. Koncentrując się na problematyce zdatności arbitrażowej sporów ze stosunku rodzinnych, warto jeszcze raz odnieść się do ugruntowanego w prawie cywilnym materialnym – dychotomicznego podziału praw podmiotowych na majątkowe i niemajątkowe. Ów podział, jak wskazano, znalazł także zastosowanie w art. 1157 k.p.c.

Z punktu widzenia prowadzonych rozważań, spośród rodzinnych praw majątkowych szczególną rolę pełnią: prawa wynikające ze stosunku małżeńskiej wspólności majątkowej, w tym ustawowej i umownej (art. 31–46 i 48 k.r.o.⁹), oraz prawo do świadczeń alimentacyjnych (art. 128 i n. k.r.o.)¹⁰.

Rodzinne prawa majątkowe pod względem natury zbliżone są do innych praw majątkowych wynikających ze stosunków cywilnoprawnych. Ich wyjątkowość, w porównaniu z pozostałymi prawami majątkowymi, jest rezultatem doniosłej funkcji społecznej, jaką bez wątpienia przyszło im pełnić¹¹. Względem pozostałych stosunków zobowiązaniowych, rodzinne prawa majątkowe wyróżnia brak ukierunkowania wyłącznie na cele ekonomiczne. Wprawdzie ich przedmiotem jest świadczenie majątkowe, jednak istota tychże praw nie sprowadza się do zaspokojenia interesu majątkowego uprawnionego, lecz do uczynienia zadość potrzebom rodziny i do wykonywania obowiązków względem jej członków¹². Kolejnym wyróżnikiem majątkowych stosunków rodzinnych jest, zdaniem przedstawicieli doktryny, ograniczenie obowiązywania na ich grun-

⁷ Ocena zdatności ugodowej (arbitrażowej) sporu przebiega niezależnie od konkretnych okoliczności i uwarunkowań prawnych, dopuszczających zawarcie ugody o konkretnej treści. Tak SN w uchwale z 23 września 2010 r., sygn. akt III CZP 57/10, OSNC 2011, nr 2, poz. 14.

⁸ Tak M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom I*, Warszawa 2007, s. 721.

⁹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2086 z późn. zm.), dalej jako k.r.o.

¹⁰ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 47.

¹¹ Ibidem, s. 46.

¹² Ibidem.

cie zasady autonomii woli, co znajduje swoje uzasadnienie w specyfice i osobistym charakterze relacji rodzinnych¹³.

Spory ze stosunku alimentacyjnego zostały (jako jedyne) *expressis verbis* wyłączone przez ustawodawcę mocą przepisu art. 1157 k.p.c. z zakresu spraw zdatnych arbitrażowo. Zabieg ten wydaje się podkreślać szczególną rolę obowiązku alimentacyjnego z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania rodziny.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, interesujące nas wyłączenie obejmuje wszelkie spory dotyczące m.in.: ustalenia prawa o alimenty, spory o zapłatę zaległych rat alimentacyjnych oraz o podwyższenie albo o obniżenie alimentów, a także o ustalenie nieistnienia obowiązku alimentacyjnego¹⁴. Podkreślić należy, że na niedopuszczalność poddania omawianych sporów pod arbitraż bez wpływu pozostaje źródło obowiązku alimentacyjnego.

Z uwagi na doniosłe społeczne funkcje, jakie pełni, stosunek alimentacyjny, pomimo majątkowego charakteru (kwestia ta uchodzi jednak w doktrynie za sporną¹⁵), co przemawiałoby za przyznaniem mu zdatności arbitrażowej, został wyłączony spod kognicji sądów polubownych. Przyczyn opisanego stanu rzeczy jest wiele. Przede wszystkim źródłem obowiązku alimentacyjnego nie może być umowa, gdyż powstaje on *ex lege*¹⁶, zaś przepisy regulujące jego kształt mają charakter norm bezwzględnie obowiązujących. Obowiązek alimentacyjny jest niezależny od woli oraz subiektywnego nastawienia osoby zobowiązanej. Znaczenie dostarczenia środków utrzymania osobie pozostającej w stosunkach rodzinnych znacząco wykracza poza interes prywatny członków rodziny, stąd roszczenia alimentacyjne podlegają szczególnej, wieloaspektowej ochronie¹⁷. Zakaz objęcia sporów alimentacyjnych zapisem na sąd polubowny wynika – jak wydaje się – z niemożności synergicznego połączenia specyfiki omawianych roszczeń z niemniej specyficzna formą rozstrzygania sporów, jaką jest arbitraż¹⁸. O słuszności regulacji zakazującej poddawania tychże spraw pod orzeczenie sądu polubownego świadczyć mogą choćby trzy

¹³ Szerzej na temat aksjologicznych podstaw ograniczenia zasady autonomii woli na gruncie stosunków rodzinnych: M. Goettel, *Umowy w prawie rodzinnym – zarys koncepcji*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 1, Warszawa 2008, s. 301.

¹⁴ Tak K. Weitz, [w:] T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, s. 682.

¹⁵ O spornej naturze prawa do alimentów por. szerzej: J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 362.

¹⁶ Por. M. Goettel, [w:] M. Goettel (red.), *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, Kraków 2006, s. 470.

¹⁷ Tak SN w postanowieniu z 30 listopada 1978 r., sygn. akt III CRN 228/78, Lex nr 8153.

¹⁸ Sytuację tę obrazowo ujął M. Tomaszewski konstatując, że „dopuszczenie w tym zakresie [w zakresie alimentów – przyp. autorki] arbitrażu może być niebezpieczne, chodzi bowiem o środki do życia”. M. Tomaszewski, *W poszukiwaniu skutecznej klauzuli arbitrażowej dla sporów korporacyjnych*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2010, nr 2(14), s. 3.

zaprezentowane poniżej powody (co zrozumiałe, jest ich więcej). Po pierwsze, obowiązek stosowania prawa materialnego w postępowaniu przed sądem polubownym może wynikać jedynie z zapisu na sąd polubowny, tymczasem, jak wspomniano, stosunek alimentacyjny uregulowany jest głównie przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Po drugie, brak podstaw do należytej merytorycznej oceny wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy, uniemożliwia – w sprawie tak doniosłej społecznie – gruntowne zweryfikowanie poprawności przeprowadzonych ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy oraz ocenę sposobu zastosowania wiążących przepisów prawa. Po trzecie, sąd polubowny – w przeciwieństwie do sądu państwowego – nie dysponuje możliwością nadania wyrokowi zasadzającemu alimenty rygoru natychmiastowej wykonalności. Wykonalność orzeczenia arbitrażowego stwierdza się we właściwym postępowaniu przed sądem państwowym. Ów specjalny tryb wydłuża oczekiwanie na przyznane środki pieniężne, od których niejednokrotnie zależy czyjś byt. Nadto warto wspomnieć o przewidzianych w przepisach k.p.c. (oraz w innych ustawach) szczególnych ułatwieniach w dochodzeniu świadczeń alimentacyjnych przed państwowym organem wymiaru sprawiedliwości. W przypadku arbitrażu fikcją wydaje się przecież: zwolnienie od kosztów sądowych, prawo do wytoczenia powództwa w sądzie polubownym według miejsca zamieszkania uprawnionego (reguły postępowania arbitrażowego powinny być wynikiem – w praktyce nie zawsze możliwego – konsensusu stron) czy możliwość udziału w postępowaniu prokuratora¹⁹.

Mimo że dokonana nowelizacją z 2019 r. zmiana treści przepisu art. 1157 k.p.c. znosi przesłankę zdatności ugodowej sporów majątkowych, wyrażającą się w uprawnieniu do rozporządzania prawami majątkowymi, możliwość poddania pod arbitraż pozostałych sporów rodzinnych może budzić wątpliwości. Przykładowo: na gruncie literatury przedmiotu za sporną uchodzi kwestia swobodnego dysponowania przez małżonków składnikami majątku wspólnego i osobistego, poprzez dokonywanie czynności prawnych, innych niż umowy małżeńskie, które doprowadziłyby do zmiany składu majątku wspólnego i majątków osobistych²⁰. Część autorów opowiedziała się za zakazem przesunięć między majątkami osobistymi i majątkiem wspólnym małżonków w drodze sprzedaży, zamiany, darowizny. Niedopuszczalność ta wynikać ma z obawy pokrzywdzenia wierzycieli²¹.

¹⁹ Trudno sobie wyobrazić udział prokuratora w postępowaniu przed sądem polubownym, które co do zasady jest poufne. Nie ma też podstawy prawnej, która regulowałaby zawiadamianie prokuratora o sprawach, w których arbitrzy uznali jego udział za istotny. Z punktu widzenia prokuratora, sąd polubowny jest prywatnym organem, który nie sprawuje wymiaru sprawiedliwości.

²⁰ Tak G. Jędrejek, [w:] J. Ignaczewski, *Małżeńskie ustroje majątkowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 283.

²¹ Ibidem, s. 154.

W świetle odmiennych zapatrywań należy opowiedzieć się za autonomią małżonków we wzajemnych stosunkach (a zatem za swobodą poddania tychże sporów pod arbitraż), gdyż małżonkowie, „mimo istnienia ścisłej osobisto-majątkowej wspólnoty życiowej (...), pozostają we wzajemnych relacjach odrębnymi podmiotami”²². Z tego względu mogą oni swobodnie zbywać składniki swojego majątku na rzecz osób trzecich, a także dokonywać przesunięć w ramach własnych majątków i w takim zakresie zdatność arbitrażowa tychże sporów nie może budzić wątpliwości. Granice owych rozporządzeń wyznacza jednak art. 49 k.r.o., ograniczając zakres przedmiotowy majątku wspólnego²³. Z kolei, mając na względzie brzmienie art. 35 k.r.o., niedopuszczalne wydaje się wydanie przez sądu polubowny wyrok dokonującego podziału majątku wspólnego w czasie trwania małżeństwa oraz regulującego zasady rozporządzania udziałami, które przypadną im w majątku wspólnym²⁴.

Sąd arbitrażowy nie jest także władny ograniczyć tak zasady odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania, jak i zasady zarządu majątkiem wspólnym²⁵. W szczególności zaś za niemożliwe należy uznać wydanie rozstrzygnięcia, w którym pozbawia się jednego z małżonków na rzecz drugiego z nich samodzielnego zarządu majątkiem (zgodnie z prawem, może tego dokonać tylko sąd państwowy²⁶). Wspólny majątek powstaje z mocy prawa, stąd – zdaniem Sądu Najwyższego – nie można przypisywać tu decydującego znaczenia oświadczeniom woli stron stosunku małżeństwa²⁷ (w konsekwencji – sądowi polubownemu).

Swoboda w rozporządzaniu składnikami majątku ograniczona jest także ustawowymi wymaganiami współdziałania małżonków dla dobra rodziny i przyczyniania się do zaspokajania jej potrzeb. Nie przeczy to jednak ogólnej zdatności arbitrażowej sporów wynikłych z omawianych stosunków prawnych. Korzystając z wytycznych Sądu Najwyższego, wypada stwierdzić, że kryteria oceny dopuszczalności wydania wyroku arbitrażowego o konkretnej treści powinny uwzględniać wiele czynników, m.in.: sytuację majątkową małżonków, potrzeby rodziny, zasady racjonalnej gospodarki, zasady współżycia społecznego²⁸, wreszcie skuteczność złożenia oświadczenia woli (np. kwestię istnienia zgody małżonka na zaciągnięcie przez drugiego z małżonków zobowiązania kosztem majątku wspólnego).

²² Tak J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit. s. 154.

²³ Ibidem, s. 155.

²⁴ Por. K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 2012, s. 59 i nast.

²⁵ Ibidem, s. 187.

²⁶ Tak M. Andrzejewski, [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. drugie, Lex/el 2013, Lex nr 86542.

²⁷ Tak SN w uchwale z 16 stycznia 1964 r., sygn. akt III CO 64/63, OSNC 1964, nr 11, poz. 220.

²⁸ Tak SN w uchwale 7 sędziów z 10 kwietnia 1991 r., sygn. akt III CZP 76/90, OSNC 1991, nr 10–12, poz. 117.

Dopuszczalność swobodnego dysponowania składnikami majątku potwierdził Sąd Najwyższy²⁹, co tym bardziej wydaje się przesądzać o zdatności arbitrażowej omawianej kategorii sporów. Sąd ten nie dopatrywał się żadnych racjonalnych argumentów, które uniemożliwiłyby dokonywanie przez małżonków czynności prawnych dotyczących majątku wspólnego (w szczególności zaś dokonywania przesunięć, w zakresie określonych jego składników, na rzecz majątku odrębnego któregoś z małżonków). Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie, że małżonkowie nie są pozbawieni zdolności do czynności prawnych, mogą więc dokonywać czynności z zakresu prawa cywilnego. Ponadto niezrozumiałoby byłoby zakaz dysponowania majątkiem wspólnym poprzez zbywanie jego składników do majątku odrębnego, skoro małżonkowie mogą dokonać jego zbycia na rzecz osób trzecich. Pozbawiona podstaw jest również obawa, że owe swobodne dysponowanie może przyczynić się w konsekwencji do likwidacji majątku wspólnego. Zdaniem Sądu Najwyższego, do jego powstania (z mocy prawa) nie potrzebna jest substancja majątkowa, gdy wspólnota istnieje, choćby w danej chwili nie było żadnych składników majątkowych.

Niewątpliwą zdatnością arbitrażową odznacza się także spór o podział majątku wspólnego oraz spór o ustalenie nierównych udziałów. Cecha ta wynika z ogólnej zasady umożliwiającej dokonanie przez małżonków interesującego nas podziału w formie umowy. Prawo do objęcia zapisem na sąd polubowny omawianych sporów potwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 7 marca 1979 r.³⁰ Co ciekawe, orzeczenie to zapadło jeszcze na kanwie nieobowiązującego już stanu prawnego, zgodnie z którym spory majątkowej także musiały być zdatne ugodowo.

Zdatność arbitrażowa sporów z zakresu wybranych rodzinnych praw niemajątkowych

Należy podkreślić, że w literaturze przedmiotu dominuje pogląd o niezdatności ugodowej sporów dotyczących praw niemajątkowych³¹. Prawa niemajątkowe wynikające ze stosunków rodzinnych określa się mianem – pozo-

²⁹ Por. uchwała SN z 16 stycznia 1964 r., sygn. akt III CO 64/63, OSNC 1964, nr 11, poz. 220; wyrok SN z 17 listopada 1967 r., sygn. akt I CR 296/66, OSNC 1968, nr 7, poz. 125; uchwała SN z 19 grudnia 1991 r., sygn. akt III CZP 133/91, OSP 1992, Nr 7, poz. 171.

³⁰ Sygn. akt III CRN 10/797 OSNC 1979, nr 10, poz. 197, Por. K. Weitz, [w:] T. Ereciński (red.), op. cit., s. 681.

³¹ Por. D. Dulęba, *Uгода w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 124; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Panowicz-Lipska (red.), *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*, Warszawa 2011, s. 858; A. Szpunar, *Z problematyki ugody w prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 9, s. 7. O powszechniej – wśród przedstawicieli doktryny – opinii na temat niezdatności ugodowej sporów niemajątkowych wspomina także R. Zegadło, *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 1, s. 49.

stających poza sferą ekonomicznego interesu podmiotu – praw podmiotowych, będących elementem treści stosunku małżeństwa, władzy rodzicielskiej i opieki nad małoletnim³².

Wśród sporów z zakresu niemajątkowych praw rodzinnych na szczególną uwagę zasługują spory o prawa stanu cywilnego³³. W piśmiennictwie za w pełni ugruntowany uznaje się pogląd o niemożności zawarcia ugody w sporach o prawa stanu³⁴, co automatycznie eliminuje omawiane spory z katalogu spraw zdatnych arbitrażowo. O trafności powyższego zapatrywania przesądza przede wszystkim argument w postaci szczególnej doniosłości stanu cywilnego osoby fizycznej, który powinien pozostawać poza jej swobodną dyspozycją. Hipotetyczna zdatność ugodowa analizowanych spraw oznaczałaby np. możliwość umownego unieważnienia małżeństwa bądź stwierdzenia jego nieważności. Podobnie za niewłaściwą należałoby uznać hipotetyczną zdatność ugodową spraw o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka. Skutki takich umów byłyby, jak się wydaje, trudne do przewidzenia w sferze prawnej, rodzinnej i ogólnospołecznej.

Doniosłość spraw o prawa stanu przejawia się także w niedopuszczalności uczynienia kwestii dotyczących tychże praw przedmiotem incydentalnych rozstrzygnięć sądowych. Przykładowo, *legis latae* niemożliwe jest rozpoznanie sprawy o zaprzeczenie lub ustalenie pochodzenia dziecka (jako zagadnienia prejudycjalnego) w postępowaniu spadkowym. Każdej tego typu sprawie poświęcone jest odrębne postępowanie przed sądem powszechnym. Nie może także umknąć uwadze okoliczność, że wyrokom w sporach o prawa stanu przypisuje skuteczność erga omnes, zaś większość autorów negatywnie wypowiada się w kwestii możliwości ferowania przez sądy polubowne, będące wszak sądami prywatnymi, orzeczeń skutecznych wobec osób trzecich³⁵.

Jakkolwiek przesłanka zdatności ugodowej sporów *per se* wydaje się być wystarczającym powodem do wyłączenia interesujących nas spraw spod kompetencji sądów polubownych, należy podkreślić, że niejako w samej specyfice sądownictwa polubownego upatruje się powodów przemawiających za niedo-

³² J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 46.

³³ Do sporów o prawa stanu zalicza się: a) sprawy o ustalenie nieistnienia małżeństwa; b) sprawy o ustalenie istnienia małżeństwa; c) sprawy o unieważnienie małżeństwa; d) sprawy o rozwód; e) sprawy o zaprzeczenie ojcostwa; f) sprawy o ustalenie ojcostwa; g) sprawy o unieważnienie uznania dziecka; h) sprawy o rozwiązanie przysposobienia; i) sprawy o ustalenie macierzyństwa; j) sprawy o zaprzeczenie macierzyństwa. Por. ibidem, s. 62.

³⁴ Por. B. Czech, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 420; A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007, s. 287; T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 120; M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Panowicz-Lipska (red.), op. cit., s. 858; R. Zegadło, op. cit., s. 49.

³⁵ T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., Warszawa 2008, s. 121 i nast. Por. także: A. Jarocho, *Powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki kapitałowej*, Toruń 2010, s. 277 (w kontekście dopuszczalności poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spraw z zakresu uchylania uchwał zgromadzeń spółek).

puszczalnością rozwiązania z wykorzystaniem arbitrażu wszystkich sporów niezdatnych ugodowo, ze szczególnym naciskiem na spory o prawa stanu. Warto podkreślić, że doniosły walor społeczny ustaleń dokonanych przez sąd w sporach o prawa stanu, nakłada na nie obowiązek przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby podstawa rozstrzygnięcia odpowiadała prawdziwie obiektywnej. Wyroki sądowe w analizowanych sprawach oparte są najczęściej na obszernym materiale dowodowym, zebrany ze szczególną wnikliwością³⁶. Tymczasem, jak trafnie wskazuje się w doktrynie, cechy charakterystyczne, leżące u podstaw konstrukcji sądownictwa polubownego, nie gwarantują należytego rozpoznania spraw (w tym spraw o prawa stanu) oraz wnikliwej kontroli sądów odwoławczych nad zapadłymi wyrokami arbitrażowymi³⁷. Do cech tych należy zaliczyć w szczególności: brak ustawowo zagwarantowanej niezawisłości i niezależności arbitrów³⁸, poufność postępowania arbitrażowego³⁹, brak obowiązku orzekania w oparciu o przepisy prawa⁴⁰, rudymენტarną, co

³⁶ Por. wyrok SN z 30 lipca 1996 r., sygn. akt I CRN 91/96, Lex nr 171262; wyrok SN z 30 kwietnia 1969 r., sygn. akt III CRN 90/69, OSNPG 1970, nr 1, poz. 6.

³⁷ F. Zedler, *Postępowanie polubowne w sporcie*, [w:] A. Szwarc (red.), *Ustawa o sporcie*, „Sport i Prawo” 2011, nr 13, s. 51 i nast.

³⁸ Arbitrzy nieprzypadkowo bywają nazywani sędziami prywatnymi, bowiem ich kompetencja do rozpoznania sprawy wynika z umowy zawieranej ze stronami zapisu na sąd polubowny (noszącej w doktrynie łacińską nazwę *receptum arbitrii*). Jako że źródłem ich kompetencji jest kontrakt, w świetle prawa arbitrom nie przypisuje się niezawisłości, a sądom polubownym – niezależności. Por. Ł. Błaszczak, *Sąd polubowny a sąd powszechny – określenie wzajemnych relacji w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego*, „Ius et Administratio” 2006, zeszyt specjalny, s. 16 i nast.; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 46–56; A. Deryng, *Miejsce sądownictwa polubownego a wymiar sprawiedliwości w świetle zasad konstytucyjnych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 3, s. 35–54; A. Torbus, *Sądownictwo polubowne w systemie postępowania cywilnego (wybrane zagadnienia)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2, s. 40.

³⁹ Poufność arbitrażu, w zależności od woli stron oraz treści regulaminów stałych sądów polubownych, sprowadza się do: a) odbycia postępowania polubownego z wyłączeniem jawności, b) obowiązku zachowania w tajemnicy informacji dotyczących postępowania, a nawet samego faktu przeprowadzenia postępowania, c) niepublikowania wyroku arbitrażowego bez wyraźnego zezwolenia stron. Por. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, op. cit., s. 18; T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 49 i nast.; J. Rajski, *Zagadnienie poufności w arbitrażu handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 6, s. 1 i nast.; A. Szumański, *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010, s. 20.

⁴⁰ Zgodnie z art. 1194 § 1 k.p.c., „sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a gdy strony go do tego wyraźnie upoważniły – według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności”. Ponadto § 2 tegoż artykułu stanowi, że „w każdym jednak przypadku sąd polubowny bierze pod uwagę postanowienia umowy oraz ustalone zwyczaje mające zastosowanie do danego stosunku prawnego”. W praktyce oznacza to, że zastosowanie w procesie orzekania – na wyraźne życzenie stron – reguł słuszności, doprowadzić może w praktyce do wydania takiego wyroku arbitrażowego, który wprowadzić nie jest sprzeczny z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP, lecz pozostaje niezgodny z polskim prawem materialnym. Szerzej na ten temat: Ł. Błaszczak, M. Ludwik, op. cit., s. 184; T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 325; A. Monkiewicz, *Problematyka skargo o uchylenie wyroku sądu polubownego*, „Radca Prawny” 2001, nr 6, s. 60; J. Poczobut, *Zagadnienia kolizyjnoprawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*,

najwyżej, kontrolę merytoryczną sądów państwowych nad rozstrzygnięciami sądów polubownych⁴¹, a także istotne ograniczenia w zakresie przeprowadzania środków dowodowych⁴². Niepraktykowany jest ponadto udział podmiotów trzecich w takim procesie, np. prokuratora, choćby jego obecność uzasadniona była potrzebą ochrony praworządności, interesu społecznego lub praw obywateli.

Zaprezentowane powyżej przymioty arbitrażu sprawiają, że w ramach spraw, w zakresie których stronom przysługuje uprawnienie do swobodnego rozporządzania, ryzyko negatywnych konsekwencji, będących wynikiem wydania przez arbitrów nieprawidłowego orzeczenia, można zaakceptować pod warunkiem, że strony – w ramach posiadanej autonomii – zdecydowały się na taką a nie inną formę rozwiązania sporów. Jeśli zaś wspomniane uprawnienie do dysponowania przedmiotem sporu jest wyłączone, tak jak ma to miejsce w przypadku spraw o prawa stanu, skutki prawne wadliwych wyroków arbitrażowych byłyby nie do pogodzenia z zasadą porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej⁴³.

Obok spraw o prawa stanu, do rodzinnych sporów o charakterze niemajątkowym należy zaliczyć między innymi sprawy dotyczące władzy rodzicielskiej oraz kontaktów z dzieckiem. Potrzeba rozstrzygnięcia w przedmiocie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem (zakres i sposób jej wykonywania) staje się aktu-

[w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 180 i nast.; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1961, s. 91; J. Sobkowski, *Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i Regulaminu Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, z. 3, s. 69–71.

⁴¹ Ani w skardze o uchylenie wyroku arbitrażowego, ani w postępowaniu o uznanie lub stwierdzenie wykonalności tego wyroku, sąd państwowy nie bada poprawności ustaleń faktycznych dokonanych przez arbitrów oraz zgodności rozstrzygnięcia ze stanem prawnym (art. 1206, 1214 i 1215 k.p.c.). Wyjątkiem jest sprzeczność wyroku arbitrażowego z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego (klauzula porządku prawnego RP). Por. T. Ereciński, *Bariery w stosowaniu mediacji i arbitrażu*, [w:] P. Pogonowski, P. Cioch, E. Gapska, J. Nowińska (red.), *Współczesne przemiany postępowania cywilnego*, Warszawa 2010, s. 342; T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 372; M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowania postarbitrażowe. Uchylenie wyroku sądu arbitrażowego*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 610; J. Łukasiewicz, J. Olszewski, *Aksjologiczne i prawne ograniczenia w korzystaniu z sądownictwa polubownego*, [w:] J. Olszewski (red.), *Arbitraż i mediacja. Aktualne problemy teorii i praktyki funkcjonowania sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych*, Materiały konferencyjne (Nałęczów Zdrój, 8–10.05.2009 r.), Rzeszów 2009, s. 235; A.W. Wiśniewski, *Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylenia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 2(6), s. 129.

⁴² Arbitrzy sądów polubownych nie wykonują swojej funkcji w oparciu o sprawowanie *imperium*, stąd nie są oni wyposażeni prerogatywy charakterystyczne dla sądów państwowych, np. prawo do nakazania użycia środków przymusu (zakaz stosowania przez sąd polubowny środków przymusu wynika *expressis verbis* z art. 1191 § 1 k.p.c.). Jeśli zatem należy przeprowadzić dowód lub wykonać inną czynność, której sąd polubowny nie może wykonać, istnieje możliwość zwrócenia się o pomoc do sądu państwowego (art. 1192 § 1 k.p.c.).

⁴³ F. Zedler, op. cit., s. 52.

alna przede wszystkim w wyroku orzekającym rozwód lub separację. Tymczasem zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o., „w wyroku orzekającym rozwód sąd rozstrzyga o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i kontaktach rodziców z dzieckiem oraz orzeka, w jakiej wysokości każdy z małżonków jest obowiązany do ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka. Sąd uwzględnia pisemne porozumienie małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka. Rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia”. Regulacja ta wpływa zasadniczo na problem zdatności arbitrażowej wspomnianych spraw.

Kwestie dotyczące władzy rodzicielskiej, jako niepodlegające dyspozycji rodziców, nie mogą stanowić przedmiotu ugody sądowej, a co za tym idzie – nie mogą być poddane pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego. Podobnie niezdatne arbitrażowo, co wynika wprost z art. 1157 *in fine* k.p.c., są spory dotyczące alimentów („koszty utrzymania i wychowania dziecka”). Jednakże ugodą z pewnością można rozwiązać kwestie dotyczące kontaktów z małoletnim. Czy to oznacza, że spór co do kontaktów można skierować od arbitrażu? Odpowiedź na powyższe pytanie musi być oczywiście negatywna. Otóż, w normie zawartej w art. 58 k.r.o. ustawodawca dał wyraz tzw. zasadzie integralności wyroku rozwodowego (ma ona także zastosowanie do wyroku orzekającego separację⁴⁴). W literaturze przedmiotu i w orzecznictwie wskazuje się, że istota wspomnianej zasady sprowadza się do obowiązku orzeczenia przez sąd rozwodowy o całości ważkich spraw rodziny⁴⁵. Innymi słowy, elementy wskazane w art. 58 § 1 k.r.o. nie mogą zostać pominięte przez sąd w wyroku rozwodowym⁴⁶. Ewentualne uzgodnienia stron w tej materii (choćby formalnie przyjmowały formę ugody) mogą zostać co najwyżej uwzględnione przez sąd w wyroku w sprawie o rozwód lub o separację⁴⁷. Oznacza to, że sąd nie może odstąpić od wydania orzeczenia w tej kwestii, co automatycznie przesądza o niedopuszczalności poddania tychże sporów pod rozstrzygnięcie sądu polubownego w trakcie trwania procesu rozwodowego.

⁴⁴ Art. 61³ § 1 k.r.o.

⁴⁵ Por. E. Holewińska-Lapińska, *Společné aspekty stosowania „zasady” integralności wyroku rozwodowego*, „Zeszyty Prawne UKSW” 2005, nr 5.2, s. 24; Por. również: uchwała SN z 12 października 1970 r., sygn. akt III CZP 6/70, OSNC 1971, nr 7–8, poz. 117; uchwała SN z 17 listopada 1976 r., sygn. akt III CZP 54/76, OSNC 1977, nr 7, poz. 109; wyrok SN z 17 grudnia 1999 r., sygn. akt III CKN 779/99, Lex nr 529736.

⁴⁶ T. Ereciński, [w:] T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, część pierwsza: *Postępowanie rozpoznawcze*, część druga: *Postępowanie zabezpieczające*, t. 2, Warszawa 2006, s. 363; R. Zegadło, op. cit., s. 29, 30 i 36.

⁴⁷ T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 363.

Podsumowanie

Specyficzny charakter arbitrażu (sądownictwa polubownego) przemawia za niedopuszczalnością zastosowania tej formy rozstrzygania sporów w znacznej większości spraw rodzinnych. Poddanie pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego sporu wyłączonego spod jego kognicji pociąga za sobą szereg skutków prawnych. Po pierwsze, zasadniczo nie budzi wątpliwości teza, że objęcie zapisem na sąd polubowny sporu zastrzeżonego do wyłącznej kompetencji sądu państwowego skutkuje nieważnością tegoż zapisu z punktu widzenia skutków materialnoprawnych⁴⁸ oraz jego bezskutecznością (zapis nie wywoła skutku prorogacyjnego, tj. nie będzie można mówić o skutecznym poddaniu sporu pod osąd sądu arbitrażowego).

Jeśli zaś sąd polubowny rozpozna spór niezdatny arbitrażowo, co oczywiście należy traktować jako działanie *contra legem*, wówczas istnieje możliwość wniesienia do sądu państwowego skargi o uchylenie tegoż wyroku. Zgodnie bowiem z art. 1206 § 2 pkt 1 k.p.c., „uchylenie wyroku sądu polubownego następuje także wtedy, gdy sąd stwierdził, że: 1) według ustawy spór nie może być rozstrzygnięty przez sąd polubowny (...)”.

Nadto, gdyby jedna ze stron złożyła do sądu państwowego wniosek o uznanie wyroku sądu polubownego zapadłego z naruszeniem art. 1157 k.p.c. (bądź o stwierdzenie jego wykonalności), sąd ten na podstawie art. 1214 § 3 pkt 1 k.p.c. odmówi akceptacji wyroku arbitrażowego. Wydaje się jednak, że dopóki w Polsce sądownictwo polubowne stosowane będzie wyłącznie w sporach gospodarczych, ryzyko wydawania wyroków arbitrażowych w niezdatnych arbitrażowo sporach rodzinnych należy uznać za marginalne.

Wykaz literatury

- Andrzejewski M., [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. drugie, Lex/el 2013, Lex nr 86542.
- Błaszczak Ł., *Sąd polubowny a sąd powszechny – określenie wzajemnych relacji w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego*, „Ius et Administratio” 2006, zeszyt specjalny.
- Błaszczak Ł., Ludwik M., *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007.
- Dalka S., *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987.
- Deryng A., *Miejsce sądownictwa polubownego a wymiar sprawiedliwości w świetle zasad konstytucyjnych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 3.

⁴⁸ Tak Ł. Błaszczak, M. Ludwik, op. cit., s. 130; S. Dalka, powołując się na J. Litauera, [w:] *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 76; T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 155; A. Monkiewicz, *Zapis na sąd polubowny*, „Radca Prawny” 2001, nr 5, s. 49; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968, s. 564; M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 332; A. W. Wiśniewski, *Zdolność i zdatność arbitrażowa*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego...*, s. 255.

- Ereciński T., *Bariery w stosowaniu mediacji i arbitrażu*, [w:] P. Pogonowski, P. Cioch, E. Gapska, J. Nowińska (red.), *Współczesne przemiany postępowania cywilnego*, Warszawa 2010.
- Ereciński T., [w:] T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, część pierwsza: *Postępowanie rozpoznawcze*, część druga: *Postępowanie zabezpieczające*, t. 2, Warszawa 2006.
- Ereciński T., Weitz K., *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008.
- Franusz A., *Charakter prawny ugody sądowej oraz skutki prawne jej zawarcia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24.
- Franusz A., *Zdatność arbitrażowa sporów w świetle art. 1157 KPC*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 3.
- Goettel M., [w:] M. Goettel (red.), *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, Kraków 2006.
- Goettel M., *Umowy w prawie rodzinnym – zarys koncepcji*, [w:] M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 2012.
- Gójska A., Huryn V., *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007.
- Holewińska-Łapińska E., *Společne aspekty stosowania „zasady” integralności wyroku rozwodowego*, „Zeszyty Prawne UKSW” 2005, nr 5.2.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010.
- Jarocho A., *Powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały wspólników spółki kapitałowej*, Toruń 2010.
- Łaszczuk M., Szpara J., *Postępowania postarbitrażowe. Uchylenie wyroku sądu arbitrażowego*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010.
- Łukasiewicz J., Olszewski J., *Aksjologiczne i prawne ograniczenia w korzystaniu z sądownictwa polubownego*, [w:] J. Olszewski (red.), *Arbitraż i mediacja. Aktualne problemy teorii i praktyki funkcjonowania sądów polubownych i ośrodków mediacyjnych*, Materiały konferencyjne (Nałęczów Zdrój 8–10.05.2009 r.), Rzeszów 2009.
- Monkiewicz A., *Problematyka skargo o uchylenie wyroku sądu polubownego*, „Radca Prawny” 2001, nr 6.
- Monkiewicz A., *Zapis na sąd polubowny*, „Radca Prawny” 2001, nr 5.
- Poczobut J., *Zagadnienia kolizyjnoprawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010.
- Pyziak-Szafnicka M., [w:] M. Panowicz-Lipska (red.) *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System Prawa Prywatnego. Tom 8*, Warszawa 2011.
- Pyziak-Szafnicka M., [w:] M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 1*, Warszawa 2007.
- Rajski J., *Zagadnienie poufności w arbitrażu handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 6.
- Siedlecki W., *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968.
- Sobkowski J., *Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i Regulaminu Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, z. 3.
- Szpunar M., *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 1, Warszawa 2008.
- Szpunar A., *Z problematyki ugody w prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 9.
- Szumański A., *Pojęcie, rodzaje i charakter prawny arbitrażu handlowego*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010.

- Tomaszewski M., *W poszukiwaniu skutecznej klauzuli arbitrażowej dla sporów korporacyjnych*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2010, nr 2(14).
- Torbus A., *Sądownictwo polubowne w systemie postępowania cywilnego (wybrane zagadnienia)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2.
- Weitz K., [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012.
- Wiśniewski A.W., *Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylecia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego)*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 2.
- Wiśniewski A.W., *Zdolność i zdatność arbitrażowa*, [w:] A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*, t. 8, *Arbitraż handlowy*, Warszawa 2010.
- Zedler F., *Postępowanie polubowne w sporcie*, [w:] A. Szwarc (red.), *Ustawa o sporcie*, „Sport i Prawo” 2011, nr 13.
- Zegadło R., *Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Rodzina i Prawo” 2006, nr 1.

Summary

Arbitration of family disputes

Key words: arbitrability, family law, arbitrators, state courts, property rights, non-property rights.

The idea of arbitration – an informal and based on the principle of autonomy of the parties – an alternative method of recognition of legal disputes, seems to be incompatible with an assumption that state court is an exclusively competent authority to resolve all disputes in the field of family law. It is commonly acknowledged that only state courts are powerful enough to apply public interest (and the best interest of the child) in family cases. However the legislator, following international trends, has extended the catalogue of arbitrable disputes.

The paper aims to present the issue of arbitrability of disputes, which arise out of family law by analyzing particular examples of family cases – in the light of the provision of Article 1157 of the Code of Civil Procedure. This leads to the conclusion that – while family disputes regarding non-property (divorce, parental authority) are mainly non-arbitrable, disputes over property right can be submitted to arbitration (due to the latest Amendment of the Code of 2019).

Rafał Kania

Szkoła Wyższa im. Pawła Włodkowica w Płocku

ORCID: 0000-0003-2900-6695

rafalkania@op.pl

Polityczne uwarunkowania współczesnego systemu ochrony prawnej dziedzictwa kulturalnego w Polsce – wybrane zagadnienia

Wprowadzenie

Kultura tworzona przez człowieka powstaje w określonym środowisku, w szczególności w tworzywie materialnym. Prawidłowość ta wiąże się ze specyfiką ludzkiej egzystencji¹. Zabytki stanowią materialny substrat kultury minionych pokoleń, pojmowanej jako system ideałów i wartości określających sposób zachowania danej społeczności². Alfred Kroeber słusznie podkreślił złożoność kultury, która obejmuje „wybrane formy, normy i wartości – strumień powiązanych idei i zobiektywizowanych wzorców”³.

Stanowiąc przejaw ludzkiego ducha, artefakty fizyczne – jako niemi świadkowie przeszłych wydarzeń – wpisują się w Arystotelesowski dualistyczny model aktywnej, kształtującej formy (*telos*) i pasywnej, kształtowanej materii⁴. Są namacalnym efektem ludzkiego ducha zapisanego w materii. Z drugiej strony jako przejawy ekstensji pozwalają odpowiedzieć na szereg pytań dotyczących naszej przeszłości – były bowiem tworzone w określonym celu, na pewnym etapie rozwoju cywilizacji ludzkiej. Słusznie zatem zauważył Edward T. Hall: „Studia nad człowiekiem to studia jego ekstensji”⁵. I dalej dodawał: „Człowiek uczy się używać własnych ekstensji nie zwracając najmniejszej uwa-

¹ E. Nowicka, *Świat człowieka – świat kultury*, Warszawa 2000, s. 67.

² Z. Bauman, *Kultura jako praxis*, tłum. J. Konieczny, Warszawa 2012, s. 24.

³ A. Kroeber, *Przyczynowość w dziedzinie kultury*, [w:] idem, *Istota kultury*, tłum. P. Sztompka, Warszawa 2002, s. 138.

⁴ Arystoteles, *Metafizyka*, tłum. K. Leśniak, Warszawa 1984, s. 206–208, 209; Z. Bauman, op. cit., s. 115

⁵ E.T. Hall, *Poza kulturą*, tłum. E. Goździak, Warszawa 2001, s. 46.

gi na to, co kryje się poza nimi. (...) Całość kultury to skomplikowany system ekstensji”⁶. Dlatego kluczem do odpowiedzi na pytanie o nas samych będzie niejednokrotnie zrozumienie genezy współczesności zapisanej w istniejących artefaktach.

Przekonanie o znaczeniu wagi, jaką należy przypisać dorobkowi minionych pokoleń w procesie budowania świadomości narodowej oraz ciągłości międzypokoleniowej, nie jest nowe. Już pod koniec XVIII w. Edmund Burke afirmował ewolucyjny rozwój społeczeństw. „Ludzie którzy nigdy nie oglądali się na przodków, nie będą myśleli o potomnych”⁷. W innym miejscu dodawał: „Historia to wielka księga otwarta dla naszego pouczenia gdy wyciągamy wnioski dla przyszłej mądrości z przeszłych błędów i słabości rodzaju ludzkiego”⁸.

Kwestię tożsamości narodowej rozumiał również doskonale Alexis de Tocqueville. Poszukując odpowiedzi na pytanie o przyczyny patriotyzmu Amerykanów, stwierdził: „Nikt nie jest w stanie całkowicie się odciąć od przeszłości. Do swoich własnych idei i obyczajów ludzie ci dodali idee i inne obyczaje, które zaczerpnęli z wychowania i z tradycji narodowej swoich krajów”⁹. W ten sposób, analizując konkretny przypadek, dostrzegł prawidłowość o znaczeniu uniwersalnym, zgodnie z którą nie można kreować rzeczywistości społecznej, odcinając się jednocześnie od własnej przeszłości.

Obecnie dostrzegalny jest wzrost świadomości znaczenia ochrony pozostałości dokonań przodków dla jakości życia współczesnego pokolenia. Wzrasta zrozumienie znaczenia idei solidarności międzypokoleniowej. Znaczenie przeszłości dla współczesności i przyszłości spowodowało, że ochrona dziedzictwa kulturalnego nabiera profesjonalizacji¹⁰. Dostrzeżono bowiem, że skuteczne działania w tym zakresie wymagają podejścia systemowego. Stąd wzrost znaczenia regulacji prawnych oraz świadomości politycznej odnoszącej się do przedmiotowej problematyki. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest stopniowe wyodrębnienie nowej gałęzi prawa – prawa ochrony dziedzictwa kultury¹¹.

Celem artykułu jest analiza wybranych zagadnień z obszaru politycznych uwarunkowań ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce. Przedmiotowe zagadnienie zaprezentowane zostanie na podstawie programów ugrupowań politycznych, które skutecznie ubiegały się o miejsce w Sejmie RP w kadencji 2015–2019 oraz 2019–2023. Tłem analizy będą wybrane regulacje prawne dotyczące ochrony zabytków i dziedzictwa kulturalnego oraz kontekst ideologiczny ich ustanowienia.

⁶ Ibidem, s. 48.

⁷ E. Burke, *Rozważania o rewolucji we Francji*, tłum. D. Lachowska, Warszawa 2008, s. 108.

⁸ Ibidem, s. 218.

⁹ A. Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, tłum. M. Król, Warszawa 1976, s. 58.

¹⁰ K. Zeidler (red.), *Leksykon prawa ochrony zabytków. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. X.

¹¹ Idem, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszaw–Gdańsk 2014, s. 32–33.

Prawna ochrona zabytków i dziedzictwa kulturalnego w świetle wybranych aktów prawa międzynarodowego

Podstawowe ramy dla ochrony dziedzictwa kulturalnego na poziomie krajowym wynikają z szeregu aktów prawa międzynarodowego, przyjętych głównie po II wojnie światowej. Krótko po zakończeniu działań wojennych uchwalono Kartę Narodów Zjednoczonych, podpisaną 26 czerwca 1945 r. w San Francisco (Dz.U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90) oraz Konwencję dotyczącą utworzenia Organizacji Narodów Zjednoczonych dla wychowania, nauki i kultury, podpisaną w Londynie 16 listopada 1945 r. (Dz.U. z 1958 r., Nr 63, poz. 11). Rozumiejąc znaczenie uczestnictwa jednostki w ludzkiej kulturze dla jej poziomu humanizmu, twórcy Powszechnej deklaracji praw człowieka z 10 grudnia 1948 r. w art. 22 podkreślili, że człowiek jako członek społeczeństwa dysponuje uprawnieniem do korzystania z przysługujących każdemu praw kulturalnych, uznanych za nieodzowne do poszanowania jego godności oraz swobodnego rozwoju osobowościowego. Uzupełnieniem dla tego ogólnego sformułowania jest treść art. 27, którego ust. 1 określa, że każdy człowiek dysponuje uprawnieniem do korzystania z dobrodziejstw życia kulturalnego, do korzystania ze sztuki oraz uczestnictwa w jej tworzeniu¹².

Podstawowe zapisy dotyczące ochrony dziedzictwa ludzkości znalazły się przede wszystkim w Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokołem o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisanych w Hadze 14 maja 1954 r. (Dz.U. z 1957 r., Nr 46, poz. 212), Konwencji dotyczącej środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzonej w Paryżu 17 listopada 1970 r. (Dz.U. z 1974 r., Nr 20, poz. 106), Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego przyjętej w Paryżu w 16 listopada 1972 r. (Dz.U. z 1976 r., Nr 32, poz. 190)¹³. Jako „dziedzictwo kulturalne” w rozumieniu Konwencji z 1972 r. uznano:

– zabytki: dzieła architektury, dzieła monumentalnej rzeźby i malarstwa, elementy i budowle o charakterze archeologicznym, napisy, groty i zgrupowania tych elementów mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historii, sztuki lub nauki;

– zespoły: budowli oddzielnych lub łącznych, które ze względu na swą architekturę, jednolitość lub zespolenie z krajobrazem mają wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historii, sztuki lub nauki;

¹² Powszechna deklaracja praw człowieka, przyjęta i proklamowana rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217(III) 10 grudnia 1948 r.

¹³ Jedną z kluczowych konsekwencji przedmiotowej Konwencji było Listę Światowego Dziedzictwa (*World Heritage List*). Zob.: S. Kowalska, *Dziedzictwo kulturowe w świetle wybranych regulacji i implikacji prawa międzynarodowego*, [w:] S. Kowalska (red.), *Dziedzictwo kulturowe – aksjologia i transgraniczność*, Poznań–Kalisz 2018, s. 151–152.

– miejsca zabytkowe: dzieła człowieka lub wspólne dzieła człowieka i przyrody, jak również strefy, a także stanowiska archeologiczne, mające wyjątkową powszechną wartość z punktu widzenia historycznego, estetycznego, etologicznego lub antropologicznego (art. 1).

Identyfikacja i wyznaczenie granic ochrony dóbr kulturalnych należy do każdego państwa strony Konwencji paryskiej (art. 3). W cytowanym akcie prawnym nałożono na każde państwo obowiązek zapewnienia, identyfikacji, ochrony, konserwacji, rewaloryzacji i przekazania przyszłym pokoleniom dziedzictwa kulturalnego znajdującego się na jego terytorium (art. 4). W tym celu strony powinny prowadzić politykę zmierzającą do wyznaczenia dziedzictwu kulturalnemu odpowiedniej funkcji w życiu zbiorowym i włączyć ochronę tego dziedzictwa do programów planowania ogólnego, ustanowić na swoim terytorium służby odpowiedzialne za ochronę, konserwację i rewaloryzację dziedzictwa kulturalnego, rozwijać badania w tym zakresie, przedsięwziąć odpowiednie działania w tym celu (art. 5). Podkreślono również znaczenie współpracy międzynarodowej (art. 8) oraz gromadzenie środków i wsparcia finansowego tego rodzaju działań (art. 15).

Wraz ze wzrostem znaczenia dziedzictwa niematerialnego dla kultury ludzkiej przyjęto jako uzupełnienie dla Konwencji paryskiej Konwencję UNESCO w sprawie ochrony niematerialnego dziedzictwa kulturowego sporządzoną w Paryżu 17 października 2003 r. (Dz.U. z 2011 r., Nr 172, poz. 1018). Przyniesione akty prawa międzynarodowego stanowią integralne elementy fundamentu prawa międzynarodowego w obszarze ochrony dziedzictwa ludzkości¹⁴.

Szereg regulacji dotyczących przedmiotowej problematyki znalazło się w aktach normatywnych uchwalanych na gruncie europejskim. Do najważniejszych należy zaliczyć Europejską konwencję kulturalną sporządzoną w Paryżu 19 grudnia 1950 r., która została ratyfikowana przez Polskę dopiero po przemianach ustrojowych 1989 r. (Dz.U. z 1990 r., Nr 8, poz. 44), Konwencję o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzoną w Grenadzie 3 października 1985 r., przyjętą przez Polskę aż w 2012 r. (Dz.U. Nr 2012, poz. 210) oraz Konwencję ramową Rady Europy w sprawie znaczenia dziedzictwa kulturowego dla społeczeństwa, podpisaną w Faro 27 października 2005 r.¹⁵

W działania zmierzające do tworzenia podstaw prawnych, zgodnie z oczekiwaniami państw członkowskich, wpisują się również poczynania legislacyjne Unii Europejskiej. Dla przykładu: w art. 167 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w brzmieniu po konsolidacji w 2012 r., zostały zawarte ogólne założenia programu dotyczącego rozwoju kultury oraz ochrony jej dzie-

¹⁴ Szerzej zob. A. Przyborowska-Klimczak, *Rozwój ochrony dziedzictwa kulturalnego w prawie międzynarodowym na przełomie XX i XXI w.*, Lublin 2011, s. 137–166.

¹⁵ Szerzej: ibidem, s. 167–182.

dzictwa. Zgodnie z nim Unia przyczynia się do rozkwitu kultury państw członkowskich, z jednoczesnym poszanowaniem równości narodowej i regionalnej, przy podkreśleniu znaczenia wspólnego dziedzictwa kulturowego (ust. 1). Ponadto Unia zachęca państwa członkowskie do współpracy w tym zakresie oraz deklaruje wspieranie i uzupełnianie tych działań na zasadzie pomocniczości, wyznaczając pośród priorytetów: pogłębienie wiedzy oraz upowszechnianie kultury i historii narodów europejskich, a także zachowania ochrony dziedzictwa kulturowego o znaczeniu europejskim (ust. 5). Akceptując swoją rolę wynikającą z poszanowania zasady pomocniczości, Unia jednocześnie wykluczyła dążenia do harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w omawianym obszarze, poprzestając jedynie na stosowaniu środków zachęcających, używanych przez Parlament Europejski i Radę po konsultacjach z Komitetem Regionów, w ramach zwykłej procedury ustawodawczej. Ponadto dopuszczono stosowanie przez Radę zaleceń na wniosek Komisji (ust. 5)¹⁶. Podsumowując dotychczasowe rozważania, jako uzasadniony należy uznać postulat wyodrębnienia w systemie prawa międzynarodowego publicznego odrębnej dziedziny – prawa międzynarodowego ochrony dziedzictwa kultury¹⁷.

Polityczne uwarunkowania regulacji prawnych dotyczących ochrony dziedzictwa kulturalnego w prawie krajowym

Przechodząc na grunt prawa krajowego, przegląd regulacji należy zacząć od ustaw zasadniczych. Poza innymi rolami tej kategorii aktów prawnych, przepisy konstytucyjne stanowią bowiem swego rodzaju deklarację ideologiczną jej autorów, między innymi odnoszącą się także do własnej tożsamości i tradycji. Na poziomie krajowego ustawodawstwa konstytucyjnego w XX w. stosunek do dziedzictwa kulturalnego przybierał bardzo różną treść. W konsekwencji zmiany światopoglądowe elit politycznych rządzących w Polsce znajdowały zawsze wyraźne odzwierciedlenie w kolejnych konstytucjach.

Mimo znaczenia ciągłości dziejowej narodu polskiego dla przetrwania okresu zaborów oraz odzyskania państwowości w 1918 r., w Konstytucji z 17 marca 1921 r. trudno szukać wyrażonego *explicite* nawiązania do dziedzictwa kulturowego narodu polskiego. Jego znaczenie dla ówczesnych można jedynie wywieść z treści preambuły, w której wyeksponowano przywiązanie do tradycji chrześcijańskiej, doświadczeń okresu braku niepodległości oraz

¹⁶ Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (2012/C 326/01), Dz. Urz. C 326 z 26 października 2012 r., s. 1–390.

¹⁷ M. Marcinkowska, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako dziedzina prawa międzynarodowego*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony...*, s. 42.

nobilitującej spuścizny osiągnięć Konstytucji 3 maja z 1791 r.¹⁸ Twórcy Konstytucji marcowej spoglądali raczej w przyszłość, nie odwołując się wprost do dorobku minionych pokoleń. Nie oznacza to jednak, że przedmiotowa problematyka została całkowicie pominięta w ówczesnym ustawodawstwie. Jej podstawę normatywną tworzyły: dekret Rady Regencyjny z dnia 31 października 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury (Dz.Pr.P.P. Nr 14, poz. 182), rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami (Dz.U. z 1929 r., Nr 29, poz. 265 ze zm.), ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o opiece nad muzeami publicznymi (Dz.U. z 1933 r., Nr 32, poz. 279 ze zm.). Na tej podstawie rozwijał się instytucjonalny system ochrony zabytków¹⁹.

Ustawa Konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 r. nie zawierała preambuły, z której można byłoby wywodzić jej podstawy ideologiczne. Nie oznacza to, że nie znalazły się w jej treści wskazówki pozwalające zinterpretować stosunek obozu sanacyjnego do polskiej historii. Już w art. 1 wskazano, że państwo polskie jest wspólnym dobrem (ust. 1) i jako takie mają być przekazane w spadku dziejowym z pokolenia na pokolenie (ust. 2)²⁰. W ten sposób twórcy ustawy zasadniczej *implicite* odwołali się do ciągłości polskiego dziedzictwa, zobowiązując współczesnych do pielęgnacji spuścizny i przekazania jej potomnym w stanie nie pogorszonym.

W Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. zrezygnowano z odwoływania się do dziedzictwa narodu, eksponując internacjonalizm oraz etos walki klasy robotniczej, ustawiając lud pracujący miast i wsi w pozycji konfrontacyjnej wobec obcego i rodzimego wroga klasowego. W preambule Konstytucji PRL, przyjętej w okresie największego nasilenia terrorku stalinowskiego, znalazła wyraz deklaracja budownictwa socjalistycznego, opartej na optymistycznej i eugenicznej idei, nieskrępowanej ograniczeniami inżynierii społecznej. Podejście to wpisywało się z jednej strony w milenarystyczną wizję budowy nowego, lepszego świata, a z drugiej skutkowało chęcią wyraźnego odcięcia się od narodowego dziedzictwa – tym bardziej, że było ono uosabiane przez deprecjonowany przez władze komunistyczne okres międzywojenny, określany w propagandowej nowomowie partyjnej jako okres rządów burżuazyjno-kapitalistycznych wyzyskiwaczy²¹.

Niechętny stosunek władzy komunistycznej wobec przeszłości powodował, że podstawy prawne dotyczące ochrony zabytków i dziedzictwa kulturalnego odznaczały się nierównym zainteresowaniem ustawodawcy. Z jednej strony

¹⁸ Ustawa z dnia 17 marca 1921 roku Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 44, poz. 267).

¹⁹ Szerzej zob.: P. Dettloff, *Odbudowa i restauracja zabytków architektury w Polsce w latach 1918–1930. Teoria i praktyka*, Kraków 2006, s. 45–60.

²⁰ Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 227).

²¹ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 232 ze zm.).

krótko po przejęciu władzy uchwalono kilka aktów prawnych, dotyczących przedmiotowej problematyki, przede wszystkim dekret z dnia 1 marca 1946 r. o rejestracji i zakazie wywozu dzieł sztuki plastycznej oraz przedmiotów o wartości artystycznej, historycznej lub kulturalnej (t.j. Dz.U. z 1946 r., Nr 69, poz. 377) oraz utworzono na terenach byłych obozów koncentracyjnych w Oświęcimiu i Majdanku miejsca pamięci. Przykładem działań legislacyjnych w omawianym zakresie może być ustawa z dnia 2 lipca 1947 r. o upamiętnieniu męczeństwa Narodu Polskiego i innych Narodów w Oświęcimiu (Dz.U. z 1947 r., Nr 52, poz. 265). Z drugiej strony dopiero w 1962 r. uchylono rozporządzenie o ochronie zabytków z 1928 r., a w jego miejsce wprowadzono ustawę z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (t.j. Dz.U. z 1999 r., Nr 98, poz. 1150 ze zm.).

W preambule Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. ustawodawca konstytucyjny wyraźnie podkreślił znaczenie dziedzictwa kulturowego dla budowy polskiej tożsamości narodowej. Zaakcentowany został tysiącletni dorobek i wywodzące się z niego wartości. Wskazano na rodowód polskiej kultury, której korzenie wywiedziono z tradycji chrześcijańskiej oraz wartości o znaczeniu ogólnoludzkim. Podkreślono również tradycję Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej. Wyeksponowany został obowiązek współczesnych Polaków do ochrony dziedzictwa narodowego i przekazania wszystkiego co cenne przyszłym pokoleniom²².

Jako znamienne dla początków III Rzeczypospolitej, jednocześnie niezbyt fortunne, należy uznać pominięcie przez twórców Konstytucji RP dziedzictwa okresu zaborów i PRL. W ten sposób zamiast łączyć w całość dziedzictwo narodowe, dyskryminacji uległo szereg wielkich osiągnięć wpisanych na trwałe do rodzimej spuścizny. Podzielono dorobek minionych pokoleń Polaków na lepszy i gorszy. Za jedyne jego kryterium uznano okres, z którego elementy dziedzictwa pochodzą, tak jakby czas ich powstania pozwalał nadać owemu dorobkowi certyfikat jakości lub uprawniał do odebrania mu posiadanej wartości. Tymczasem jak nie wszystko to, co miało miejsce w okresie międzywojennym, zasługuje na aprobatę, tak również nie można dyskredytować *en bloc* wszystkich osiągnięć lat 1944–1989. Jako zatem próbę uprawiania polityki historycznej należy uznać przedmiotową deklarację zawartą w preambule. Usprawiedliwieniem dla wyraźnych tendencyjnej antykomunistycznych i negatywnej oceny dorobku „realnego socjalizmu” w Polsce może być zaledwie ośmioletni okres dzielący zakończenie prac nad Konstytucją od upadku PRL. Brak odpowiedniego dystansu czasowego utrudniał zatem zajęcie wyważonego stanowiska wobec niechlubnej przeszłości.

Deklaracja ideowa zawarta w preambule znalazła swojej odzwierciedlenie w części normatywnej Konstytucji. Należy tutaj wskazać na art. 5 i 6. Umiej-

²² Preambuła do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

scowienie problematyki związanej z ochroną dziedzictwa kulturalnego w początkowej części rozdziału pierwszego świadczy o wysokiej randze, jaką przyznał ustawodawca konstytucyjny przedmiotowej problematyce²³. Pierwszy z przytoczonych przepisów zobowiązuje państwo do strzeżenia dziedzictwa narodowego. Art. 5 pełni rolę przepisu programowego, wymagającego przede wszystkim od przedstawicieli władzy publicznej włączenia się (przy wykorzystaniu posiadanych kompetencji i środków) do realizacji wskazanych działań. Sformułowanie „strzeżenie dziedzictwa narodowego” to zobowiązanie do ochrony wszystkich przejawów zarówno materialnej, jak i duchowej spuścizny związanej z historią państwa oraz wspólnoty narodowej²⁴. Uzupełnienie tego obowiązku znalazło się w art. 6 ust. 1, w którym zamieszczono deklarację o upowszechnianiu i równym dostępie do dóbr kultury jako źródła tożsamości narodowej, jej trwania i rozwoju. Z treścią przytoczonego przepisu koresponduje uprawnienie obywateli, którym zgodnie z art. 73 przysługuje wolność korzystania z dóbr kultury²⁵.

Kluczowym dla krajowej polityki w zakresie ochrony dziedzictwa kulturalnego aktem prawnym rangi ustawowej jest ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 282). Jedną z przyczyn wprowadzenia ustawy była konieczność dostosowania prawodawstwa krajowego do standardów międzynarodowych²⁶. Zgodnie z art. 1, celem ustawy jest określenie przedmiotu, zakresu i formy ochrony i opieki nad zabytkami, wyznaczenie zasad tworzenia krajowego programu ochrony i opieki nad nimi oraz finansowania prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych ich dotyczących (art. 1). Ustawodawca zdefiniował w niej min.: zabytek (art. 3 pkt 3), ochronę zabytków (art. 4), opiekę nad zabytkami (art. 5), wyznaczył katalog zabytków podlegających ochronie i opiece (art. 6) oraz formy ochrony zabytków (art. 7). Szczególne znaczenie dla ochrony dziedzictwa mają przepisy dotyczące poszukiwań utraconych dóbr kultury (art. 24a–24f) oraz wywozu zabytków za granicę (art. 51–61). O roli jaką ustawodawca przypisał zabytkom w procesie budowania tożsamości narodowej świadczą sankcje finansowe (art. 107a–107i) oraz karne (art. 108–120) przewidziane dla sprawców naruszenia przepisów ustawy lub popełniających przestępstwa przeciwko zabytkom.

²³ K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007, s. 28–29.

²⁴ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 5*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, wyd. drugie, Warszawa 2016, www.lexpolonica (data dostępu: 10.10.2019).

²⁵ M. Chmaj, *Konstytucyjne podstawy ochrony dóbr kultury*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona dóbr kultury*, Toruń 2009, s. 27–30.

²⁶ A. Gerecka-Żołyńska, *Realizacja międzynarodowych standardów ochrony dziedzictwa kulturalnego w polskiej ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, r. LXIX, z. 4, s. 51–52.

W system ochrony zabytków wpisane zostało również prawo budowlane. Zgodnie z intencją ustawodawcy, jego przepisy nie naruszają przepisów o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – w odniesieniu do obiektów i obszarów wpisanych do rejestru zabytków oraz obiektów i obszarów objętych ochroną konserwatorską na podstawie miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego²⁷. Z kolei stosownie do przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, kształtując politykę przestrzenną, jednostki samorządu terytorialnego muszą uwzględniać wymagania ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej²⁸.

Obok organizowania przestrzeni w gminach, samorząd terytorialny wpisuje się we współczesny system ochrony dziedzictwa kulturalnego także w inny sposób. Pośród obowiązków z zakresu zbiorowych potrzeb wspólnoty lokalnej, należących do zadań własnych gminy, ustawodawca zaliczył sprawy kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami²⁹. Z kolei zgodnie z treścią przepisów określających zadania samorządu powiatowego, wykonuje on ustawowo określone zadania o charakterze ponadgminnym m.in. w zakresie kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami³⁰.

Swoje miejsce w systemie ochrony dziedzictwa kulturowego mają również samorządy szczebla wojewódzkiego poprzez opracowanie strategii rozwoju województwa. Do szczególnych celów, które powinny znaleźć w nich miejsce, ustawodawca zaliczył pielęgnowanie polskości oraz rozwój i kształtowanie świadomości narodowej, obywatelskiej i kulturowej mieszkańców, a także pielęgnowanie i rozwijanie tożsamości, lokalnej, jak również zachowanie wartości środowiska kulturowego i przyrodniczego przy uwzględnieniu potrzeb przyszłych pokoleń³¹. Samorząd terytorialny wpisał się zatem na stałe w pejzaż systemu ochrony dziedzictwa kulturalnego, w szczególności ochronę zabytków³².

Podsumowując przytoczony zarys ewolucji prawnych regulacji dotyczących problematyki, stanowiącej przedmiot rozważań, należy uznać za trafny pogląd o istnieniu tendencji rozszerzania się prawnej ochrony zabytków następującej

²⁷ Art. 2 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 2004 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333).

²⁸ Art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 293).

²⁹ Art. 7 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 711).

³⁰ Art. 4 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 920).

³¹ Art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1638).

³² J. Sługocki, *Opieka nad zabytkiem nieruchomym. Problemy administracyjnoprawne*, Warszawa 2014, s. 157–174.

w trzech obszarach: 1) ustawowego zwiększenia liczby kategorii prawnych form ochrony zabytków, 2) poszerzenia zakresu przedmiotowego regulacji prawnych, 3) rozbudowy systemu o normy formalnoprawne nieznane wcześniejszym regulacjom normatywnej ochrony zabytków i dóbr kultury³³. Należy zatem pozytywnie ocenić proces zmian w prawie zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym.

Ochrona polskiego dziedzictwa kulturalnego w świetle programów wyborczych partii politycznych zasiadających w Sejmie w kadencji 2015–2019

Ustrój Rzeczypospolitej, zgodnie z zasadą pluralizmu politycznego (art. 11 Konstytucji RP), tworzy warunki, w granicach wyznaczonych przez demokratyczne państwo prawne (art. 2 Konstytucji RP), dla rywalizacji partii politycznych o władzę. Programy polityczne stanowią swego rodzaju ofertę wizji doskonałego państwa, kreślonej przez poszczególnych rywali na scenie politycznej. Deklarowane założenia ideologiczne stanowią podstawę rywalizacji o względy suwerena. Poszukując politycznych podstaw współczesnej ochrony dziedzictwa kulturalnego oraz wyobrażeń właściwej polityki publicznej w tym zakresie, warto przyjrzeć się deklaracjom ideowym ugrupowań politycznych zasiadających w Sejmie. W szczególności należy zidentyfikować ich stosunek do ochrony i kultywowania tego co, będąc wartościowe w przeszłości, stanowi integralną część fundamentu aksjologicznego współczesnej Polski.

Przegląd stanowisk ugrupowań politycznych do polskiego dziedzictwa kulturalnego należy zacząć od partii rządzącej w latach 2015–2019, zajmującej największą część ław poselskich Sejmu ówczesnej kadencji. W trosce o dziedzictwo narodowe, Prawo i Sprawiedliwość zadeklarowało w 2014 r. przywrócenie odpowiedzialności państwa za ochronę zabytków. Integralnym elementem tej polityki miały być działania zmierzające do ratowania polskich zabytków na Kresach Wschodnich. Ponadto w ramach ochrony i kultywowania dziedzictwa narodowego partia Jarosława Kaczyńskiego zadeklarowała ponowne podjęcie, wstrzymanego przez rząd koalicji Platformy Obywatelskiej i Polskiego Stronnictwa Ludowego, rozwoju sieci placówek muzealnych. Pośród nich szczególne miejsce przyznano: Muzeum Historii Polski, Muzeum Ziemi Zachodnich i Muzeum Kresów. Ponadto zadeklarowano wsparcie ze strony Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego projektu budowy Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce. Pojawiła się także deklaracja budowy Muzeum Jana Pawła II i Prymasa Wyszyńskiego w Wilanowie. Nawiazuując do

³³ P. Dobosz, *Ewoluuujące prawne formy ochrony zabytków w Polsce*, [w:] K. Zeidler, *Prawo ochrony...*, s. 221.

rozwiązań francuskich, zaproponowano darmowy wstęp dla uczniów i studentów do placówek muzealnych, które miało ułatwić młodemu pokoleniu poznanie kultury i historii Polski³⁴.

Jako istotny element koncepcji „Polityki historyczno-tożsamościowej”, PiS uznało działalność Instytutu Pamięci Narodowej. Obok deklaracji kontynuacji prac związanych z gromadzeniem, opracowaniem, udostępnianiem i publikowaniem materiałów i dokumentów poświęconych zbrodniom przeciwko narodowi polskiemu, do szczególnych zadań zaliczono poszukiwanie i identyfikację ofiar komunistycznego terroru. Zgodnie z deklaracją, IPN miał przejąć także zadania Rady Ochrony Pamięci i Męczeństwa oraz Urzędu do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych. Pośród działań promujących polskie dziedzictwo kulturalne deklarowano przyjęcie ustawy o Instytucie Adama Mickiewicza, którego celem miała być bardziej intensywna i skuteczna promocja kultury polskiej za granicą oraz prowadzenie internetowych domen narodowych: www.polska.pl oraz www.poland.pl. Osobną inicjatywą deklarowaną w przedmiotowym programie miało być powołanie Centrum Współpracy Polska–Wschód jako płaszczyzny wymiany kulturalnej między narodami tej części Europy³⁵.

Proponowane działania miały wpisywać się w politykę historyczno-tożsamościową państwa, uznaną przez PiS jako integralny element polityki zagranicznej. Zdaniem autorów programu, tego rodzaju działalność była dotychczas niesłusznie zaniedbana i kwestionowana, podczas gdy powinna być traktowana jako istotne narzędzie budowania pozytywnego wizerunku Polski na świecie. Uznano także, że innym integralnym elementem przedmiotowej polityki powinno być udzielanie wsparcia inicjatywom i organizacjom społecznym przeciwdziałającym zniesławieniu Polski i Polaków, w tym przekłamywaniu polskiej historii³⁶.

Kontynuując analizę programów, należy przejść do największej partii opozycyjnej ówczesnej kadencji parlamentu. W deklaracji programowej „Nasz Program” Platformy Obywatelskiej RP zabrakło bezpośrednich odniesień do ochrony polskiego dziedzictwa kulturalnego. W dokumencie wyraźnie ukierunkowanym na działania bieżące i przyszłe trudno znaleźć jakiegokolwiek odniesienia do narodowej tradycji oraz koncepcji jej ochrony³⁷. Pominiecie rodzimego dorobku należałoby uznać za znamienne dla światopoglądu dominującego w środowiskach liberalnych, wyraźnie marginalizujących problematykę solidarności międzypokoleniowej oraz preferujących swobodną aktywność zatomizowanych jednostek.

³⁴ *Program Prawa i Sprawiedliwości 2014*, pdf, s. 140–141, www.pis.org/dokumenty (data dostępu: 29.05.2019).

³⁵ *Ibidem*, s. 141.

³⁶ *Ibidem*, s. 141–142.

³⁷ *Nasz Program*, www.platforma.org/nasz-program (data dostępu: 29.05.2019).

Dalsza analiza przeczy jednak powyższej tezie. Spośród partii liberalnych i lewicowych zdecydowanie większą uwagę dla przeszłości wykazała .Nowoczesna. W założeniach dokumentu „Program Nowoczesna Polska dla każdego”, w jego części: „IV. Szacunek dla przeszłości, wiara w przyszłość” znalazła się deklaracja szacunku do polskiej historii i tradycji, jednocześnie bez ich przekłamywania i lekceważenia. Przechodząc do szczegółów, zadeklarowano zmianę sposobu działania instytucji publicznych, odpowiedzialnych za ochronę dziedzictwa kulturalnego które, zdaniem autorów programu, zajmują się przekłamywaniem polskiej historii i tradycji oraz ich wybiórczym traktowaniem. Według programu historia Polski nie może być manipulowana lub przemilczana stosowanie do potrzeb ideologii czy celów bieżącej walki politycznej. Nowoczesna w swoim manifestie programowym zadeklarowała, iż będzie przeciwdziałać temu, aby patriotyzm polski był kojarzony z nacjonalizmem i ksenofobią. „Tylko prawdziwa historia może być dla nas lekcją i inspiracją na przyszłość. Fałszowanie przeszłości prowadzi do niezrozumienia przyszłości”³⁸.

Jednocześnie .Nowoczesna zadeklarowała brak zgody na ataki na tradycję i tożsamość narodową oraz brak szacunku wobec polskiej historii i jej bohaterów. Przy czym przedstawiła odmienny od potocznego wzorzec patriotyzmu. Uosobienie właściwych postaw dostrzegała bowiem nie tylko w poczynaniach wodzów i żołnierzy, ale również naukowców, reformatorów, polityków i przedsiębiorców. Powołując się na twórczość Pawła Włodkowica, osiągnięcia konfederacji warszawskiej, dokonania Tadeusza Kościuszki oraz etos „Solidarności”, .Nowoczesna chciała promować za granicą polski wkład w rozwój i obronę wartości uniwersalnych, liberalnych i wolnościowych³⁹.

W przeciwieństwie do ugrupowań liberalnych, w przypadku partii politycznych o korzeniach agrarystycznych i predylekcjach chadecko-ludowych, odwołanie do dziedzictwa kulturowego własnego narodu powinno stanowić fundament ideologiczny. Weryfikację tej hipotezy umożliwia treść programu Polskiego Stronnictwa Ludowego „Nowy Zielony Ład”. Jego analiza prowadzi jednak do wniosku, że poza ogólnikowymi stwierdzeniami, odnoszącymi się do wspierania aktywności kulturalnej na terenach wiejskich, takich jak: organizacja „Reymontówek” – czyli świetlic wiejskich oraz programu „Kino za rogiem”, PSL nie przygotowało żadnej propozycji programowej dotyczącej systematycznej kultury, w tym również pomysłów dotyczących ochrony i promowania dziedzictwa kulturalnego. Powściągliwość tego rodzaju może budzić zdziwienie, zważywszy na powoływanie się ludowców na studwudziestoletnią tradycję ruchu ludowego w Polsce oraz jego głębokie osadzenie w rodzimej tradycji⁴⁰.

³⁸ *Program Nowoczesna Polska dla każdego*, s. 30–31, www.nowoczesna.org/program (data dostępu 29.05.2019).

³⁹ *Ibidem*, s. 32.

⁴⁰ *Nowy Zielony Ład*, www.psl.pl (data dostępu: 29.05.2019).

Ostatnim z programów ugrupowań parlamentarnych poddanych analizie była „Strategia zmiany Kukiz15. Potrafisz Polsko!”. W dokumencie programowym ruchu, w którym zawarto szereg sformułowań kontestujących istniejący stan rzeczy, w szczególności dotychczasowe uprawianie polityki przez elity III Rzeczypospolitej, nie znalazła się ani jedna wzmianka o dziedzictwie narodowym, jego wartości i potrzebie ochrony⁴¹.

Ochrona polskiego dziedzictwa kulturalnego w świetle programów wyborczych partii politycznych zasiadających w Sejmie w kadencji 2019–2023

Po prześledzeniu koncepcji dotyczących dziedzictwa kulturalnego i ochrony zabytków ugrupowań politycznych, które skutecznie ubiegały się o miejsce w Sejmie podczas kampanii wyborczej w 2015 r., warto porównać je z propozycjami przedstawionymi wyborcom podczas wyborów w 2019 r. Spośród podmiotów, które udanie zakończyły wspomnianą kampanię, dwa środowiska polityczne – Lewica, której trzonem są trzy partie: Sojusz Lewicy Demokratycznej, Razem i Wiosna, oraz Konfederacja nie były obecne w Sejmie poprzedniej kadencji. W przypadku Platformy Obywatelskiej nastąpiła zmiana, bowiem tym razem największa partia opozycyjna startowała w ramach KW Koalicja Obywatelska, w skład której weszły również .Nowoczesna, Inicjatywa Polska oraz Zieloni. Także Polskie Stronnictwo Ludowe startowało w ramach koalicji. Obok niego Komitet Wyborczy Koalicja Polska tworzyły m.in.: Kukiz'15 oraz Unia Europejskich Demokratów. Zachował natomiast spójność i jedność obóz rządowy z Prawem i Sprawiedliwością na czele. Poniżej zostaną przedstawione propozycje programowe w zakresie ochrony dziedzictwa kulturalnego i ochrony zabytków ugrupowań parlamentarnych, kolejno obozu rządowego (PiS), a następnie ugrupowań zasiadających od lewej do prawej strony sceny politycznej.

Komitet Wyborczy Prawa i Sprawiedliwości zaprezentował najobszerniejszy, liczący 232 strony, program wyborczy. W pierwszej jego części autorzy odwołali się do wyznawanych wartości i zasad, podkreślili dziedzictwo kultury judeochrześcijańskiej, stanowiącej obok kultury greckiej oraz tradycji prawa rzymskiego fundament cywilizacji zachodniej⁴². Według programu tej partii, obok języka, doświadczeń historycznych, tradycji politycznej i wartości cywilizacyjnych o wspólnocie losu Polaków decyduje wspólnota kultury. Przynależność do narodu polskiego została dana współczesnemu pokoleniu poprzez

⁴¹ *Strategia zmiany Kukiz15. Potrafisz Polsko!*, www.ruchkukiza.pl/klub.poselski/strategia-zmiany (data dostępu: 29.05.2019).

⁴² *Polski model państwa dobrobytu. 2019 Program Prawa i Sprawiedliwości*, pdf, s. 6, www.pis.org.pl/dokumenty (data dostępu: 7.10.2019).

uczestnictwo w unikalnym kulturalnym dziedzictwie. PiS odrzucił projekt budowy „nowej europejskiej tożsamości”, mającej zastąpić tożsamości narodowe⁴³. Obok źródeł dziedzictwa cywilizacji zachodniej autorzy programu wskazywali również na rodzime tradycje o szczególnym znaczeniu dla tożsamości Polaków: kulturę złotego wieku, romantyzm oraz dwudziestolecie międzywojenne.

Zdaniem autorów programu PiS-u, w latach 2015–2019 przywrócono sprawność państwa w dziedzinie kultury, nauki i polityki historycznej. Był to, jak twierdzili, wynik trafnych decyzji, sprawności działań oraz właściwej aktywności legislacyjnej. Jej efektem było wzmocnienie roli IPN, rozwinięto działania Biura Poszukiwań i Identyfikacji. Ponadto utworzono szereg nowych instytucji, których przedmiot działania obejmuje ochronę dziedzictwa kulturalnego. Pośród wymienionych podmiotów znalazły się: Narodowy Instytut Wolności, Instytut Solidarności i Męstwa im. Witolda Pileckiego, Narodowy Instytut Architektury i Urbanistyki, Polska Fundacja Narodowa, Narodowy Fundusz Ochrony Zabytków, Narodowy Instytut Polskiego Dziedzictwa Kulturowego za Granicą „Polonika”⁴⁴.

Zdaniem autorów programu, istotnym elementem budowania pozycji międzynarodowej Polski jest kształtowanie „polskiej wspólnoty politycznej”. W tym celu PiS od 2015 r. realizował świadomą politykę historyczną. Jej integralnym elementem był mecenat państwa nad kulturą i dziedzictwem narodowym, dbałość o instytucjonalizację pamięci, ochrona zabytków i narodowe dziedzictwo zagranicą, jak również dziedzictwo utracone. W ten sposób konkretyzacji ulegać miała tożsamość kulturowo-historyczna Polaków⁴⁵.

Dbałość o tożsamość polskiego społeczeństwa wymaga szczególnego mecenatu państwa nad kulturą. Z tego powodu w latach pierwszej kadencji rządów PiS nastąpił, według informacji zawartych w programie, wzrost wydatków państwa na te cele o 33,8%. Środki te były przeznaczone na różnorodną aktywność kulturalną za pośrednictwem ok. 40 programów grantowych Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego. Za jeden z największych sukcesów uznane zostało nabycie kolekcji książąt Czartoryskich, w tym nie tylko zabytków ruchomych i nieruchomych oraz dzieł sztuki, ale również roszczeń do dzieł zaginionych, należących do kolekcji, min. do zaginionego „Portretu młodzieńca” Rafaela. Jako przykład dbałości o polskie dziedzictwo wskazano również pozyskanie 93 rzeźb dłuta Augusta Zamoyskiego⁴⁶.

Inną aktywnością realizowaną w obszarze kultury i dziedzictwa narodowego było powołanie do życia szeregu nowych placówek muzealnych. Pośród wymienionych w programie PiS znalazły się: Muzeum Historii Polski, Muzeum

⁴³ Ibidem, s. 12.

⁴⁴ Ibidem, s. 46–47.

⁴⁵ Ibidem, s. 215.

⁴⁶ Ibidem, s. 217.

Jana Pawła II i Kardynała Stefana Wyszyńskiego (2019 r.), Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku (2020 r.), Muzeum Więźniów Politycznych i Żołnierzy Wyklętych w Warszawie, Muzeum Żołnierzy Wyklętych w Ostrołęce, Muzeum Westerplatte i Wojny 1939, Muzeum Getta Warszawskiego, Muzeum Pamięci Sybiru w Białymstoku⁴⁷. Ponadto podjęto działania na rzecz objęcia opieką wszystkich miejsc związanych z niemieckimi obozami zagłady. Pośród działań planowanych w przyszłości autorzy programu wskazali na: Narodowe Muzeum Techniki, Muzeum Wyspiańskiego, Muzeum Polskiej Sztuki Użytkowej i Muzeum księdza Jerzego Popiełuszki. W podsumowaniu tego fragmentu programu PiS zadeklarowano prowadzenie dalszych inwestycji w obszarze polityki muzealnej państwa⁴⁸.

Bardzo ważną rolę w polityce historycznej PiS przewidywało do instytucjonalizacji działań w tym zakresie. Zgodnie z programem, rola ta przypada wyspecjalizowanym instytucjom, przede wszystkim IPN, ale również Instytutowi Solidarności i Męstwa im. Witolda Pileckiego oraz Instytutowi Polskiego Dziedzictwa za Granicą „Polonika”. Innym projektem w tym obszarze jest powołanie Instytutu Dziedzictwa Solidarności⁴⁹.

Odrębny fragment programu został poświęcony problematyce ochrony zabytków i upamiętniania istotnych wydarzeń z przeszłości. W programie podkreślono, że zabytki materialne i niematerialne dziedzictwa stanowią niezbywalny element polskiej tożsamości. Dlatego państwo powinno zwiększać zaangażowanie w opiekę nad nimi. PiS zadeklarowało dwukrotne zwiększenie nakładów na te cele z budżetu centralnego w kadencji 2019–2023, pomimo faktu, że już w poprzedniej kadencji nakłady te wzrosły do 140 mld zł⁵⁰.

Inny obszar działań dotyczył tworzenia pomników historii. Spośród 105 utworzonych w ostatnich latach około 40 przypadło na kadencję lat 2015–2019. Numer 100 uzyskał teren Stoczni Gdańskiej jako dziedzictwo Polaków związane z narodzinami „Solidarności”⁵¹.

Rząd PiS przywiązywał szczególną rolę do aktywności Polski na arenie międzynarodowej. Wzrosło zaangażowanie Polski na forum UNESCO. W 2017 r. zorganizowano 41 sesję Światowego Komitetu Dziedzictwa UNESCO w Krakowie, w której uczestniczyło około trzy tysiące delegatów. Uzyskano piętnasty wpis na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO obiektu z Polski – kopalni w Tarnowskich Górach. Z kolei w 2019 r. miał miejsce wpis numer 16, który dotyczył Krzemionek Opatowskich. Powiększono także krajową listę niematerialnego dziedzictwa kulturalnego, łącznie do kilkudziesięciu zjawisk i praktyk. Spośród nich szopkarstwo krakowskie w 2018 r. wpisano na listę niema-

⁴⁷ Ibidem, s. 218.

⁴⁸ Ibidem, s. 220.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem, s. 220–221.

⁵¹ Ibidem, s. 221.

terialnego dziedzictwa kulturalnego ludzkości UNESCO. Ponadto na forum UNESCO została przyjęta „Rekomendacja Warszawa” – zbiór praktyk określających restytucję zabytków zniszczonych na skutek konfliktów zbrojnych lub katastrof naturalnych. W ten sposób Polska miała istotny wpływ na określenie standardów w tym zakresie⁵².

W treści programu pojawiły się informacje o dokonaniach PiS w zakresie doskonalenia modelu systemu ochrony zabytków. Zdaniem jego autorów, wzmocniono ochronę konserwatorską zabytków oraz pozycję Generalnego Konserwatora Zabytków. Wprowadzono system ochrony tymczasowej obiektu do momentu rozstrzygnięcia postępowania o wpis obiektu do rejestru zabytków. W ten sposób udało się zapobiec zniszczeniu wielu wartościowych historycznie obiektów. Ujednoliceniu uległa polityka konserwatorska na terenie całego kraju. Ponadto objęto ochroną powojenną architekturę modernistyczną. Wprowadzono również kary administracyjne za zniszczenie zabytku. Przywrócono szkolenia z zakresu przestępstw przeciwko zabytkom, które prowadzone są przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie⁵³.

Poza szeregiem inicjatyw w obszarze ochrony zabytków i dziedzictwa kulturalnego Polski podjętych i zrealizowanych w latach 2015–2019, PiS zapowiedziało intensyfikację działań w tym zakresie w kolejnych latach, w szczególności poprzez dalsze zwiększanie nakładów finansowych. Zadeklarowano zwiększenie udziału rządu w ochronę narodowego dziedzictwa pozostającego poza granicami państwa, w szczególności na Kresach, w szczególności intensyfikację działań w zakresie ochrony kultury Polonii i Polaków na Wschodzie. Innym ważnym działaniem zapowiedzianym przez PiS miało być dalsze poszukiwanie i odzyskiwanie dzieł sztuki utraconych podczas II wojny światowej, uznane przez twórców programu za szczególnie obowiązek wspólnoty narodowej. Jednym z efektów realizacji zapowiedzi wyborczych było przyjęcie w czasie kampanii wyborczej w 2019 r. uchwały nr 82 Rady Ministrów z dnia 13 sierpnia 2019 r. w sprawie „Krajowego programu ochrony zabytków i opieki nad zabytkami na lata 2019–2022” (M.P. z 2019 r., poz. 808).

Program PiS, zawierający informacje o dotychczasowych działaniach partii oraz dalszych planach w obszarze ochrony zabytków i dziedzictwa narodowego, warto skonfrontować z deklaracjami innych ugrupowań parlamentarnych. W przygotowanym w związku z wyborami parlamentarnymi w 2019 r. przez Lewicę – Komitet Wyborczy Sojuszu Lewicy Demokratycznej w swoim liczącym 19 stron programie nie zawarł ani jednej pozytywnej propozycji na temat wizji aktywności państwa w omawianym zakresie. Jediną wzmianką dotyczącą polityki historycznej był fragment pod nazwą „Koniec propagandy”, umieszczony w punkcie 4 programu zatytułowany „Sprawne państwo”.

⁵² Ibidem, s. 222.

⁵³ Ibidem, s. 221.

KW Lewica zadeklarowała likwidację Instytutu Pamięci Narodowej i przekazanie jego zadań do PAN i Archiwum Państwowego. Natomiast sprawy pionu śledczego miały zostać przejęte przez prokuraturę. Ponadto zadeklarowano likwidację Narodowego Dnia Żołnierzy Wyklętych, Rady Mediów Narodowych i Polskiej Fundacji Narodowej⁵⁴.

Największe ugrupowanie opozycyjne Platforma Obywatelska startowała w wyborach w 2019 r. w ramach Komitetu Wyborczego Koalicja Obywatelska. Wraz z tym ugrupowaniem w skład KW weszły: Nowoczesna, Inicjatywa Polska oraz Partia Zieloni. Rozdział 5 programu wyborczego KO dotyczył edukacji i kultury. Podkreślono w nim znaczenie niezależności i swobody wyrazu w kulturze dla jakości współczesnego państwa. Zapowiedziano także zintegrowanie działań Ministerstwa Edukacji Narodowej i Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego w celu podniesienia poziomu nauczania i wychowania do świadomego uczestnictwa w kulturze⁵⁵. Poza tym ogólnymi sformułowaniami, które tylko częściowo można odnieść do problematyki ochrony zabytków i dziedzictwa kulturalnego, w liczącym 136 stron cytowanym programie nie zostały zawarte żadne dodatkowe deklaracje dotyczące przedmiotowej problematyki.

Z kolei w programie wyborczym Polskiego Stronnictwa Ludowego – Koalicji Polskiej znalazło się we wstępie ogólnikowe odwołanie do 125-letniej tradycji PSL. Zawarto w tym miejscu ideę wierności tradycyjnym ideałom, ale z jednoczesną deklaracją myślenia o przyszłości⁵⁶. W całym, liczącym 28 stron programie, nie znalazło się natomiast ani jedno zdanie poświęcone kwestii dziedzictwa kulturalnego, polityce historycznej oraz systemowi ochrony zabytków.

Także Konfederacja nie zaproponowała żadnych szczególnych rozwiązań dotyczących problematyki omawianych w niniejszym artykule. W zaprezentowanym programie wyborczym, tzw. Piątce Konfederacji, ugrupowanie zadeklarowało uwolnienie od ideologizacji sfery kultury. W miejsce indoktrynacji i promowania szkodliwych ideologii przedstawiona została propozycja wprowadzenia bonu kulturalnego na zakup biletu do wybranej instytucji kultury, m.in. muzeum i galerii, dostosowując w ten sposób ofertę do preferencji obywateli⁵⁷. Poza tymi ogólnymi sformułowaniami nie zamieszczono żadnych konkretnych propozycji.

⁵⁴ *Polska jutra. Główne postulaty Lewicy. Lewica KW Sojuszu Lewicy Demokratycznej*, pdf, s. 5, <https://lewica2019.pl/program> (data dostępu: 7.10.2019).

⁵⁵ *Twoja Polska. Program Koalicji Obywatelskiej*, pdf, s. 114, <https://platforma.org/dokumenty/program-koalicji-obywatelskiej#0> (data dostępu: 7.10.2019).

⁵⁶ *Łączymy Polaków. PSL Koalicja Polska*, pdf, s. 2, www.psl.pl (data dostępu: 7.10.2019).

⁵⁷ *Piątka Konfederacji*, pdf, s. 12, www.konfederacja.net (data dostępu: 7.10.2019).

Wnioski

Celem artykułu była prezentacja propozycji zawartych w programach wyborczych ugrupowań politycznych zasiadających w Sejmie w kadencjach 2015–2019 i 2019–2023, które dotyczyły problematyki ochrony zabytków i dziedzictwa kulturalnego. Analiza zamierzeń oraz poglądy dotyczące przedmiotowego zagadnienia miały pozwolić odpowiedzieć na pytanie o rzeczywisty stosunek ugrupowań parlamentarnych do obowiązku władzy publicznej w zakresie określonym w art. 5 i 6 ustawy zasadniczej. Uwzględnienie programów z dwóch kolejnych kampanii wyborczych pozwoliło na uzyskanie wniosków odnośnie tendencji rysujących się w dłuższej perspektywie. Tło dla głównego wątku rozważań tworzył zarys rozwoju regulacji prawnych, zarówno w wymiarze prawa międzynarodowego, jak i ewolucji prawa krajowego.

Wnioski wynikające z przedmiotowej analizy nie prowadzą do pozytywnej konkluzji, w szczególności gdy zestawimy treść programów z aktualnie obowiązującymi standardami wynikającymi z prawa międzynarodowego i krajowego. Spośród wszystkich ugrupowań parlamentarnych jedynie Prawo i Sprawiedliwość zaproponowało spójną koncepcję polityki historycznej i ochrony dziedzictwa narodowego. Pozostałe partie potraktowały tę problematykę w swoich programach wyborczych zdawkowo albo całkowicie ją pominęły. Oznacza to, że w żadnej spośród alternatywnych wobec PiS wizji państwa nie znalazło się miejsce dla systemowych rozwiązań związanych z dziedzictwem kulturalnym.

Na tym tle pozytywnie należy ocenić troskę PiS o dziedzictwo narodowe i politykę historyczną państwa, chociażby z tego powodu, że wizja ta jest jedyna. Drugi pozytywny wniosek wynika z faktu, że koncepcja obozu rządowego jest spójna, przemyślana i konsekwentnie realizowana. Przyniosło to w ostatnich latach szereg pozytywnych rezultatów w zakresie pozyskiwania i ochrony artefaktów oraz działań na rzecz instytucjonalizacji ochrony dziedzictwa narodowego. Na tym jednak pozytywna ocena programu wyborczego i działań PiS kończy się. Trudno nie zauważyć, szczególnie obserwując praktyki partii rządzącej w ciągu minionym pięciu lat, że problematyka dziedzictwa kulturalnego oraz ochrona zabytków nie stanowi celu autotelicznego, lecz jest traktowana instrumentalnie. Działania deklarowane w programie PiS wpisują się bowiem w przekształcanie państwa według wizji partyjnej, przy jednoczesnym lekceważeniu odmiennych punktów widzenia, potrzeb i systemów wartości.

Przekłada się to na nadmierne nasycenie polityki historycznej treściami ideologicznymi oraz zainteresowanie problematyką dziedzictwa narodowego w sposób tendencyjny i wybiórczy. Tymczasem przedmiotowy obszar winien być wolny od penetracji ideologicznej. Przeszłość narodu i państwa, niezależnie od tego, czy z perspektywy współczesnej jest oceniana pozytywnie, czy nega-

tywnie, stanowi jako całość dziedzictwo narodowe Polaków. Powinna być zatem wolna od ideologizacji i wykorzystywania dla bieżących celów politycznych. Zawsze bowiem odbywa się to ze stratą dla dziedzictwa narodowego.

Konieczna jest zatem dbałość o wszystkie świadectwa przeszłości. Współczesne pokolenie jest to winne nie tylko ich twórcom. Ma także zobowiązanie wobec swoich następców. Ten obowiązek wpisuje się w ideę solidarności międzypokoleniowej, o której pisał Edmund Burke. Z tego powodu konieczne jest tworzenie założeń polityki w obszarze ochrony dziedzictwa kulturalnego ze względu na wartość jego samego, a nie z powodu przydatności w bieżącej walce politycznej. Przeszłość bowiem, ta odległa i niedawna, determinuje współczesność. Słusznie Tocqueville zauważył, że „nie sposób skutecznie walczyć z duchem swoich czasów i swojego kraju. Żaden człowiek, choćby najsilniejszy, nie może łatwo wpoić współczesnym uczuć i idei, które są całkowicie obce ich własnym uczuciom i pragnieniom”⁵⁸ – „obce”, czyli takie, które nie znajdują podstaw w rodzimej tradycji i kulturze. Warto zatem eksponować w dyskursie publicznym, że dziedzictwo narodowe jest dobrem wspólnym i jako takie nie może być traktowane instrumentalnie. Powinno być zatem rozumiane jako wartość sama w sobie o znaczeniu uniwersalnym.

Wykaz literatury

- Arystoteles, *Metafizyka*, tłum. K. Leśniak, Warszawa 1984.
- Bauman Z., *Kultura jako praxis*, tłum. J. Konieczny, Warszawa 2012.
- Burke E., *Rozważania o rewolucji we Francji*, tłum. D. Lachowska, Warszawa 2008.
- Chmaj M., *Konstytucyjne podstawy ochrony dóbr kultury*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona dóbr kultury*, Toruń 2009.
- Dettloff P., *Odbudowa i restauracja zabytków architektury w Polsce w latach 1918–1930. Teoria i praktyka*, Kraków 2006.
- Dobosz P., *Ewoluuje prawne formy ochrony zabytków w Polsce*, [w:] K. Zeidler, (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Grecka-Żołyńska A., *Realizacja międzynarodowych standardów ochrony dziedzictwa kulturalnego w polskiej ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, r. LXIX.
- Hall E.T., *Poza kulturą*, tłum. E. Goździać, Warszawa 2001.
- Kowalska S., *Dziedzictwo kulturowe w świetle wybranych regulacji i implikacji prawa międzynarodowego*, [w:] S. Kowalska (red.), *Dziedzictwo kulturowe – aksjologia i transgraniczność*, Poznań–Kalisz 2018.
- Kroeber A., *Przyczynowość w dziedzinie kultury*, [w:] idem, *Istota kultury*, tłum. P. Sztompka, Warszawa 2002.
- Marcinkowska M., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako dziedzina prawa międzynarodowego*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.

⁵⁸ A. Tocqueville, op. cit., s. 428.

- Nowicka E., *Świat człowieka – świat kultury*, Warszawa 2000.
- Przyborowska-Klimczak A., *Rozwój ochrony dziedzictwa kulturalnego w prawie międzynarodowym na przełomie XX i XXI w.*, Lublin 2011.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 5*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, wyd. drugie, Warszawa 2016.
- Sługocki J., *Opieka nad zabytkiem nieruchomym. Problemy administracyjnoprawne*, Warszawa 2014.
- Tocqueville A., *O demokracji w Ameryce*, tłum. M. Król, Warszawa 1976.
- Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007.
- Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Zeidler K. (red.), *Leksykon prawa ochrony zabytków. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010.

Summary

Political determinants of the contemporary system of the legal protection of cultural heritage in Poland – selected issues

Key words: culture, protection of historical treasure, ideology, cultural heritage, public policy.

The system of protection of cultural heritage in Poland, as one of the public politics, is based on ideological foundations, which are accepted by the majority of society. Its reflection is found in legal acts that are enacted by the legislator, which are next introduced into practice by public authorities. As a consequence, its effectiveness is decided by the legislation sphere and practical aspects. The main purpose of this article is to analyse the political and legal foundations of the protection of cultural heritage in Poland.

Jerzy Kasprzak

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8634-7088

jerzy.kasprzak1@wp.pl

Władimir Jusupow

Narodowa Akademia Spraw Wewnętrznych w Kijowie

ORCID: 0000-0001-5216-4144

yusupovlvv@gmail.com

Hans Gross – postać znana i nieznana

Kto nie zna Hansa Grossa? Wszystkim, którzy zajmują się prawem i procesem karnym, kryminologią, kryminalistyką – począwszy od pracownika naukowego, sędziego, prokuratora, policjanta, doktoranta i studenta – nazwisko to jest znane. Najczęściej występuje tylko skojarzenie: Hans Gross – „ojciec współczesnej kryminalistyki”, „autor pierwszego podręcznika kryminalistyki” i tylko tyle. Zdecydowana większość wymienionych osób zapewne nic więcej nie powie na jego temat. Praktycznie każdy powojenny podręcznik kryminalistyki w Polsce wymienia to nazwisko Grossa, ale poświęca jego osobie zaledwie kilka zdań, bez chociażby krótkiego omówienia sylwetki tego uczonego i jego dzieła. Nie można więc powiedzieć, że postać ta jest w Polsce mało znana, powołujemy się często na cytaty z opracowań Grossa, przykładowo: „Kryminalistyka ze swojej istoty, zaczyna się tam, gdzie prawo karne, także ze swojej istoty, już nic więcej powiedzieć nie może”. Jednak nigdy żadna z prac Hansa Grossa nie została przetłumaczona na język polski. Zaskakujące jest to, że pierwszego przekładu dzieła Hansa Grossa, „Handbuch für Untersuchungsrichter, Polizeibeamte, Gendarmen u.s.w.” dokonano na język rosyjski. Był to przekład drugiego wydania z 1894 r.; praca ta ukazała się (wydanie z 1895 r. oraz z 1897 r.) w Smoleńsku. Przekład na język francuski ukazał się w 1899 r. Następnie książkę przełożono na inne języki: angielski, hiszpański, węgierski, duński, serbsko-chorwacki. Od trzeciego wydania z roku 1899, Hans Gross zmienił tytuł dzieła na „Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik”. Sześć lat później, w 1904 r. ukazało się wydanie czwarte. W roku 1907 pojawiło się w Gruzji dwóch asystentów Katedry Prawa Karnego

Uniwersytetu w Petersburgu i jednocześnie sędziów śledczych Smoleńskiego Sądu Okręgowego – L. Dudkin i B. Ziller, prosząc Hansa Grossa o możliwość ponownego przetłumaczenia na język rosyjski owego czwartego wydania (obydwaj byli autorami tłumaczenia wydanego w Smoleńsku). Spędzili w Grazu prawie rok i pod kierunkiem autora starali się dokonać jak najbardziej wiernego przekładu. Księga ukazała się w języku rosyjskim w Petersburgu w 1908 r. nakładem wydawnictwa M. Mierkuszewa. Już pierwsze tłumaczenie zostało w ówczesnej Rosji szeroko rozpropagowane przez A.A. Lewenstima¹, wpływowego polityka i prawnika². Ciekawy jest również fakt, że w czasach radzieckich, gdzie oficjalnie odżegnywano się od linii „burżuazyjnej” kryminalistyki, w 1930 r., staraniem wydawnictwa NKWD, wydano w Moskwie nowe skrócone (do zaledwie 144 stron) wydanie tej pracy w tłumaczeniu prof. I.N. Jakimowa pt. „Podręcznik do prowadzenia śledztwa”³, nazywany popularnie „Małym Grossem”. Może dziwić, dlaczego właśnie w Rosji praca H. Grossa wzbudziła takie zainteresowanie, iż nie szczędzono pieniędzy na koszty, by ją przetłumaczyć. Trzeba zgodzić się z twierdzeniem prof. D. Solodowa, że w Rosji przedrewolucyjnej, Związku Radzieckim, jak i współczesnej Federacji Rosyjskiej można wyróżnić dwa absolutne priorytety państwowe: to obronność i bezpieczeństwo wewnętrzne państwa, a biorąc pod uwagę obszar, wielonarodowość, zróżnicowanie językowe i kulturowe, obronność i bezpieczeństwo wewnętrzne, to filary jednoczące państwo. W celu zapewnienia tych priorytetów poświęcano ogromne nakłady finansowe, często kosztem innych dziedzin oraz społeczeństwa⁴.

Dlaczego księga Hansa Grossa współcześnie robi takie wrażenie? Odpowiedź jest prosta: gdyż zawiera fundamentalne, ponadczasowe zasady kryminalistyki:

- zasady, którymi powinien się kierować sędzia śledczy, prokurator, policjant, sędzia, adwokat czy radca prawny,
- zasady prowadzenia czynności procesowych, jak oględziny, przeszukanie, eksperyment, przesłuchanie,
- zasady współpracy z biegłymi.

Zdumiewa pewnego rodzaju wizjonerstwo i ponadczasowość głoszonych zasad. Hans Gross ma w pełni rację, pisząc, że sędziego śledczego powinno cechować dążenie do odkrywania prawdy, postępowanie zgodnie z zasadami prawa (w tym i zasadą domniemania niewinności). Tworzy czy też porządkuje wiele zasad typowo kryminalistycznych. Wciąż aktualne są słowa o tzw. ekspedycyjnym sędzim śledczym, dla którego liczy się tylko zakończenie, „wy-

¹ August Adolfowicz Lewenstim (1857–1915), rosyjski naukowiec, polityk, prawnik, sędzia, adwokat, kolekcjoner. Jego rodzina była pochodzenia niemieckiego.

² W.N. Czisnikow, A.A. Lewenstim – *pierwyj propagandist trudow Gansa Grossa i nauki kriminalistiki w Rosijskoj Impierii*, „Kriminalistycznyj wisnik” 2014, nr 1(21), s. 224.

³ H. Gross, *Rukowodstvo k rassledowaniju priestuplienii*, Moskwa 1930.

⁴ D. Solodow, *Ocena dowodów naukowych w systemie kryminalistyki rosyjskiej*, Olsztyn–Szczecin 2012, s. 201.

pchnięcie” sprawy, bez zastanawiania się, czy wykrył faktycznego sprawcę, problemy należytego i uczciwego wynagradzania biegłych (skąd my to współcześnie znamy...) i wielu innych ważnych kwestii procesowych i kryminalistycznych. Później wydawano w Polsce międzywojennej wiele opracowań z zakresu metod śledczych, w żadnym jednak opracowaniu nie znajdziemy tak głębokiej kryminalistycznej myśli filozoficznej, nawet u tak wielkiego uczzonego, jakim niewątpliwie był E. Locard⁵.

W czym tak naprawdę tkwi owe nowatorstwo poglądów Hansa Grossa, sprawiające, że to wielkie dzieło jest aktualne do dzisiaj? Spróbujmy to przedstawić w kilku punktach:

1. Wskazanie na cechy, jakie powinien posiadać sędzia śledczy. Hans Gross twierdzi:

Ze wszystkich stanowisk, które w życiu może zajmować prawnik, bez wątpliwości stanowisko sędziego śledczego wymaga największej wszechstronności. Istnieje powszechne przekonanie, iż praca ta jest bardzo potrzebna i ciekawa, ale rzadko widzi się te trudności, z którymi styka się ta służba. Wymaga się od niego młodzieńczej energii, wytrzymałości, gorliwości w pracy, obszernej wiedzy prawniczej nie tylko z zakresu prawa karnego ale także i cywilnego. Konieczna jest także znajomość ludzi, umiejętność kontaktów z nimi, takt, przenikliwość i w wielu przypadkach cywilna odwaga. Ponadto sędzia śledczy powinien być gotowy ryzykować zdrowiem i życiem, jeżeli przychodzi mu mieć do czynienia z niebezpiecznymi przestępcami, kiedy musi podejmować wyjazdy związane z niebezpieczeństwem, przesłuchiwać zakaźnie chorych. Musi on podejmować decyzje we wszystkim, bez wyjątku ze wszystkich dziedzin wiedzy, powinien znać różne języki obce, umieć rysować i powinien rozumieć informacje przekazywane mu przez lekarza sądowego. Powinien znać sztuczki kłusowników tak samo jak metody spekulantów giełdowych. Wiedzieć w jaki sposób dokonuje się fałszerstw testamentów i w jaki sposób doszło do katastrofy kolejowej, jak działają szulerzy karciani, jak doszło do wybuchu kotła i w jaki sposób handlarz koni oszukuje kupującego, jak należy prowadzić księgi handlowe, powinien rozumieć złodziejski żargon, rozszyfrować ukryty zapis i w końcu rozumieć metody i znać narzędzia używane przez różnych rzemieślników⁶.

Jaką funkcję pełnił w procesie karnym ówczesny sędzia śledczy? Nie wdając się specjalnie w ówczesne reguły austriackiego prawa karnego i procesu⁷, w czasach Hansa Grossa sędzia śledczy prowadził postępowanie przygotowawcze w formie śledztwa⁸. Był powiadamiany przez policję czy żandarmerię o popełnionym przestępstwie. Udawał się na miejsce zdarzenia, przeprowadzał

⁵ Por. E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937.

⁶ H. Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, Graz 1898 (z przedmowy do wydania trzeciego).

⁷ Por. B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 130–136 i 193–196, a także por. E. Krzymuski, *Wykład procesu karnego*, Kraków 1922.

⁸ Por. T. Grzegorzczak, *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 105.

ogłędziny, gdzie przy pomocy funkcjonariuszy, ale faktycznie samodzielnie, zabezpieczał ślady. Instytucja technika kryminalistyki, policjanta, żandarma, który specjalizował się w ujawnianiu i zabezpieczaniu śladów, wykonywaniu fotografii na miejscu zdarzenia, dokonywaniu pomiarów i sporządzania szkiców kryminalistycznych, pojawiła się dopiero w połowie lat 20. XX w. W czasach H. Grossa obowiązek wykonania tych czynności spadał na sędziego śledczego. Osoba ta przesłuchiwała świadków i podejrzanych, stosowała aresztowanie. Powoływała biegłych i współpracowała z nimi, prowadziła przeszukania (przy pomocy funkcjonariuszy), a także eksperymenty procesowe. Sędzia śledczy zbierał również i inne dowody w sprawie np. notatki z informacji operacyjnych policji, wywiadu środowiskowego, rozpoznania danego środowiska itd. W tym zakresie zarówno funkcjonariusze policji, jak i żandarmerii byli mu podlegli. Po zebraniu materiału dowodowego, sporządzeniu raportu ze sprawy, przekazywał całość prokuratorowi, który wnosił i popierał akt oskarżenia w sądzie. Był to ogrom pracy, wymagający od sędziego śledczego encyklopedycznej wiedzy oraz pełnego zaangażowania i poświęcenia.

2. Hans Gross był entuzjastą wszelkich odkryć i nowinek naukowych. Uważał, że wszystko może się przydać w prowadzonej sprawie. Już wtedy przestępczość wnikała w każdy zakamarek ludzkiego życia, dlatego też wiedza z każdej dziedziny była potrzebna. Był zwolennikiem szerokiego wykorzystywania biegłych. Dla niego biegłym był nie tylko uczony, ale także rzemieślnik znający się doskonale na swojej pracy. Jakże aktualne są obecnie poglądy tego uczonego i praktyka, dotyczące konieczności należytego wynagradzania biegłych⁹.

3. Sformułował podstawy tzw. myślenia kryminalistycznego, czyli konieczności odpowiedzi na „siedem złotych pytań”: co?, gdzie?, kiedy?, dlaczego?, za pomocą czego?, w jaki sposób?, kto? Wymagał pedantycznej wręcz dokładności i ścisłości, zarówno w wykonywanych czynnościach procesowych, jak i w myśleniu. Wszystko musiało być uporządkowane, poukładane, zaplanowane. Zalecał wykorzystanie każdej wolnej chwili na samodoskonalenie się, studiowanie najnowszej literatury naukowej, korzystanie nawet ze spacerów w celu zapoznania się z okolicą, mieszkającymi ludźmi, a także treningi w analizowaniu śladów stóp czy zwierząt na piaszczystej ścieżce czy śniegu. Odrzucał wszelkie przesady, dawanie czemuś wiary, bez sprawdzenia.

4. Opracował szczegółowe zasady prowadzenia i dokumentowania oględzin miejsca zdarzenia, a także przesłuchania. Szukał metod usprawnienia pracy sędziego śledczego. To jego pomysłem jest walizka śledcza.

Czy zatem Hans Gross był, jak to się dzisiaj mówi, „człowiekiem sukcesu”, któremu wszystko się udawało? Analizując biografię tego uczonego, trzeba stwierdzić, że nie. Na pewno można go określić jako „człowieka walki”, potra-

⁹ Problem ten jest wstydlivy, ale ciągle aktualny. Por. T. Tomaszewski, *Stary biegły w nowej szacie*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2003, t. VII, cz. 1, s. 29 i nast.

fiącego dochodzić swoich racji. Bardzo szybko dostrzegł, że kryminalistyka jest konieczna każdemu prawnikowi, a szczególnie prawnikowi, który chciałby pracować jako sędzia śledczy. Wielokrotnie próbował wprowadzić na studiach prawniczych kurs kryminalistyki i psychologii kryminalnej. Niestety, bezskutecznie. Spotykał się z oporem wybitnych przedstawicieli ówczesnej pozytywistycznej szkoły prawa karnego, którzy nie widzieli potrzeby nauczania takich przedmiotów. Jakże to przypomina czasy nam współczesne. Wprawdzie pozytywistyczna szkoła prawa karnego odeszła już do historii, ale problem niezrozumienia konieczności nauczania kryminalistyki dla prawników pozostał¹⁰. Ze smutkiem obserwuje się likwidowanie uniwersyteckich katedr kryminalistyki (szczególnie obecnie), w miejscach, gdzie były długie tradycje nauczania tego przedmiotu oraz dobra i świetnie przygotowana kadra. Zdziwiają, ale i przerażają poglądy niektórych „uczonych profesorów”, że nie ma co uczyć kryminalistyki, skoro na egzaminie wstępnym na aplikację adwokacką czy radcowską nie ma pytań z tego przedmiotu. Takich przykładów ignorancji i arogancji można by podać wiele. Niestety, w tym zakresie, od czasów Hansa Grossa, niewiele się zmieniło. Bardzo trafnie problem ujmuje B. Hołyst, stwierdzając:

Jednym z ważnych czynników determinujących współczesną skuteczność ścigania karnego i efektywność spełniania zadań ciążących na instytucji wymiaru sprawiedliwości jest upowszechnienie znajomości kryminalistyki nie tylko wśród pracowników organów policyjnych, lecz również w gronie prokuratorów, sędziów i adwokatów. Przygotowanie prawnika w dziedzinie kryminalistyki jest podstawą ochrony praworządności. Niewątpliwie można by uniknąć wielu pomyłek sądowych, umorzeń postępowań, wyroków uniewinniających (z braku dowodów, mimo tego, iż wszyscy wiedzą, że oskarżony jest groźnym przestępcą), gdyby prokuratorzy i sędziowie znali dokładnie naukowe metody śledcze. Niestety, stopień znajomości podstawowych nawet zagadnień z zakresu naukowych metod śledztwa jest wśród prawników wciąż niedostateczny, o czym świadczą zaskakujące wręcz przypadki ignorancji¹¹.

Rzeczą zrozumiałą jest, że od sędziów, adwokatów i nawet prokuratorów nie można wymagać dokładnej znajomości techniki kryminalistycznej. Powinni jednak oni znać na poziomie ogólnym metody zabezpieczania materiału dowodowego, orientować się w zakresie możliwości przeprowadzenia poszczególnych ekspertyz oraz ich wartości dowodowej, a także wiedzieć, w jakim stadium i jakie elementy dowodów rzeczowych należy zabezpieczyć¹². Prawniki nieznający kryminalistyki faktycznie „kapitulują” przed biegłym, często nie

¹⁰ Por. J. Kasprzak, *Błędy w jednej sprawie, czyli jeszcze raz o potrzebie znajomości kryminalistyki przez prawników*, [w:], V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Kryminalistyka dla prawników. Prawo dla kryminalistyki*, Toruń 2010, s. 211 i nast.

¹¹ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2010, s. 43.

¹² J. Gurgul, *Sprzężenie: biegły – prokurator (policjant)*, „Problemy Kryminalistyki” 1997, nr 216, s. 30 i nast.; idem, *Wybrane problemy w kontaktach organu procesowego z biegłym*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 244, s. 16 i nast.

mogąc należycie ocenić znaczenia dowodowego przeprowadzonych badań, wartości zastosowanych metod oraz kwalifikacji eksperta. Prokurator lub sędzia może nie umieć przeprowadzić ekspertyzy, jednak musi się orientować, jaki procent niepewności tkwi w metodach badawczych zastosowanych przez eksperta. Niepewność tę musi on uwzględniać, oceniając całokształt materiału dowodowego¹³. Znajomości kryminalistyki nie można sprowadzać jedynie do wiedzy z zakresu techniki kryminalistycznej, aczkolwiek udział prokuratora w oględzinach miejsca zdarzenia (w świetle ostatnich badań i prowadzonych spraw) pozostawia naprawdę wiele do życzenia¹⁴. Prawnik pracujący w organach ścigania czy wymiaru sprawiedliwości podejmuje również szereg czynności taktycznych. To właśnie wiedza kryminalistyczna jest konieczna do prawidłowego przesłuchania świadka, podejrzanego, przeprowadzenia konfrontacji, okazania, przeszukania, eksperymentu procesowego czy wreszcie prowadzenia wielu czynności rozpoznawczo operacyjnych¹⁵. Trudno jest tutaj wyraźnie rozróżnić i wymienić wszystkie czynności, gdzie wiedza kryminalistyczna jest przydatna, a nawet konieczna. Można przecież jeszcze wspomnieć o planowaniu postępowania, tworzeniu wersji i ich sprawdzaniu i weryfikacji. W świetle najnowszych tendencji, gdy organ ścigania – oprócz klasycznego działania retroaktywnego, podejmowanego po zaistnieniu przestępstwa – będzie coraz szerzej działał proaktywnie (wyprzedzająco i profilaktycznie), wiedza z zakresu wywiadu kryminalnego, analizy kryminalnej lub profilowania będzie coraz ważniejsza¹⁶.

Hans Gross żył na przełomie XIX i XX w. Czas ten obfitował w wielkie wydarzenia historyczne, zarówno w sferze politycznej (wojny, powstania, rewolucje, powstawanie i upadki państw), jak i w sferze gospodarczej (początki uprzemysłowienia, era gospodarki kapitalistycznej), a także w sferze kultury, nauki i obyczajności¹⁷. Początek epoki sięgał końca XVIII w. i Wielkiej Rewolucji Francuskiej, która niosąc na sztandarach wspaniałe hasła, w wielu przy-

¹³ B. Hołyst, op. cit., s. 43, a także: M. Calkiewicz, *Wykorzystanie opinii biegłego w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 2008, nr 259, s. 26 i nast. oraz eadem, *Ocena dowodu z opinii biegłego przez organ procesowy w postępowaniu karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 2008, nr 260, s. 55 i nast.

¹⁴ Por. M. Calkiewicz, *Oględziny zwłok i miejsca ich znalezienia*, Warszawa 2010, a także por. wyniki bardzo ciekawych badań: V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Oględziny miejsca. Teoria i praktyka*, Toruń 2011.

¹⁵ Por. Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 24 i nast.

¹⁶ J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 1(791), s. 5, a także por. P. Chlebowicz, W. Filipkowski, *Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Warszawa 2011; J. Gołębiowski, *Profilowanie kryminalne*, Warszawa 2008.

¹⁷ Omawianie tych problemów dokładnie wymagałoby spisania wielkiego dzieła, gdyż zagadnieniom tym poświęcono już całe biblioteki. A. Chwalba (red.), *Wielka historia świata*, t. 9, *Świat w latach 1800–1850*, Warszawa 2006; J. Buszko, S. Grodziski (red.), *Wielka historia świata*, t. 10, *Świat od Wiosny Ludów do I wojny światowej*, Warszawa 2006.

padkach niosła także zwykłym ludziom niedostatek, głód i śmierć¹⁸. Europa nie otrząsnęła się jeszcze ze skutków tej rewolucji, a nastąpił okres wojen napoleońskich. Miłośnicy tej epoki będą zachwycać się wspaniałymi kampaniami wojennymi, genialnością dowódców, pięknem mundurów. Tak, to wszystko prawda, ale spójrzmy na tę epokę od strony kryminalistyki. Prawie 30 lat trwające w Europie wojny, przemarsze wielkich armii niszczyły wsie i miasteczka. Szerzyły się zabójstwa i rozboje. Niekiedy motywem popełnianych zbrodni była chęć bogacenia się, ale czasami chęć przetrwania, przeżycia w trudnych czasach. Następowala niespotykana w dziejach ludzkości demoralizacja społeczeństw. Na taką sytuację nakładały się jednocześnie zjawiska rodzącego się drapieżnego kapitalizmu. Przemieszczanie się mas ludności do wielkich miast. Nie trzeba dzisiaj nikogo przekonywać, że taka sytuacja stanowiła przyczynę ogromnego wzrostu przestępczości. Negatywnym przejawem życia społecznego XIX w. była rodząca się współczesna przestępczość kryminalna¹⁹, ale także przestępczość o podłożu ideologicznym, w tym i anarchistycznym. Odpowiedzią na te zjawiska było powstawanie nowoczesnej policji, stosującej dawne metody śledcze (inwigilacja, tajni informatorzy, przesłuchania świadków i podejrzanych (bardzo często z użyciem brutalnych metod przesłuchania), ale także wykorzystującej najnowsze osiągnięcia ówczesnej nauki i techniki. Zaczęło rodzić się pojęcie dowodu naukowego, przez który należy rozumieć dowody dostarczane przez ekspertów i biegłych sądowych, którzy opierając się na swojej wiedzy fachowej, specjalnych metodach i technikach badawczych, przyjętych w danej dyscyplinie naukowej, wydają opinię traktowaną jako środek dowodowy w postępowaniu²⁰. Pojęcie dowodu naukowego kojarzy się ze współczesnym rozwojem wiedzy, choć jego początki sięgają czasów starożytnych, i dotyczą wiedzy z zakresu medycyny, budownictwa i rzemiosła, a także badań autentyczności dokumentów. Druga połowa XVIII w. i wiek XIX to okres, w którym następowały rewolucyjne zmiany w prawie karnym i procesie karnym. Inkwizycyjną formę procesu zastąpiła forma mieszana, legalną teorię dowodów – zasada swobodnej oceny dowodów²¹. Wiek XIX to także czas burzliwego rozwoju nauki i techniki. Wiele odkryć z zakre-

¹⁸ Czytelnik pozwoli, że i w tym przypadku autorzy odwołają się jedynie do dostępnej literatury przedmiotu; por. R. Escande (red.), *Czarna księga rewolucji francuskiej*, Dębogóra 2015; H. Gebhard, *Wolność, równość, morderstwo. Zbrodnie rewolucji francuskiej*, Kraków 2017; R. Secher, *Ludobójstwo francusko-francuskie. Wanda – departament zemsty*, Warszawa 2003.

¹⁹ Por. F. Górski, *Czarna księga*, t. 1 i 2, Warszawa 2016, a także P. Rytzel, K. Rytzel, *Historie kryminalne. Wiek XIX*, Konin 2017; S. Milewski, *Szemrane towarzystwo niegdysiejszej Warszawy*, Warszawa 2009; S. Milewski, *Ciemne sprawy dawnych warszawiaków*, Warszawa 2009.

²⁰ E. Gruza, *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7/8 s. 85; por. także J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 34, oraz M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 42 i nast.

²¹ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973, s. 106 i nast.

su biologii, medycyny, toksykologii, chemii i fizyki szybko znajdowało zastosowanie w ramach dowodu naukowego²². Pojawiły się nawet propozycje zastąpienia sędziego – sędziami naukowymi, ferującymi naukowe wyroki²³. Miało to zapewnić maksymalny obiektywizm w ustaleniu prawdy i przeciwstawić się problemowi kłamliwych i przekupnych świadków. Fascynacja osiągnięciami wiedzy i dowodami, możliwościami ich wykorzystania w procesie karnym powodowała większe zainteresowanie dowodami rzeczowymi. E. Locard pisał:

Oto pewni i niemi świadkowie, którzy nie kłamią i nie wprowadzają w błąd: odciski palców, ślady stóp, ślady paznokci i zębów, zwęglone dokumenty podatne do odcyfrowania, kształt narzędzi włamania, pozostałości odzieży. Inni świadkowie są zbędni, przestępca podpisał się pod swoją zbrodnią²⁴.

Locard widział wszakże konieczność korzystania z osobowych źródeł dowodowych. Jednak zeznania świadków i wyjaśnienia oskarżonych powinny być jego zdaniem poddane wnikliwej psychologicznej ocenie.

Wiek XIX to czas wielkich kontrastów, szczególnie w jego drugiej połowie; epoka literatury, malarstwa, aktorstwa. To właśnie wtedy powstały prawdziwe arcydzieła sztuki, ale także moda na sztukę, pozowanie na artystę²⁵. Zakończenie tego okresu to *La Belle Époque* (piękna epoka, piękny czas, piękny okres). Nazwa ta została nadana okresowi od zakończenia wojny francusko-pruskiej w 1871 r. do wybuchu I wojny światowej. Miała miejsce w czasie trwania Trzeciej Republiki Francuskiej oraz Cesarstwa Niemieckiego i była uważana za okres rozkwitu, postępu i spokoju w Europie. Ówczesne społeczeństwo wierzyło w postęp i dobrobyt. Spora jednak część społeczeństwa pozostawała poza marginesem takiego życia. Powstawały liczne ruchy socjalistyczne, rewolucyjne i anarchistyczne. Z jednej strony piękno i nowoczesność, z drugiej świat zbrodni, biedy i zaniedbania. Tym, oczywiście w skrócie, charakteryzowała się epoka, w jakiej żył, pracował i tworzył Hans Gross.

Hans Gustaw Adolf Gross urodził się w Grazu 26 grudnia 1847 r. w zamożnej rodzinie mieszczańskiej. Cała rodzina przez lata wiernie służyła cesarzowi i monarchii austriackiej. Jego dziad, Johann Gross, był prawnikiem i zajmował stanowisko nadwornego doradcy przy ówczesnym Cesarskim Sądzie Najwyższym. Ojciec, Gustaw Adolf Józef Gross (1806–1876) był wojskowym komisarzem administracyjnym, matka – Frances z domu Lutzendorf (ur. 1820 r., data śmierci nieznana) – zajmowała się domem i wychowaniem jedynego syna, Hansa. Oboje rodzice posiadali, jak na owe

²² Por. J. Thorwald, *Stulecie detektywów*, Kraków 1971, s. 23.

²³ Zdaniem XIX-wiecznych prawników tylko sędzia naukowiec mógł zrozumieć eksperta. W Niemczech były to koncepcje K. Mittermajera, w Rosji – L.E. Władimirowa; por. D. Sołodow, op. cit., s. 56 i nast.

²⁴ E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937, s. 13.

²⁵ Por. M. Perrot (red.), *Historia życia prywatnego. Od rewolucji francuskiej do I wojny światowej*, t. 4, Wrocław–Warszawa–Kraków 2006, s. 328 i nast.

czasy, staranne wykształcenie. Ojciec ukończył akademię wojskową, matka renomowaną pensję. W domu rodzinnym panowała atmosfera zamięłowania do nauki, książek, fascynacja odkryciami naukowymi, ale także atmosfera porządku i dyscypliny, obecne były pewne wpływy tak niedawnej Wiosny Ludów, chociaż wierność osobie Cesarza była mocno eksponowana. W takiej atmosferze Hans Gross spędził dzieciństwo. W wieku 6 lat rozpoczął naukę prowadzoną przez prywatnego guwernera. Gdy miał 10 lat i wstępował do Cesarzowskiego Gimnazjum w Grazu, potrafił już doskonale czytać i pisać w języku niemieckim, znał język francuski, podstawy łaciny, matematykę, biologię i geografę. Po ukończeniu gimnazjum, naukę kontynuował na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Grazu²⁶. Okres nauki w gimnazjum i studiów nie zapisał się chyba niczym szczególnym, gdyż nie zachowała się na ten temat żadna wzmianka. Wiadomo jedynie, że Hans Gross, będąc studentem prawa, chętnie uczęszczał jako wolny słuchacz na wykłady z biologii, chemii, fizyki i medycyny. W 1869 r. został skierowany na praktykę prawniczą na stanowisku sędziego śledczego w miastach Leoben i Feldbach (miasteczka w Styrii, kraju związkowym, którego stolicą był Graz). Należy sądzić, że młody Hans Gross studiował pilnie, gdyż 31 lipca 1870 r., kończąc studia, otrzymał stopień doktora prawa. Po ukończeniu studiów został wyznaczony na stanowisko prokuratora przy Sądzie Ziemskim w Grazu. Obok pracy jako praktyk rozpoczął także pracę naukową. Jego pierwsze artykuły to: *Projekt rozwoju prawa* (1873), *Godność człowieka jako obiekt działania wyroków sądowych* (1874), *Działania Sądu Najwyższego w sprawach składania pod przysięgą fałszywych zeznań* (1875). W pracach tych zauważył poważny dysonans pomiędzy skostniałym nauczaniem prawa w ujęciu szkoły klasycznej (pozytywistycznej) prawa karnego a realnością. Zwrócił uwagę na brak przygotowania prawników do posługiwania się nowoczesnymi dowodami z opinii biegłych lekarzy, biologów, fizyków, chemików, ekspertów od badań mikroskopowych i innych. Doszedł do wniosku, że studia prawnicze nie przygotowują przyszłego sędziego śledczego, prokuratora, sędziego sądu do właściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego²⁷.

W 1876 r. Hans Gross ożenił się z Adele Raymann (1854–1942), a 17 marca 1877 r. urodził się ich jedyny syn, Otto. Atmosfera w jego nowej rodzinie była podobna do tej, którą wyniósł z domu rodzinnego. Hans Gross pracował, a żona, Adele Gross, zajmowała się domem i dzieckiem. Otrzymała, jak na owe czasy, staranne wykształcenie, znała biegle język francuski i angielski. Małżeństwo to można uznać za udane (choć przekazów na ten temat zachowało

²⁶ G.M. Dienes, *Gross – Stadt. Hans Gross und sein Lebensmittelpunkt Graz*, [w:] Ch. Bachhiesl, G. Kocher, T. Mühlbacher (red.), *Hans Gross - ein 'Vater' der Kriminalwissenschaft*, Wiedeń 2015, s. 15 i nast.

²⁷ R. Grassberger, *Pioneers in Criminology XIII – Hans Gross (1847–1915)*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1957, vol. 47, nr 4, s. 400.

się niewiele). Żona towarzyszyła mężowi w jego licznych przeprowadzkach, pomagała w pracy, pierwsza czytała jego teksty i dokonywała ich korekty.

Szczęśliwe życie rodzinne przerwały wydarzenia roku 1878. W krajach granicznych Cesarstwa (a takim krajem była Styria) została ogłoszona mobilizacja. Hans Gross, kierując się pobudkami patriotycznymi, w odpowiedzi na manifest cesarza Franciszka Józefa, wstąpił do armii, tym bardziej że miał przygotowanie wojskowe. W roku 1869 przeszedł przeszkolenie w 27 Pułku Piechoty Liniiowej w Grazu, a w 1872 r. ukończył szkołę dla oficerów rezerwy przy wymienionym pułku. Zgodnie ze swoim przygotowaniem zawodowym, został wojskowym śledczym w stopniu porucznika. Przebywał w różnych rejonach Bośni, zdobywając doświadczenie praktyczne, przy tym uczył się języka serbskiego, chorwackiego, a także języka rosyjskiego. Postawione mu zadania starał się wykonywać jak najlepiej. Za wykazaną odwagę został nagrodzony Krzyżem Rycerskim Orderu Franciszka Józefa i otrzymał też awans do stopnia nadporucznika²⁸. Gdy sytuacja w Bośni powoli zaczęła się normalizować pod okupacją austro-węgierską, w 1881 r. został zwolniony z wojska. Powrócił do rodzinnego Grazu i objął stanowisko prokuratora. Był bardzo aktywny zawodowo, dużo pisał w tym czasie. Jego artykuły były poświęcone analizie wielu problemów praktyki śledczej. Za zasługi i osiągnięcia zawodowe został w 1890 r. przeniesiony do Wiednia, gdzie objął stanowisko pomocnika prokuratora stołecznego.

Hans Gross dość krytycznie odnosił się do metod pracy austriackiej policji kryminalnej przy prowadzeniu spraw karnych. Uważał, że policja posługuje się przestarzałymi i nieefektywnymi metodami, bazuje jedynie na anonimowych donosach, informacjach płatnych agentów, stosowaniu brutalnej siły fizycznej w stosunku do przesłuchiwanym podejrzanych w celu wymuszenia przyznania się. Uważał, że dla podniesienia zarówno poziomu moralnego, jak i merytorycznego pracy policji, trzeba stworzyć nowy naukowo-techniczny fundament. Dla stworzenia takiego fundamentu tylko wiedza z zakresu prawa i procesu karnego jest niewystarczająca. Z tych też powodów Hans Gross próbował do walki z przestępczością wprowadzić osiągnięcia różnych nauk: chemii i fizyki, botaniki i zoologii, psychologii i fizjologii, fotografii i badań mikroskopowych. Uważał, że wiedza z każdej dziedziny może być przydatna przy wykryciu przestępstwa i jego sprawcy.

W 1893 r., dzięki swojemu 24-letniemu doświadczeniu w pracy na stanowisku sędziego śledczego i prokuratora, zdobytej wiedzy z różnych dziedzin nauki, dr Hans Gross wydał w Grazu (Wyd. Leuschner und Lubensky) swój podręcznik pt. „Handbuch für Untersuchungsrichter, Polizeibeamte, Gendarmen u.s.w.”. Praca nad tą książką, liczącą 620 stron, trwała prawie trzy lata.

²⁸ T. Mühlbacher, *Der Staatsdiener Hans Gross*, [w:] Ch. Bachhiesl, G. Kocher, T. Mühlbacher (red.), op. cit., s. 63 i nast.

Był to pierwszy na świecie zwarty i całościowy podręcznik kryminalistyki. Wcześniej ukazywały się wydawnictwa o charakterze pitavali (czyli bardziej popularne i sensacyjne niż naukowe) oraz liczne artykuły, szczególnie z zakresu medycyny i psychiatrii sądowej. Hansowi Grossowi udało się doskonale połączyć i opisać doświadczenia praktyki i współczesnej mu nauki. W ten sposób jakby scalił wiele rozproszonych informacji w jeden system, dając solidny fundament pod nową naukę – kryminalistykę. Wydana księga od razu wzbudziła ogromne zainteresowanie i uznanie. W 1894 r. ukazało się jej drugie wydanie. Hans Gross nieustannie poprawiał i aktualizował swoje dzieło. Usuwał części nieaktualne, zastępując je nowymi treściami, obejmującymi najnowsze osiągnięcia nauki i techniki. Pracował nieustannie, pisząc także wiele artykułów do ówczesnych wydawnictw fachowych. W 1899 r. ukazało się w tym samym wydawnictwie trzecie wydanie tego dzieła pod zmienionym tytułem „Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik”, liczące aż 813 stron. Ogromne zainteresowanie tą pozycją spowodowało, że była ona tłumaczona na wiele języków. Za życia Hansa Grossa ukazało się jeszcze wydanie czwarte w 1904 r., piąte w 1908 r. i szóste w 1914 r. Później po śmierci Grossa, praca wydawana była wielokrotnie w Niemczech i Wielkiej Brytanii. Wydania późniejsze, szczególnie z drugiej połowy XX w. stanowiły podręczniki dostosowywane do realiów współczesnych, uaktualniane przez wielu uczonych, niekiedy pozostawiający tylko nazwisko autora i fundamentalne, niezmiennie zasady, które głosił.

Wciąż toczy się dyskusja, czy Hans Gross jest twórcą nazwy kryminalistyka. Wydaje się, że nie. Nazwa ta funkcjonowała w różnych opracowaniach już w początkach XIX w.²⁹ Problem tkwi nie w kwestii, kto pierwszy użył tej nazwy, ale w jakim znaczeniu była ona użyta. Już w 1848 r. Feliks Górski (właściwie Henryk Emanuel Glucksberg) w swojej „Czarnej Księdze” użył terminu kryminalistyka³⁰, ale w znaczeniu ciekawego przypadku kryminalnego. Hans Gross pod pojęciem kryminalistyki rozumiał naukowe metody śledcze.

Hans Gross był człowiekiem pochłoniętym pracą zawodową i naukową. Poświęcał jej każdą wolną chwilę. W 1898 r. ukazało się inne jego epokowe dzieło – „Kriminal Psychologie”. Jest to pierwszy nowoczesny podręcznik psychologii sądowej. Szybko doczekał się przekładu na język angielski. Do roku 2017 zostało opublikowanych aż 58 wydań tej książki w językach niemieckim i angielskim. W każdym kolejnym wydaniu swoich prac Hans Gross wprowa-

²⁹ Por. W. Brzęk, *Próba periodyzacji dziejów polskiej kryminalistyki*, „Problemy Kryminalistyki” 1981, nr 150; idem, *Pionierzy kryminalistyki polskiej*, „Problemy Kryminalistyki” 1982, nr 155; idem, *Kilka uwag na temat zakresu czasowego dziejów kryminalistyki*, [w:] J. Widacki (red.), *Wybrane zagadnienia teorii i metodologii kryminalistyki*, Katowice 1983.

³⁰ Por. F. Górski, *Czarna Księga. Zbiór najciekawszych procesów kryminalnych dawniejszych i nowszych czasów*, t. 1, Warszawa 2016, s. 108.

dzał zmiany i poprawki, rozszerzało się tym samym pojmowanie przez niego zakresu nauki kryminalistyki³¹.

Gross rozumiał, że do profesjonalnego przygotowania sędziów śledczych, konieczne jest wprowadzenie do uniwersyteckich programów nauczania prawa przedmiotu kryminalistyka. W 1893 r. zgłosił taki projekt do ówczesnego Ministerstwa Kultury i Wykształcenia. Pomysł ten został pozytywnie zaopiniowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości, które życzliwie podchodziło do starań Hansa Grossa. Ruszyła machina biurokratyczna. Ministerstwo Kultury i Wykształcenia podeszło do projektu dość niechętnie. Zwróciło się o opinię do znanego w tamtych czasach uczonego prawnika prof. H. Lammascha³², zadając mu pytanie, czy nauka o metodach śledczych – kryminalistyka, odpowiada wymaganiom stawianym nauce i czy może być wykładana w ramach uniwersyteckiego nauczania prawa. Prof. H. Lammasch stwierdził, że kryminalistykę można wyklądać jako dyscyplinę praktyczną, natomiast nie odpowiada wymaganiom nauki w rozumieniu poziomu uniwersyteckiego³³. Jednak Hans Gross nie zraził się. Mając wsparcie Ministerstwa Sprawiedliwości, przeprowadził w marcu 1894 r. w Wiedniu kurs dla oficerów wiedeńskiej żandarmerii na temat nauk pomocniczych w prawie i procesie karnym. Kurs i wykładana tam kryminalistyka spotkały się z wielkim uznaniem i zainteresowaniem zarówno wysokiego szczebla urzędników ministerstwa, jak i słuchaczy. W sierpniu 1895 r. utworzył przy Sądzie Ziemskim w Grazu muzeum kryminalistyki. W tym samym roku w Linzu odbył się międzynarodowy kongres kryminalistyki, na którym Hans Gross wystąpił z płomiennym referatem na temat miejsca kryminalistyki w nauce i jej roli w wykrywaniu przestępstw. Uczestnicy kongresu entuzjastycznie ogłosili Hansa Grossa „ojcem” kryminalistyki i podjęli uchwałę o rekomendowaniu włączenia kryminalistyki do programów nauczania prawa w uniwersytetach. W maju 1896 r. Hans Gross podjął starania o stanowisko prywatnego docenta na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Grazu i prowadzenie wykładów z nauk pomocniczych dla prawa karnego. Nie używał terminu kryminalistyka, gdyż nie chciał narażać się władzom uczelni oraz urzędnikom ministerstwa. Ponownie jednak otrzymał z Ministerstwa Kultury i Wykształcenia odpowiedź odmowną, w której urzędnicy ministerstwa podnieśli kilka kwestii. Po pierwsze, nie uważali za stosowne włączanie do programu studiów prawniczych nauk praktycznych, gdyż obok nauki o prowadzeniu śledztwa musieliby także włączyć zagadnienia statystyki, nauk

³¹ W.W. Jusupow, *Priedmiot kriminalistiki: etapi formuwania ta suczasni pidchodi*, „Tieorija ta praktika sudowej ekspiertizy i kriminalistiki” 2018, nr 18, s. 65.

³² Heinrich Lammasch (1853–1920) – prawnik, austriacki profesor prawa karnego i międzynarodowego. Pełnił liczne funkcje ministerialne. Był członkiem trybunału arbitrażowego w Hadze.

³³ K. Probst, *Hans Gross – Osnowopolożnik kriminalistiki*, [w:] S.I. Nieżubrida, M.P. Diaczuk, R.W. Sabadasz, N.M. Zagorodna (red.), *Hans Gross – Bibliograficzieskij pokazczik*, Czerniowce 2015, s. 17.

o społeczeństwie, psychologii itd. Po drugie, zarzucano Hansowi Grossowi brak doświadczenia pedagogicznego i dydaktycznego, gdyż wcześniej nie był zatrudniany na uczelniach, a po trzecie, poruszono kwestę uznania jego stopnia doktora. Powstał problem, czy ten stopień doktora prawa karnego, uzyskany zaraz po studiach (niejako w drodze wyróżnienia), odpowiadał stopniowi doktora tych osób, które go uzyskały, pracując jako asystenci na uczelni. Ministerstwo ponownie zwraca się o opinię do ówczesnego autorytetu prof. C. Stoossa³⁴, znanego karnisty z Uniwersytetu w Wiedniu. Prof. Stooss stwierdził, że wprowadzenie do programu studiów przedmiotu o prowadzeniu śledztwa nie jest w zasadzie dla studentów prawa konieczne. W kolejnych punktach profesor uznał, że Hans Gross posiada już znaczny dorobek naukowy upoważniający go do prowadzenia zajęć uniwersyteckich. Stwierdził również, że posiadany stopień doktora upoważnia go do prowadzenia zajęć z prawa karnego³⁵.

Mimo wszystko Gross była bardzo konsekwentny i stale publikował, zajmując się zarówno poprawianiem wydanych już prac z zakresu kryminalistyki, jak i przygotowując podręcznik psychologii sądowej. Dalej pracował na stanowisku pomocnika prokuratora w Wiedniu. Sprawa Hansa Grossa nie została jednak w Ministerstwie Kultury i Wykształcenia zakończona, choć ma poparcie Ministerstwa Sprawiedliwości, a jego życiorys jest bez skazy. Patriotyczna postawa, bezgraniczne oddanie i wierność monarchii, poważny już dorobek naukowy Grossa skłaniają urzędników ministerstwa do salomonowego rozwiązania. Na wydziałach prawa uniwersytetów w centrum kraju nie było wówczas wolnego stanowiska profesora prawa karnego, ale takie nieobsadzone stanowisko było na Wydziale Prawa Uniwersytetu im. Franciszka Józefa w Czerniowcach³⁶. Decyzją z 1 sierpnia 1898 r. Ministerstwo Kultury i Wykształcenia skierowało dr. Hansa Grossa do pracy w tym uniwersytecie. Z jednej strony spełniły się marzenia Grossa, by pracować w uniwersytecie i uczyć prawa karnego (w tym oczywiście i kryminalistyki). Z drugiej jednak strony Czerniowce dla Austriaka żyjącego i pracującego w centrum kraju, w tym i stolicy Wiedniu, to prawdziwy „koniec świata”. Można by się doszukiwać tutaj takiej typowej urzędniczej „austriackiej złośliwości”. Jednak Hans Gross przyjął propozycję i na początku grudnia 1898 r. przybył z żoną do tego miasteczka, by już 16 grudnia otrzymać nominację na stanowisko profesora zwyczajnego. Zajęcia ze studentami rozpoczął 1 marca 1899 r. Prowadził wykłady z prawa karnego materialnego, procesu karnego, specjalny kurs z prawa penitencjarnego oraz liczne seminaria. Kiedy tylko mógł, szczególnie na zaję-

³⁴ Carl Stooss (1849–1934) – prawnik, szwajcarski profesor prawa karnego. Współtwórca szwajcarskiego kodeksu karnego.

³⁵ K. Probst, op. cit., s. 18.

³⁶ Czerniowce – miasto istniejące już w XII wieku jako osada, w 1775 r. zostało włączone do Austrii. W 1849 r. stało się stolicą Księstwa Bukowiny. W 1875 r. powstał w Czerniowcach Uniwersytet im. Franciszka Józefa, gdzie nauczano w językach niemieckim, rumuńskim i ukraińskim. Obecnie jest stolicą obwodu czerniowieckiego w Ukrainie, liczy ok. 250 tys. mieszkańców.

ciach seminaryjnych, „przemycal” treści kryminalistyczne³⁷. Nie mógł otwarcie prowadzić przedmiotu kryminalistyka, gdyż ten nie został oficjalnie wprowadzony i zatwierdzony.

W latach 1899–1900, Hans Gross był dziekanem Wydziału Prawa Uniwersytetu w Czerniowcach. Jego aktywność naukowa była bardzo duża. To tu właśnie założył i wydawał pismo „Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik” (w Czerniowcach ukazało się 9 numerów tego periodyku)³⁸. W 1898 r. zostało wydane inne jego epokowe dzieło, „Kriminal Psychologie”, oraz w 1899 r. trzecie wydanie podręcznika pod zmienionym tytułem „Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik”. W 1901 r. wydał „Encyclopedie der Kriminalistik” oraz cały szereg fachowych artykułów. W Czerniowcach w pełni uwidoczniły się zdolności naukowe, organizacyjne i pedagogiczne Hansa Grossa. Na początku 1902 r. zwolniło się stanowisko profesora prawa karnego na Niemieckim Uniwersytecie Karola i Ferdynanda w Pradze. Hans Gross otrzymał propozycję objęcia tego stanowiska. Zakończył pracę w Czerniowcach 31 lipca 1902 r.³⁹ Mając wówczas 55 lat, marzył o powrocie w rodzinne strony – z Pragi było już znacznie bliżej. W drugiej połowie roku 1902 przeprowadził się z żoną do Pragi. Prowadził zajęcia z prawa karnego. Już otwarcie, na różnego rodzaju seminariach i ćwiczeniach przedstawiał metody śledcze uzupełniające wiedzę z prawa i procesu karnego. Prowadził ze studentami liczne eksperymenty psychologiczne, stosując najnowsze metody nauczania, np. teorię gier. Szczególnie interesował się w tym czasie problemami diagnostyki kłamstwa w zeznaniach świadków i wyjaśnieniach podejrzanych. Po trzech latach pobytu w Pradze otrzymał propozycję objęcia stanowiska profesora zwyczajnego w swoim macierzystym Wydziale Prawa Uniwersytetu w Grazu. W lipcu 1905 r. powrócił do rodzinnego domu. Na Uniwersytecie w Grazu prowadził zajęcia z prawa i procesu karnego. W 1908 r. rząd Cesarstwa wyróżnił uczonego Orderem Żelaznej Korony za aktywny udział w reformowaniu prawa karnego i jego naukowo-pedagogiczne zasługi. Przez dwa lata Hans Gross był dziekanem Wydziału Prawa Uniwersytetu w Grazu. Jeszcze w roku 1905 uczony przekazał uniwersytetowi wszystkie swoje zbiory, celem zorganizowania muzeum kryminalistyki. Jego marzeniem było powołanie Instytutu Kryminalistyki przy Wydziale Prawa Uniwersytetu w Grazu. Stworzenie takiego instytutu popierało Ministerstwo Sprawiedliwości, widząc w nim pierwsze w Cesarstwie laboratorium kryminalistyczne, wykonujące ekspertyzy na potrzeby organów ścigania i sądów. Podobnie jak w poprzednich

³⁷ S. Nieżurbida, *Hans Gross; liudina, uczenij, ucziel*, „Wisnik Akademii Prokuratury Ukrainy” 2006, nr 3, s. 121.

³⁸ Wydawanie tego periodyku kontynuowano w Grazu i Wiedniu jako „Archiv für Kriminologie”. Pismo ukazuje się do dzisiaj i mimo takiego tytułu zawiera przede wszystkim treści kryminalistyczne.

³⁹ Uniwersytet w Czerniowcach istnieje do dzisiaj jako Czerniowicki Uniwersytet Państwowy im. Jurija Feldkowicza. Tradycje Hansa Grossa są kultywowane na tej uczelni, a osoba tego uczonego cieszy się w całej Ukrainie dużym poważaniem i szacunkiem.

latach, sprawa utknęła w Ministerstwie Kultury i Wykształcenia. Ministerstwo nie widziało konieczności powoływania takiego instytutu. Jednak po wielu staraniach i interwencjach wpływowych osób, 17 lutego 1913r. powołano Instytut Kryminalistyki, gdzie prowadzono zajęcia z nauk pomocniczych dla prawa karnego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Grazu. Na kierownika nowo utworzonej jednostki powołano prof. dr. Hansa Grossa. Była to pierwsza tego rodzaju placówka na świecie.

Omawiany instytut stworzył tzw. grazką szkołę kryminalistyki. Był odznaczany przez licznych pracowników naukowych i praktyków z całej Europy, a także i z obu Ameryk. W sferze zawodowej Hans Gross, po wielu latach trudów, starań i prawdziwej walki osiągnął sukces. Jednak w życiu prywatnym pojawiły się bardzo poważne kłopoty z synem Ottonem, które dostarczyły uczonemu ogromu zmartwień i znacznie nadszarpnęły jego zdrowie i siły. Ponadto ówczesna sytuacja polityczna, klęski wojsk austro-węgierskich na frontach I wojny światowej, wręcz wprowadzały Hansa Grossa w depresję. Był patriotą, wierzył w cesarza Franciszka Józefa i Monarchię. Nie zajmował się polityką, kryminalistyka bez reszty go pochłaniała, ale bardzo przeżywał niepowodzenia swojego ukochanego kraju. Zabierał się do pisania swoich wspomnień w formie pamiętników. Pracował ponad miarę, chcąc jakby zagłuszyć swoje kłopoty rodzinne i tragiczne wydarzenia polityczne. Spędzał w swoim instytucie całe dnie, pracując od wczesnych godzin porannych do późnego wieczora. W końcu listopada 1915 r. jesienne szarugi, przebywanie godzinami w nieogrzewanych pomieszczeniach instytutu znacznie nadważyły jego zdrowie. Nie był już młody, miał prawie 68 lat. Bardzo poważnie się przeziębził, a w konsekwencji zachorował na zapalenie płuc.

Hans Gross zmarł w swoim rodzinnym domu w Grazu 9 grudnia 1915 r. Został pochowany w rodzinnym grobie na cmentarzu św. Piotra w Grazu. Odszedł wielki, genialny uczony, ale pozostała jego nowa nauka – kryminalistyka.

Wykaz literatury

- Brzęk W., *Kilka uwag na temat zakresu czasowego dziejów kryminalistyki*, [w:] J. Wi-dacki (red.), *Wybrane zagadnienia teorii i metodologii kryminalistyki*, Katowice 1983.
- Brzęk W., *Pionierzy kryminalistyki polskiej*, „Problemy Kryminalistyki” 1982, nr 155.
- Brzęk W., *Próba periodyzacji dziejów polskiej kryminalistyki*, „Problemy Kryminalisty-ki” 1981, nr 150.
- Buszko J., Grodziski S. (red.), *Wielka historia świata*, t. 10, *Świat od Wiosny Ludów do I wojny światowej*, Warszawa 2006.
- Całkiewicz M., *Wykorzystanie opinii biegłego w polskim procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 2008, nr 259.

- Całkiewicz M., *Ocena dowodu z opinii biegłego przez organ procesowy w postępowaniu karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 2008, nr 260.
- Całkiewicz M., *Oględziny zwłok i miejsca ich znalezienia*, Warszawa 2010.
- Chlebowicz P., Filipkowski W., *Analiza kryminalna. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Warszawa 2011.
- Chwalba A. (red.), *Wielka historia świata*, t. 9, *Świat w latach 1800–1850*, Warszawa 2006.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1973.
- Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955.
- Czczot Z., Czubalski M., *Zarys Kryminalistyki*, Warszawa 1972.
- Czczot Z., Tomaszewski T., *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996.
- Czysnikow W.N., A.A. Lewenstim – pierwszy propagandist trudów Gansa Grossa i nauki kryminalistiki w Rosyjskiej Imperii, „Kriminalistichnij wisnik” 2014, nr 1(21).
- Dienes G.M., *Gross – Stadt. Hanss Gross und sein Lebensmittelpunkt Graz*, [w:] Ch. Bachhiesl, G. Kocher, T. Mühlbacher (red.), *Hans Gross – ein ‚Vater‘ der Kriminalwissenschaft*, Wiedeń 2015.
- Escande R., *Czarna księga rewolucji francuskiej*, Dębogóra 2015.
- Gebhard H., *Wolność, równość, morderstwo. Zbrodnie rewolucji francuskiej*, Kraków 2017.
- Girdwoyń P., *Wersje kryminalistyczne. O wykrywaniu przestępstw*, Warszawa 2001.
- Gołbiowski J., *Profilowanie kryminalne*, Warszawa 2008.
- Górski F., *Czarna księga*, t. 1 i 2, Warszawa 2016.
- Grassberger R., *Pioneers in Criminology XIII – Hans Gross (1847–1915)*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1957, vol 47, nr 4.
- Gross H., *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, Graz 1899.
- Gross H., *Rukowodstwo k rassliedowaniju priestuplienii*, Moskwa 1930.
- Gruza E., *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7/8.
- Grzegorzczak T., *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Gurgul J., *Sprzężenie: biegły – prokurator (policjant)*, „Problemy Kryminalistyki” 1997, nr 216.
- Gurgul J., *Wybrane problemy w kontaktach organu procesowego z biegłym*, „Problemy Kryminalistyki” 2004, nr 244.
- Hołyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2010.
- Jusupow W.W., *Priemiet kriminalistiki: etapi formuwania ta suczasni pidchodi*, „Teorija ta praktika sudowej ekspiertizy i kriminalistiki” 2018, nr 18.
- Kasprzak J., *Błędy w jednej sprawie, czyli jeszcze raz o potrzebie znajomości kryminalistyki przez prawników*, [w:] V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki*, Toruń 2010.
- Kocher G., *Der Privatmann Hans Gross*, [w:] Ch. Bachhiesl, G. Kocher, T. Mühlbacher (red.), *Hans Gross – ein ‚Vater‘ der Kriminalwissenschaft*, Wiedeń 2015.
- Konieczny J., *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 1(791).
- Krzymski E., *Wykład procesu karnego*, Kraków 1922.
- Kwiatkowska-Wójcikiewicz V., *Oględziny miejsca. Teoria i praktyka*, Toruń 2011.
- Locard E., *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, Łódź 1937.
- Milewski S., *Ciemne sprawy dawnych warszawiaków*, Warszawa 2009.
- Mühlbacher T., *Der Staatsdiener Hans Gross*, [w:] Ch. Bachhiesl, G. Kocher, T. Mühlbacher (red.), *Hans Gross – ein ‚Vater‘ der Kriminalwissenschaft*, Wiedeń 2015.

- Niežurbida S.I., *Hans Gross; liudina, wczienij, wczitiel*, „Wisnik Akademii Prokuratury Ukrainy” 2006, nr 3.
- Niežurbida S.I., Diaczuk M.P., Sabadasz R.W., Zagorodna N.M., *Hans Gross – Bibliograficzieskij pokażczik*, Czerniowce 2015.
- Perrot M. (red.), *Historia życia prywatnego. Od rewolucji francuskiej do I wojny światowej*, t. 4, Wrocław–Warszawa–Kraków 2006.
- Piskorski K., *O potrzebie badania żargonu przestępców*, „Problemy Kryminalistyki” 1957, nr 8.
- Probst K., *Hans Gross – Osnowopolożnik kriminalistiki*, [w:] S.I. Niežubrida, M.P. Diaczuk, R.W. Sabadasz, N.M. Zagorodna (red.), *Hans Gross – Bibliograficzieskij pokażczik*, Czerniowce 2015.
- Ryttel P., Ryttel K., *Historie kryminalne. Wiek XIX*, Konin 2017.
- Secher R., *Ludobójstwo francusko-francuskie. Wandeia – departament zemsty*, Warszawa 2003.
- Sołodow D., *Ocena dowodów naukowych w systemie kryminalistyki rosyjskiej*, Olsztyn–Szczecin 2012.
- Sygit B., *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007.
- Thorwald J., *Stulecie detektywów*, Kraków 1971.
- Tomaszewski T., *Stary biegły w nowej szacie*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2003, t. VII, cz. 1.

Summary

Hans Gross, the known and unknown person

Key words: criminalistic, forensic sciences, history of forensic sciences, investigation methods, H. Gross.

The name of Hans Gross is known to all those who deal with criminal law and trial, criminology, forensics, starting from a researcher, judge, prosecutor, policeman, doctoral student and student. Most often there is only association; Hans Gross – “father of modern forensics”, “author of the first forensics textbook” and that’s all. The vast majority of these people will probably not say anything more. Every post-war forensics textbook in Poland mentions this name, but devotes only a few sentences to the person of Hans Gross, without even briefly discussing the profile of this scientist and his work. Therefore, it cannot be said that the figure of this scientist is little known in Poland, we often refer to quotations from his studies.

Hans Gross wrote the first forensics textbook, published in 1893. Everyone knows this name, but many people do not know this man’s life and his hard work. Problems he had to solve. The article gives a brief look at this brilliant figure, as these are little known matters. The figure of a great scientist, visionary against the background of his era was presented.

Marcin Kazimierczuk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0295-5113

marcin.kazimierczuk@uwm.edu.pl

Wsparcie inwestycji przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020 (rozwiązania prawne i praktyka)

Wprowadzenie

Specyfika działalności rolniczej powoduje, że skala ryzyka w rolnictwie jest dużo większa aniżeli w innych działach gospodarki i pozostaje w ścisłym związku ze zmianami klimatyczno-pogodowymi oraz możliwością wystąpienia chorób¹. Szczególnie produkcję roślinną trudno uchronić przed niestabilnościami pogodowymi². Choć ryzyka nie da się uniknąć, to producent rolny może przyjmować wobec niego różne postawy, których celem jest minimalizowanie negatywnych skutków pojawiających się zdarzeń, między innymi przez stosowanie określonych instrumentów wsparcia, zarówno krajowego, jak i unijnego. Tematyka ryzyka produkcyjnego w rolnictwie jest podejmowana zarówno przez prawników i ekonomistów³.

Pomoc finansowa ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich realizowana jest w Polsce jako jednolity program pomocowy. Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (dalej jako PROW 2014–2020) wdraża cel ogólny oraz cele szczegółowe odpowia-

¹ E. Kremer, *Ubezpieczenia majątkowe rodzinnych gospodarstw rolnych*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 377.

² I. Jędrzejczyk, *Identyfikacja ryzyka na potrzeby ochrony ubezpieczeniowej sektora rolnego*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2008, nr 4, s. 24.

³ Zob. R. Budzinowski, *Przyrodniczo-techniczny czynnik rozwoju prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2006, nr 1; B. Jeżyńska, *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Lublin 2008; W. Rembisz, *Kwestie ryzyka, cen, rynku, interwencji i stabilności dochodów w rolnictwie*, Warszawa 2013.

jące misji i celom wspólnej polityki rolnej⁴, a także priorytetom rozwoju obszarów wiejskich Unii Europejskiej. W te cele wkomponowano instrumenty wsparcia inwestycji przywracających potencjał produkcji rolnej. Spośród wielu działań PROW 2014–2020 przedmiotem bliższego zainteresowania w tej publikacji *będzie* instrument pomocowy o nazwie „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej”⁵.

Celem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie: czy i w jakim stopniu wymieniona forma wsparcia realnie wpływa na ochronę warsztatu pracy producenta rolnego. Autor koncentruje się na analizie rozwiązań normatywnych zawartych w oferowanym przez PROW 2014–2020 instrumencie wsparcia inwestycji, przywracających potencjał produkcji rolnej. Zgodnie z założeniami, działanie to ma promować środki naprawcze, które służą ograniczeniu skutków prawdopodobnych klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof. Brak właściwej ochrony producenta rolnego może przyczyniać się w skrajnych przypadkach do zaprzestania prowadzenia działalności rolniczej. Wsparcie oferowane rolnikom ma wymiar społeczny, gdyż w omawianą produkcję zaangażowana jest stosunkowo duża liczba tzw. drobnych rolników.

Podstawową metodą zastosowaną w pracy i jednocześnie charakterystyczną dla pracy prawnika jest dogmatyczna analiza tekstu prawnego. Ze względu na praktyczne znaczenie stosowania prawnych instrumentów zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej rozważania prawnicze zostały wzbogacone danymi statystycznymi, w ramach dostępu do informacji publicznej, pochodzącymi z Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej jako ARiMR). Przedstawiają one poziom wykorzystania przez producentów rolnych z zaoferowanej pomocy publicznej.

⁴ Zob. K. Giemza, *Wdrożenie funduszy europejskich w polskim rolnictwie na przykładzie Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia z Polityki Publicznej” 2017, nr 3, s. 90; D. Stankiewicz, *Polityka rozwoju rolnictwa i wsi*, „Studia BAS” 2008, nr 12, s. 62.

⁵ PROW 2014–2020 realizowany jest przez 14 działań, 35 poddziałań oraz 42 typy operacji. Ustawa z 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (Dz.U. z 2020 r., poz. 217). Zob. J. Stoksik, *Projektowanie pomocy unijnej w dziedzinie polityki rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2013, t. XI, s. 100; K. Giemza, *Kształtowanie się współczesnego modelu europejskiego rolnictwa a kwestia agrarna*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Kwestia agrarna. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Warszawa 2016, s. 303–316. Por. A. Kuś, *Rodzaje kompetencji Unii Europejskiej a unijna polityka podatkowa*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 2, s. 87; E. Tomkiewicz, M. Bocheński, *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X, s. 240.

Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020

PROW 2014–2020 został opracowywany na podstawie przepisów Unii Europejskiej, w szczególności rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez Europejski Fundusz Rolny na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (dalej jako EFRROW) i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005⁶ oraz aktów delegowanych i wykonawczych Komisji Europejskiej. Zgodnie z przepisami Unii Europejskiej, PROW 2014–2020⁷ jest wkomponowany w całościowy system polityki rozwoju kraju, w szczególności poprzez mechanizm umowy partnerstwa⁸. Umowa ta określa strategię wykorzystania środków unijnych na rzecz realizacji wspólnych dla UE celów określonych w unijnej strategii wzrostu „Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”, z uwzględnieniem potrzeb rozwojowych danego państwa członkowskiego.

Celem głównym PROW 2014–2020, który jest zbieżny z misją i celami wspólnej polityki rolnej⁹, jest poprawa konkurencyjności rolnictwa, zrównoważone zarządzanie zasobami naturalnymi i działania w dziedzinie klimatu oraz zrównoważony rozwój terytorialny obszarów wiejskich¹⁰. Łączne środki publiczne przeznaczone na jego realizację wynoszą ponad 13 mld 600 mln euro, w tym ponad 8 mld 600 mln euro z budżetu Unii Europejskiej i ponad 4 mld

⁶ Dz. Urz. UE L 347, s. 487.

⁷ Zob. komunikat Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 21 maja 2015 r. o zatwierdzeniu przez Komisję Europejską Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 (M.P. z 2015 r., poz. 541). W dokumencie tym informuje się, że na podstawie art. 14kd pkt 2 ustawy z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. z 2014 r., poz. 1649 oraz z 2015 r., poz. 349) minister ogłasza, że w dniu 12 grudnia 2014 r. Komisja Europejska podjęła decyzję wykonawczą nr C(2014) 9783 zatwierdzającą program rozwoju obszarów wiejskich dla Polski do celów wsparcia w ramach Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich.

⁸ Zob. E. Tomkiewicz, M. Bocheński, op. cit., s. 239.

⁹ Wspólna polityka rolna powstała jako jedna z podstawowych dziedzin polityki Wspólnot Europejskich, funkcjonuje od 1962 r. i opiera się na partnerstwie między sektorem rolnym i społeczeństwem, między Europą a rolnikami. Na początku lat 90. XX w. wspólna polityka rolna została rozszerzona o problemy ochrony środowiska, ochrony dziedzictwa krajobrazowego wsi i inne zagadnienia wykraczające poza sprawy *stricto* rolne. Zob. A. Jurcewicz, *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019, s. 83–85; M. Spychalski, *Wpływ Wspólnej Polityki Rolnej Unii Europejskiej na rozwój sektora rolnego i obszarów wiejskich w Polsce – przewidywane korzyści i koszty w pierwszych latach członkostwa*, „International Journal of Management and Economics” 2004, vol. 16, s. 88; A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2007, s. 40.

¹⁰ Zob. A. Mickiewicz, B. Mickiewicz, *Charakterystyczne cechy nowego Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. XVII, s. 155; M. Wigier, *Analiza efektów realizacji polityki rolnej wobec rolnictwa i obszarów wiejskich*, Warszawa 2011, s. 7.

900 mln euro wkładu krajowego¹¹. Zdaniem Ewy Kiryłuk-Dryjskiej, alokacja środków na wybrane działania jest pochodną liczby potencjalnych beneficjentów działań, zależną od obiektywnego i równego dla wszystkich województw kryterium podziału¹². Kwoty alokacji na poszczególne działania uzupełniają się w skali kraju i są zasadne. Regiony o korzystniejszej strukturze rolnictwa otrzymują więcej środków z działań modernizacji gospodarstw rolnych oraz premii dla młodych rolników. Regiony z mniej korzystną strukturą agrarną zyskują więcej z działań promujących przedsiębiorczość na obszarach wiejskich oraz wspierających rozwój małych gospodarstw. Określenie wysokości wsparcia konkretnych działań PROW 2014–2020 jest niezwykle istotne z perspektywy programowania, ponieważ niedoszacowanie przyczynia się do spadku zainteresowania beneficjentów, a przeszacowanie prowadzi do występowania problemu określanego w literaturze jako *rent-seeking problem*¹³.

Program realizuje wszystkie sześć priorytetów wyznaczonych dla unijnej polityki rozwoju obszarów wiejskich na lata 2014–2020¹⁴, mianowicie¹⁵:

1. Ułatwianie transferu wiedzy i innowacji w rolnictwie, leśnictwie i na obszarach wiejskich.

2. Poprawa konkurencyjności wszystkich rodzajów gospodarki rolnej i zwiększenie rentowności gospodarstw rolnych.

3. Poprawa organizacji łańcucha żywnościowego i promowanie zarządzania ryzykiem w rolnictwie.

4. Odtwarzanie, chronienie i wzmacnianie ekosystemów zależnych od rolnictwa i leśnictwa.

5. Wspieranie efektywnego gospodarowania zasobami i przechodzenia na gospodarkę niskoemisyjną i odporną na zmianę klimatu w sektorach: rolnym, spożywczym i leśnym.

6. Zwiększanie włączenia społecznego, ograniczanie ubóstwa i promowanie rozwoju gospodarczego na obszarach wiejskich.

Zadania związane z realizacją PROW 2014–2020 zostały przyznane Ministrowi Rolnictwa i Rozwoju Wsi, który pełni funkcję instytucji zarządzającej. Minister właściwy do spraw rolnictwa wykonuje zatem zadania państwa członkowskiego w zakresie dotyczącym monitorowania realizacji i ewaluacji pro-

¹¹ Program Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 został zamieszczony na stronie internetowej: www.minrol.gov.pl. Zob. J. Stoksik, op. cit., s. 100.

¹² E. Kiryłuk-Dryjska, *Alokacja środków finansowych na wybrane działania PROW 2014–2020 z wykorzystaniem optymalizacji liniowej*, „Journal of Agrobusiness and Rural Development” 2014, nr 3, s. 71.

¹³ K. Giemza, *Wdrożenie funduszy europejskich...*, s. 91.

¹⁴ Zob. idem, *Kształtowanie się współczesnego...*, s. 303–316. Por. A. Kuś, op. cit., s. 87; E. Tomkiewicz, M. Bocheński, op. cit., s. 240.

¹⁵ Zob. P. Błażejczyk, M. Kazimierczuk, *Wymagania dotyczące posiadania nieruchomości rolnych w wybranych działaniach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39, s. 169.

gramu, powołuje komitet monitorujący oraz przekazuje Komisji Europejskiej roczne sprawozdania. Poszczególne działania i poddziałania zostały podzielone pomiędzy różne instytucje wskazane w ustawie z 20 lutego 2015 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020¹⁶. Instytucją pośredniczącą, odpowiadającą za bezpieczny system elektroniczny do rejestrowania, przechowywania i zgłaszania informacji statystycznych na temat programu i jego realizacji, jest ARiMR¹⁷. Jej zadaniem jest w szczególności wspieranie przedsięwzięć związanych ze wznowieniem produkcji w gospodarstwach rolnych i działach specjalnych produkcji rolnej, w których wystąpiły szkody spowodowane przez klęski żywiołowe w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarczych¹⁸. Zadania w zakresie rozwoju lokalnego w ramach inicjatywy LEADER oraz rozwoju lokalnego kierowanego przez społeczność wykonuje samorząd województwa¹⁹.

¹⁶ Dz.U. z 2020 r., poz. 217.

¹⁷ Na temat Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa zob. M. Jarosiewicz, K. Kozikowska, M. Wujczyk, *Prawo rolne*, Warszawa 2011, s. 188–191.

¹⁸ Zob. art. 4 pkt. 2 ustawy z 9 maja 2008 r. o Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Dz.U. z 2016 r., poz. 1512 ze zm.).

¹⁹ Jednym z działań, które realizowane są w ramach PROW 2014–2020 jest LEADER, czyli wspierany ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) rozwój lokalny kierowany przez społeczność (dalej jako RLKS). Instrument RLKS (ang. *Community-led local development* – CLLD) oparty jest na metodzie LEADER, stosowanej w perspektywie finansowej Unii Europejskiej 2007–2013. Zatem RLKS jest instrumentem, który w ramach perspektywy finansowej UE 2014–2020 umożliwia zastosowanie metody LEADER także w ramach polityki spójności w ramach wspólnej podstawy prawnej, czyli art. 32–35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20 grudnia 2013 r. s. 320). RLKS zachowuje podstawowe założenia metody LEADER, tj. oddolność (szeroki udział społeczności lokalnej w tworzeniu i realizacji strategii); terytorialność (lokalna strategia rozwoju przygotowana dla danego, spójnego obszaru); zintegrowanie (łączenie różnych dziedzin gospodarki, współpraca różnych grup interesu); partnerstwo (lokalna grupa działania jako lokalne partnerstwo, w którym uczestniczą różne podmioty z sektora publicznego, społecznego i gospodarczego); innowacyjność (w skali lokalnej); decentralizacja zarządzania i finansowania; sieciowanie i współpraca (wymiana doświadczeń i rozpowszechnianie dobrych praktyk). Zob. P. Litwiniuk, *Pozycja samorządu województwa w zakresie wdrażania działań objętych Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Samorząd terytorialny w procesie rozwoju gospodarczego obszarów wiejskich*, Warszawa 2015, s. 337–345.

Warunki przyznania pomocy w ramach przywracania potencjału produkcji rolnej zniszczonego w wyniku wystąpienia klęsk żywiołowych

Do działań o szczególnym znaczeniu dla priorytetu trzeciego PROW 2014–2020, tj. „Poprawa organizacji łańcucha żywnościowego i promowania zarządzania ryzykiem w rolnictwie”, zalicza się działanie „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej”²⁰. Warunki i tryb przyznawania pomocy, w tym szczegółowe informacje o prawach i obowiązkach beneficjentów, określa rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 1 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu przyznawania oraz wypłaty pomocy finansowej na operacje typu „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” w ramach poddziałania „Wsparcie inwestycji w odtwarzanie gruntów rolnych i przywracanie potencjału produkcji rolnej zniszczonego w wyniku klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof”. objętego PROW 2014–2020²¹. Udzielenie omawianej pomocy wymaga spełnienia kilku przesłańek. Po pierwsze, musi ona obejmować wyłącznie inwestycje związane bezpośrednio z działalnością rolniczą, w tym również przygotowaniem do sprzedaży produktów rolnych wytwarzanych w gospodarstwie. Po drugie, wsparcie musi być uzasadnione ekonomicznie w aspekcie racjonalności jego kosztów. Po trzecie, pomoc powinna dotyczyć tylko tych kosztów kwalifikowanych, które nie są finansowane z innych środków publicznych, co ma na celu przeciwdziałanie bezzasadnym przysporzeniom majątkowym oraz unikanie efektu *deadweight*²².

W ramach tego instrumentu wsparcia, pomoc przyznaje się rolnikowi będącemu osobą fizyczną, osobą prawną lub współnikiem spółki cywilnej albo spółki osobowej w rozumieniu kodeksu spółek handlowych²³. Producent rolny winien być posiadaczem samoistnym lub zależnym gospodarstwa rolnego²⁴ lub nieruchomości służącej do prowadzenia produkcji w zakresie działów spe-

²⁰ P. Wojciechowski, *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako podstawowy instrument polityki rozwoju obszarów wiejskich w Polsce*, [w:] P. Czechowski (red.), op. cit., Warszawa 2019, s. 571.

²¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 431.

²² Efekt *deadweight* dotyczy sytuacji, w których beneficjent dokonałby inwestycji, nawet gdyby wsparcie finansowe ze środków publicznych nie było dostępne. Zob.: *Czy wsparcie UE dla przemysłu przetwórstwa spożywczego w sposób skuteczny i wydajny zwiększało wartość dodaną produktów rolnych?*, sprawozdanie specjalne nr 1, Europejski Trybunał Obrachunkowy, 2013, s. 26.

²³ R. Budzinowski, *Status prawny rolnika jako przedsiębiorcy (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3, s. 111.

²⁴ Gospodarstwo rolne, w rozumieniu art. 55 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2244), obejmujące co najmniej 1 ha gruntów ornych, sadów, łąk trwałych, pastwisk trwałych, gruntów rolnych zabudowanych, gruntów pod stawami lub gruntów pod rowami. Zob. R. Budzinowski, A. Suchoń, *Relacje gospodarstwa rolnego i przedsiębiorstwa rolnego w świetle publicznych mechanizmów ich wspierania*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania...*, s. 327.

cialnych produkcji rolnej²⁵, w roku w którym wystąpiły szkody, spowodowane co najmniej przez jedno ze zdarzeń losowych, klęsk żywiołowych, wymienionych w art. 3 ust. 2 pkt 2–6 i 8–11a ustawy z 7 lipca 2005 r. o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarskich²⁶. Są nimi szkody spowodowane przez:

- huragan – działanie wiatru o prędkości nie mniejszej niż 24 m/s, którego działanie wyrządza masowe szkody;
- powódź – zalanie terenów w następstwie podniesienia się poziomu wód płynących lub stojących, zalania terenów wskutek deszczu nawalnego, spływu wód po zboczach lub stokach na terenach górskich i podgórskich;
- deszcz nawalny;
- piorun – wyładowanie atmosferycznego pozostawiającego bezsporne ślady tego zdarzenia;
- obsunięcie się ziemi – zapadanie się ziemi oraz usuwanie się ziemi;
- lawinę – gwałtowne zsuwania się lub staczania ze zboczy górskich lub podgórskich mas śniegu, lodu, skał, kamieni, ziemi lub błota;
- suszę – wystąpienie, w dowolnym sześciodekadowym okresie od dnia 21 marca do dnia 30 września, spadku klimatycznego bilansu wodnego poniżej wartości określonej dla poszczególnych gatunków roślin uprawnych i gleb;
- ujemne skutki przezimowania – wymarznienie, wymoknięcie, wyprzenie, wysmalenie lub wysadzenie roślin, w okresie od 1 grudnia do 30 kwietnia, polegające na całkowitym lub częściowym zniszczeniu roślin lub całkowitej utracie plonu lub jego części;
- przymrozki wiosenne – oznaczają szkody spowodowane przez obniżenie się temperatury poniżej 0 stopni Celsjusza, w okresie od 15 kwietnia do 30 czerwca, polegające na całkowitym lub częściowym zniszczeniu roślin lub całkowitej utracie plonu lub jego części.

Wniosek o pomoc finansową powinien zostać złożony w tym samym roku, w którym wystąpiło zdarzenie, lub najpóźniej w roku kolejnym.

Definicję klęski żywiołowej zawiera ustawa z 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej²⁷, która w art. 3 stanowi, że jest to katastrofa naturalna lub awaria techniczna, których skutki zagrażają życiu lub zdrowiu dużej liczby osób, mieniu w wielkich rozmiarach albo środowisku na znacznych obszarach, a pomoc i ochrona mogą być skutecznie podjęte tylko przy zastosowaniu nadzwyczajnych środków, we współdziałaniu różnych organów i instytucji oraz

²⁵ Chodzi tutaj o działy specjalne produkcji rolnej w rozumieniu ustawy z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2016 r. poz. 277 z późn. zm.), tj. produkcja materiału siewnego, szkółkarskiego, hodowlanego lub reprodukcyjnego, produkcja warzywnicza, roślin ozdobnych, grzybów uprawnych, sadownicza, hodowla i produkcja materiału zarodowego zwierząt, ptactwa i owadów użytkowych lub produkcja zwierzęca typu przemysłowego fermowego. Zob. wyrok NSA z 17 września 2015 r., sygn. akt II GSK 1780/14, LEX nr 1986688 oraz wyrok NSA z 5 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1101/13, LEX nr 1572590.

²⁶ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 477.

²⁷ Dz.U. z 2014 r., poz. 333.

specjalistycznych służb i formacji działających pod jednolitym kierownictwem²⁸. Natomiast katastrofa naturalna definiowana jest jako zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin i zwierząt albo chorób zakaźnych ludzi, bądź też działanie innego żywiołu. Jak wynika z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 29 czerwca 2010 r., pojęcie „stanu klęski żywiołowej” jest różne i nietożsame z pojęciem „klęski żywiołowej”²⁹, o którym mowa choćby w § 9 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 7 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu udzielania pomocy finansowej na wspieranie gospodarstw niskotowarowych objętej planem rozwoju obszarów wiejskich³⁰. Przywołany akt prawny nie definiuje pojęcia klęski żywiołowej. Pojęcie „klęski żywiołowej” zawarte w § 9 rozporządzenia ma bowiem odmienne znaczenie od pojęcia zawartego w ustawie, na które powołuje się organ, tj. „stanu klęski żywiołowej”. Stan klęski żywiołowej wprowadza bowiem Rada Ministrów w drodze rozporządzenia z własnej inicjatywy lub na wniosek właściwego wojewody na terenach dotkniętych klęską żywiołową³¹. Zatem stan klęski żywiołowej jest wprowadzany w następstwie wystąpienia klęski żywiołowej. W niniejszej kwestii, by zastosować prawidłowo § 9 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia, wystarczy ustalić, że na obszarze gospodarstwa rolnego wystąpiła klęska żywiołowa w postaci np. suszy, powodzi,

²⁸ W sprawie interpretacji definicji pojęcia „klęska żywiołowa” zob. wyrok NSA z 31 maja 2016 r., sygn. akt II FSK 1175/14, LEX nr 2048312. Zob. M. Kazimierczuk, *Zasady funkcjonowania państwa podczas stanu klęski żywiołowej w III RP*, „Studia Prawnoustrojowe” 2005, nr 4.

²⁹ E. Włodarczyk, *Klęska żywiołowa lub ekologiczna*, [w:] E. Włodarczyk, I. Cytlak (red.), *Człowiek wobec krytycznych sytuacji życiowych. Z teorii i praktyki pracy socjalnej*, Poznań 2011, s. 3.

³⁰ Dz.U. z 2004 r., Nr 286, poz. 1566 ze zm. Użytego w rozporządzeniu z 7 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu udzielania pomocy finansowej na wspieranie gospodarstw niskotowarowych objętej planem rozwoju obszarów wiejskich pojęcia „wystąpienie klęski żywiołowej” nie należy interpretować wyłącznie w odniesieniu do danego gospodarstwa rolnego objętego pomocą wspólnotową, zaś definicja pojęcia „klęska żywiołowa” ma zastosowanie nie tylko do materii regulowanej ustawą z 2002 r. o stanie klęski żywiołowej. Zob. wyrok NSA z 11 marca 2011 r., sygn. akt II GSK 347/10, LEX nr 1080115.

³¹ Jednym ze stanów nadzwyczajnych jest stan klęski żywiołowej (art. 232 Konstytucji RP), który łączy się z działaniem sił natury, przy braku jakiegokolwiek wroga zewnętrznego czy wewnętrznego. Przesłankę tego stanu nadzwyczajnego stanowi: zapobieganie skutkom katastrof naturalnych i likwidacji ich następstw; zapobieganie skutkom awarii technicznych, noszących znamiona klęsk żywiołowych. Stan klęski żywiołowej wprowadza rozporządzeniem Rada Ministrów i nie przewiduje się przy tym udziału prezydenta, nie ma też konstytucyjnego obowiązku przedstawienia tego rozporządzenia Sejmowi. Stan ten może zostać wprowadzony na części lub na całym terytorium państwa. Musi zostać wprowadzony na czas oznaczony, nie dłuższy niż 30 dni, a jego przedłużenie może nastąpić tylko za zgodą Sejmu. Zob. M. Kazimierczuk, *Zasady funkcjonowania państwa podczas stanu klęski żywiołowej w III RP*, „Studia Prawnoustrojowe” 2005, nr 4.

gradu itp., nie ma natomiast potrzeby oczekiwania na wprowadzenie stanu klęski żywiołowej w drodze ustawy z 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej³².

Szkody oszacowane przez komisję powołaną przez wojewodę właściwego ze względu na miejsce ich wystąpienia powinny³³:

a) wynosić co najmniej 30% średniej rocznej produkcji rolnej w gospodarstwie z trzech lat poprzedzających okres, w którym wystąpiła szkoda, albo z trzech lat w okresie pięcioletnim poprzedzającym rok, w którym wystąpiła szkoda³⁴, z pominięciem roku o najwyższej i najniższej produkcji w gospodarstwie – w uprawach rolnych, zwierzętach gospodarskich lub rybach oraz

b) dotyczyć trwałego składnika gospodarstwa, którego odtworzenie wymaga poniesienia kosztów wchodzących w zakres kosztów kwalifikowalnych. Dofinansowanie można otrzymać na zakup nowych maszyn lub urządzeń rolniczych w miejsce tych, które zostały zniszczone w wyniku klęsk żywiołowych³⁵. Pomoc może być przyznana również na odtworzenie plantacji wieloletnich czy sadów lub stada podstawowego³⁶.

Ponadto o pomoc w ramach działania „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” mogą wnioskować rolnicy, którym powiatowy lekarz weterynarii nakazał, w drodze decyzji, zabicie świń lub zniszczenie zwłok świń w celu zwalczania afrykańskiego pomoru świń (ASF). W dniu wydania tej decyzji, świnię, których ona dotyczyła, muszą stanowić co najmniej 30% świń będących w posiadaniu rolnika. W siedzibie stada, w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy z 2 kwietnia 2004 r. o systemie identyfikacji i rejestracji zwierząt³⁷, w której przebywały świnię objęte ww. decyzją, po jej wykonaniu rolnik nie może utrzymywać świń, których dotyczyła ta decyzja³⁸. Wsparcie w tym przypadku może dotyczyć inwestycji, zgodnych z katalogiem kosztów kwalifikowalnych, określonych w rozporządzeniu wykonawczym Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, innych niż związane z produkcją trzody chlewnej.

³² Wyrok WSA w Warszawie z 29 czerwca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 245/10, LEX nr 675616 oraz wyrok WSA w Poznaniu z 21 stycznia 2010 r., sygn. akt III SA/Po 691/09, LEX nr 600256.

³³ Zob. wyrok NSA z 30 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 396/13, LEX nr 1579373.

³⁴ Zob. wyrok WSA w Opolu z 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt II SA/Op 98/16, LEX nr 2015473.

³⁵ Zob. A. Suchoń, *Wybrane zagadnienia prawne pomocy de minimis w rolnictwie*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2011, nr 1, s. 190.

³⁶ Plantacją wieloletnią jest plantacja, której okres użytkowania wynosi kilka lat, tj. ponad dwa lata. Zob. wyrok WSA w Warszawie z 24 września 2015 r., sygn. akt V SA/Wa 1540/15, LEX nr 1972654.

³⁷ Dz.U. z 2004 r., Nr 91, poz. 872 z późn. zm.

³⁸ Na temat afrykańskiego pomoru świń zob. I. Lipińska, *Prawne determinanty bioasekuracji zwierząt gospodarskich w Unii Europejskiej i Polsce*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Integracja europejska jako determinanta polityki wiejskiej. Aspekty prawne*, Warszawa 2017, s. 427–442.

Wielkość pomocy finansowej

Pomoc zwiększająca trwałość warsztatu pracy producenta rolnego przybiera formę *ex ante* oraz *ex post*. W pierwszym przypadku chodzi o wsparcie inwestycji w środki zapobiegawcze, którego celem jest ograniczanie skutków prawdopodobnych zdarzeń losowych czy innych wymienionych niekorzystnych zjawisk. Ma charakter prewencyjnych działań, umożliwiających dokonanie określonych inwestycji zapobiegających zniszczeniu potencjału produkcji rolnej. Natomiast uruchomienie pomocy *ex post* następuje na skutek zajścia określonego zdarzenia, którego skutkiem jest powstanie szkody, tak jak ma to miejsce w działaniu „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej”.

Wsparcie w ramach analizowanego działania PROW 2014–2020 przyznaje się i wypłaca do wysokości wartości szkód w składnikach gospodarstwa oszacowanych przez ww. komisję powołaną przez wojewodę, których odtworzenia dotyczy wnioski o przyznanie pomocy, pomniejszonej o kwotę odszkodowania uzyskanego z tytułu ubezpieczenia tych składników gospodarstwa uszkodzonych lub zniszczonych w wyniku wystąpienia klęski żywiołowej. Prawodawca przewidział podobnie jak w poprzednim okresie projektowania wspólnej polityki rolnej, że państwa członkowskie powinny zapewniać, aby nie wystąpiła nadwyżka rekompensaty w wyniku połączenia unijnych, krajowych i prywatnych systemów rekompensat³⁹.

Omawiane wsparcie ma na celu umożliwienie przywrócenia poszkodowanemu rolnikowi utraconej zdolności produkcyjnej przez odtworzenie składnika gospodarstwa rolnego, który uległ zniszczeniu bądź uszkodzeniu. Cechą charakterystyczną, w odróżnieniu od pozostałych mechanizmów wsparcia, jest fakt, że jego uruchomienie następuje na skutek zajścia określonego zdarzenia, którego skutkiem jest powstanie szkody. Pomoc przybiera formę refundacji do 80% kosztów kwalifikowanych. Wysokości limitu przyznanego w ramach tego działania, w okresie realizacji programu wynosi maksymalnie 300 tys. zł na jednego beneficjenta i na jedno gospodarstwo. Jeżeli rolnik nie zawarł umowy ubezpieczenia obowiązkowego upraw, w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarskich, ważnej na dzień wystąpienia szkody w składniku gospodarstwa, którego odtworzenie wymaga poniesienia kosztów dotyczących odtwarzania plantacji chmielu, sadów, plantacji krzewów owocowych gatunków owocujących efektywnie dłużej niż 5 lat, kwotę pomocy na odtworzenie tego składnika gospodarstwa pomniejsza się o 50%. Obniżenie to nie będzie miało zastosowania, gdy co najmniej dwa zakłady ubezpieczeń, które zawarły z ministrem właściwym do spraw rolnictwa umowy w sprawie

³⁹ I. Lipińska, *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Warszawa 2019, s. 384.

stosowania dopłat ze środków budżetu państwa do składek ubezpieczenia upraw rolnych lub zwierząt gospodarskich, odmówiły rolnikowi jej zawarcia.

Poziom wykorzystania przez producentów rolnych oferowanej pomocy publicznej

Analizowane wsparcie o ściśle inwestycyjnym charakterze prowadzi do odbudowy pewnych relacji i zależności występujących pomiędzy prowadzeniem działalności produkcyjnej a nieoczekiwanymi zmianami zachodzącymi w środowisku przyrodniczym. Zaproponowane przez ustawodawcę inwestycje mogą pośrednio przyczyniać się do poprawy rentowności gospodarstw rolnych, ich konkurencyjności oraz trwałości gospodarowania.

Pomoc w ramach analizowanego działania PROW 2014–2020 nie jest udzielana jedynie z tytułu straty dochodu wynikającej z klęski żywiołowej, stąd też zainteresowanie uzyskaniem wsparcia w ramach naborów wniosków dla operacji „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” PROW 2014–2020 było niewielkie, szczególnie podczas naboru wniosków w 2019 r. W sumie wykorzystanie tego instrumentu w skali kraju wyniosło jedynie nieco ponad 18%. We wszystkich naborach wniosków przeprowadzonych w 2017 r. oraz 2019 r. łącznie w całej Polsce o pomoc aplikowało prawie 1,3 tys. beneficjentów, którzy złożyli wnioski na kwotę ponad 81 mln zł⁴⁰. Szczegółową charakterystykę przedstawiono w tabeli nr 1.

Tabela 1

Dane dotyczące poziomu wykorzystania pomocy w ramach działania „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej”

Województwo	2017		2019	
	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w złotych)	Liczba wniosków	Suma wnioskowanych kwot (w złotych)
Dolnośląskie	17	609 003,53	8	2 112 502,97
Kujawsko-pomorskie	31	3 718 392,48	9	821 385,60
Lubelskie	121	7 693 277,57	21	937 111,32
Lubuskie	5	231 999,57	1	48 865,60
Łódzkie	153	8 208 890,04	17	2 017 522,80
Małopolskie	93	9 350 568,49	14	440 805,40

⁴⁰ Dane dotyczące poziomu wykorzystania pomocy w ramach operacji „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” uzyskane przez autora w ramach dostępu do informacji publicznej, otrzymane z Departamentu Analiz i Sprawozdawczości Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (stan na kwiecień 2020 r.).

Mazowieckie	518	18 661 604,86	83	5 433 482,32
Opolskie	4	339 129,60	2	115 880,00
Podkarpackie	14	629 053,00	1	8 705,00
Podlaskie	16	1 680 984,24	9	1 112 563,81
Pomorskie	18	2 080 632,32	2	115 196,80
Śląskie	3	259 132,00	5	908 550,80
Świętokrzyskie	23	1 497 293,71	4	100 844,00
Warmińsko-mazurskie	12	2 001 105,99	8	1 562 990,88
Wielkopolskie	54	6 494 582,99	20	929 040,86
Zachodniopomorskie	7	1 271 290,76	5	471 453,20
Razem	1089	64 601 741,15	209	17 012 999,56

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych otrzymanych z Departamentu Analiz i Sprawozdawczości Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

Podsumowanie

W preambule do podstawowego Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1305/2013 z 17 grudnia 2013 r. w sprawie wsparcia rozwoju obszarów wiejskich przez EFRROW i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1698/2005⁴¹ prawodawca wskazał, że potencjał produkcyjny sektora rolnictwa jest bardziej niż w przypadku innych sektorów narażony na szkody w wyniku klęsk żywiołowych, niekorzystnych zjawisk klimatycznych i katastrof. Odpowiednio, aby wspomóc rentowność i konkurencyjność gospodarstw w obliczu takich klęsk lub zjawisk, należy udzielać wsparcia stanowiącego dla rolników pomoc w przywracaniu potencjału produkcji rolnej, który uległ zniszczeniu.

Ochrona trwałości warsztatu pracy producenta rolnego często wiąże się z koniecznością zaangażowania określonych środków finansowych. Odnosi się to zarówno do czynności mających na celu ograniczanie ryzyka, jak i niwelowanie jego negatywnych skutków. Temu właśnie służy pomoc finansowa ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, która realizowana jest w Polsce jako jednolity program pomocowy⁴². PROW 2014–2020 posiada instrumenty wsparcia inwestycji zapobiegających zniszczeniu oraz przywracających potencjał produkcji rolnej zniszczony działaniem klęski żywiołowej⁴³. Analizowane działanie PROW 2014–2020 „Inwe-

⁴¹ Dz. Urz. UE L 347, s. 487.

⁴² P. Litwiniuk, *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018, s. 79–82.

⁴³ Zob. D. Stankiewicz, op. cit., s. 62; A. Niewiadomski, *Polityka rozwoju obszarów wiejskich*, [w:] P. Czechowski (red.), op. cit., s. 566.

stycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” w niedostateczny sposób wpływa na ochronę warsztatu producentów rolnych i wymaga zmian legislacyjnych zwiększających absorpcję środków przez potencjalnych beneficjentów⁴⁴.

Warto zaznaczyć, że pomoc otrzymuje beneficjent na podstawie umowy o przyznaniu pomocy zawieranej z dyrektorem oddziału regionalnego ARiMR. Stosunek cywilnoprawny pozwala na należytą kontrolę wykorzystania środków pomocy. Należy zgodzić się ze Stanisławem Prutisem, który wskazuje, że umowa jest instrumentem elastycznym pozwalającym, w ramach zasady swobody umów, na zindywidualizowane określenie sposobu wykorzystania środków, co jest szczególnie ważne, gdy pomoc udzielana jest na cele inwestycyjne⁴⁵. Procedura cywilna zabezpiecza kontrolę spełniania przesłanek do ubiegania się o uzyskanie pomocy oraz daje prawo beneficjentom do uzyskania pomocy w sytuacji spełnienia określonych przesłanek.

Jednakże w przypadku analizowanego działania PROW 2014–2020 zasadne wydaje się rozwiązanie *de lege ferenda* polegające na tym, aby pomoc była przyznawana z wykorzystaniem instrumentu decyzji administracyjnej, a nie umowy, która jest obecnie podstawą przyznania wsparcia. Udzielenie wsparcia wymaga sprawdzenia przesłanek jej przyznawania oraz wydania szybkiego rozstrzygnięcia, co przemawia za wykorzystaniem instrumentu decyzji, szczególnie gdy beneficjent potrzebuje niezwłocznej pomocy finansowej w celu odbudowy zdolności produkcyjnej swojego warsztatu pracy⁴⁶. Taka zmiana dotycząca procedury przyznawania pomocy mogłaby wydatnie wpłynąć na zwiększenie absorpcji środków przez potencjalnych beneficjentów.

W zależności od chwili udzielenia pomocy w ramach PROW 2014–2020 może ona przybierać formę *ex ante*, czyli wsparcia udzielanego przed wystąpieniem ryzyka, oraz *ex post* – po jego zajściu. W produkcji rolniczej najczęściej jest udzielana ostatnia z wymienionych. Jest ona ukierunkowana na łagodzenie wpływu negatywnego zdarzenia na sytuację ekonomiczną rolnika po jego wystąpieniu. W przypadku działania „Inwestycje odtwarzające potencjał produkcji rolnej” należy zauważyć, że omówione wsparcie o ściśle inwestycyjnym charakterze prowadzi do odbudowy zdolności produkcyjnych elementów warsztatu pracy producenta rolnego, zniszczonego przez nieoczekiwane zmiany zachodzące w środowisku przyrodniczym. Ma ono na celu restytucję dóbr materialnych. Przyczynę słabego wykorzystania przysługujących w ramach tego działania środków stanowi warunek spełnienia jednocześnie dwóch przesłanek do otrzymania pomocy, czyli szkody co najmniej 30% średniej rocznej produkcji rolnej oraz zniszczenia trwałego składnika gospodarstwa. Przyjęte warun-

⁴⁴ Na temat doboru instrumentów prawnych dla lepszej obsługi wsparcia rozwoju obszarów wiejskich zob. S. Prutis, *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2009, t. VII, s. 192–202.

⁴⁵ Ibidem, s. 198.

⁴⁶ Ibidem, s. 197–199.

ki skutecznie zminimalizowały liczbę potencjalnych beneficjentów. W tej sytuacji można zaproponować rozwiązanie *de lege ferenda* polegające na zmianie warunków przyznania wsparcia w taki sposób, aby jedynym wymogiem otrzymania pomocy byłoby umożliwienie przywrócenia poszkodowanym rolnikom utraconej zdolności produkcyjnej przez odtworzenie materialnego składnika gospodarstwa rolnego, który uległ zniszczeniu lub uszkodzeniu. W takim przypadku nie wiązałoby się to z koniecznością wykazania przez wnioskodawcę poniesienia szkód w wymiarze co najmniej 30% średniej rocznej produkcji rolnej w gospodarstwie z trzech lat poprzedzających okres, w którym wystąpiła szkoda. Proponowane zmiany legislacyjne powinny koncentrować się na stworzeniu sprzyjających warunków otrzymania pomocy finansowej. Przyczyni się to do wzrostu zainteresowania rolników przyjmowaniem określonych postaw wobec aktywnego zarządzania ryzykiem działalności rolniczej, a tym samym do zwiększenia ich odporności na pojawiające się sytuacje kryzysowe.

Wykaz literatury

- Błażejczyk P., Kazimierczuk M., *Wymagania dotyczące posiadania nieruchomości rolnych w wybranych działaniach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39.
- Budzinowski R., *Przyrodniczo-techniczny czynnik rozwoju prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2006, nr 1.
- Budzinowski R., *Status prawny rolnika jako przedsiębiorcy (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 3.
- Budzinowski R., Suchoń A., *Relacje gospodarstwa rolnego i przedsiębiorstwa rolnego w świetle publicznych mechanizmów ich wspierania*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Czy wsparcie UE dla przemysłu przetwórstwa spożywczego w sposób skuteczny i wydajny zwiększało wartość dodaną produktów rolnych?*, sprawozdanie specjalne nr 1, Europejski Trybunał Obrachunkowy, 2013.
- Giemza K., *Kształtowanie się współczesnego modelu europejskiego rolnictwa a kwestia agrarna*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Kwestia agrarna. Zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Warszawa 2016.
- Giemza K., *Wdrożenie funduszy europejskich w polskim rolnictwie na przykładzie Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Studia z Polityki Publicznej” 2017, nr 3.
- Jarosiewicz M., Kozikowska K., Wujczyk M., *Prawo rolne*, Warszawa 2011.
- Jeżyńska B., *Producent rolny jako przedsiębiorca*, Lublin 2008.
- Jędrzejczyk I., *Identyfikacja ryzyka na potrzeby ochrony ubezpieczeniowej sektora rolnego*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2008, nr 4.
- Jurcewicz A., *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019.
- Jurcewicz A., Kozłowska B., Tomkiewicz E., *Wspólna polityka rolna. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2007.

- Kazimierczuk M., *Zasady funkcjonowania państwa podczas stanu klęski żywiołowej w III RP*, „Studia Prawnoustrojowe” 2005, nr 4.
- Kiryłuk-Dryjska E., *Alokacja środków finansowych na wybrane działania PROW 2014–2020 z wykorzystaniem optymalizacji liniowej*, „Journal of Agrobusiness and Rural Development” 2014, nr 3.
- Kremer E., *Ubezpieczenia majątkowe rodzinnych gospodarstw rolnych*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Kuś A., *Rodzaje kompetencji Unii Europejskiej a unijna polityka podatkowa*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 2.
- Lipińska I., *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Warszawa 2019.
- Lipińska I., *Prawne determinanty bioasekuracji zwierząt gospodarskich w Unii Europejskiej i Polsce*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Integracja europejska jako determinanta polityki wiejskiej. Aspekty prawne*, Warszawa 2017.
- Litwiniuk P., *Pozycja samorządu województwa w zakresie wdrażania działań objętych Programem Rozwoju Obszarów Wiejskich*, [w:] P. Litwiniuk (red.), *Samorząd terytorialny w procesie rozwoju gospodarczego obszarów wiejskich*, Warszawa 2015.
- Litwiniuk P., *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018.
- Mickiewicz A., Mickiewicz B., *Charakterystyczne cechy nowego Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, t. XVII.
- Niewiadomski A., *Polityka rozwoju obszarów wiejskich*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019.
- Prutis S., *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2009, t. VII.
- Rembisz W., *Kwestie ryzyka, cen, rynku, interwencji i stabilności dochodów w rolnictwie*, Warszawa 2013.
- Spychalski M., *Wpływ Wspólnej Polityki Rolnej Unii Europejskiej na rozwój sektora rolnego i obszarów wiejskich w Polsce – przewidywane korzyści i koszty w pierwszych latach członkostwa*, „International Journal of Management and Economics” 2004, vol. 16.
- Stankiewicz D., *Polityka rozwoju rolnictwa i wsi*, „Studia BAS” 2008, nr 12.
- Stoksik J., *Projektowanie pomocy unijnej w dziedzinie polityki rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2013, t. XI.
- Suchoń A., *Wybrane zagadnienia prawne pomocy de minimis w rolnictwie*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2011, nr 1.
- Tomkiewicz E., Bocheński M., *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X.
- Wigier M., *Analiza efektów realizacji polityki rolnej wobec rolnictwa i obszarów wiejskich*, Warszawa 2011.
- Włodarczyk E., *Klęska żywiołowa lub ekologiczna*, [w:] E. Włodarczyk, I. Cytlak (red.), *Człowiek wobec krytycznych sytuacji życiowych. Z teorii i praktyki pracy socjalnej*, Poznań 2011.
- Wojciechowski P., *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako podstawowy instrument polityki rozwoju obszarów wiejskich w Polsce*, [w:] P. Czechowski (red.), *Prawo rolne*, Warszawa 2019.

Summary

Support for investments preventing the destruction of agricultural production potential under the Rural Development Program 2014–2020 (legal solutions and practice)

Key words: Rural Development Programme 2014–2020, financial support, natural disaster, investments, farm.

The article focuses on the analysis of normative solutions contained in the Rural Development Program 2014–2020 regarding the aid instrument called “Investments restoring agricultural production potential”. The purpose of the article is to try to answer the question of whether and to what extent the form of support mentioned above protects the agricultural producer and ensures the sustainability of farming. According to the assumptions, this action is to promote remedies that serve to reduce the effects of probable natural disasters, adverse climatic events and disasters. The reason for the poor use of the funds available under this measure is the condition of meeting simultaneously two conditions for receiving aid, i.e. damage of at least 30% of the average annual agricultural production and destruction of the permanent component of the holding. This tool does not significantly affect the protection of the workshop of agricultural producers and requires legislative changes. Based on the analysis of the research material, conclusions were presented indicating possible changes that should be implemented when designing the assumptions for the future financial perspective of the European Union for 2021–2027.

Jan Kluza

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

ORCID: 0000-0002-0929-6093

jan.kluza@hotmail.com

Zmiany w Kodeksie postępowania karnego na podstawie „ustaw covidowych”

Wstęp

Na mocy ustaw związanych z przeciwdziałaniem rozprzestrzenianiu się epidemii koronawirusa w Polsce, ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu zmian w Kodeksie postępowania karnego (dalej jako k.p.k), które mają usprawnić przebieg postępowań karnych w realiach wynikających ze stanu epidemii. Działania te przybrały zasadniczo dwie formy – zmian bezpośrednio dokonywanych w k.p.k. oraz przepisów szczególnych zawartych w ustawie o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹. To właśnie te pierwsze zmiany, ze względu na wprowadzenie ich do k.p.k. i charakteru stałego, wymagają bliższego omówienia. Pod adresem niektórych z tych zmian podnoszone były wątpliwości co do ich zasadności, co dotyczy szczególnie możliwości zdalnych posiedzeń aresztowych. Ocena tych rozwiązań jest trudna do jednoznacznej oceny, co uzasadnia bliższe ich przedstawienie.

Nowe środki zapobiegawcze

Ustawą o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych

¹ Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1842).

ustaw² do katalogu środków zapobiegawczych wprowadzono nowy, nieizolacyjny środek w art. 276a § 1 k.p.k. w postaci zakazu kontaktów i zakazu zbliżania się na wskazaną odległość do pokrzywdzonego, będącego członkiem personelu medycznego lub osobą przybraną personelowi medycznemu, jeśli zarzucane oskarżonemu przestępstwo zostało popełnione w związku z wykonywaniem przez niego czynności opieki medycznej lub osoby w związku z wykonywaniem tych czynności w odniesieniu do osoby przybranej. Co istotne, obok zakazu kontaktów środkiem tym objęto także zakaz publikacji, w tym za pośrednictwem systemów informatycznych lub sieci telekomunikacyjnych, treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego. W § 3 tego artykułu rozwinięto dodatkowo, że zakaz publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego, o którym mowa w § 1, obejmuje zakaz publikowania i innego udostępniania tych treści, niezależnie od tego, czy zostały wytworzone przez oskarżonego, czy inną osobę, za pośrednictwem internetowych portali, stanowiących usługę świadczoną drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³. Zgodnie z art. 276a § 2 k.p.k., zakazy te mogą być połączone z poręczeniem majątkowym, zaś ich długość organ stosujący powinien określić, kierując się potrzebami zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania i zapewnienia odpowiedniej ochrony pokrzywdzonemu lub osobom dla niego najbliższym (art. 276a § 4 k.p.k.). Ustawodawca nie określił przy tym terminu maksymalnego stosowania tego środka, jednak *a contrario* z art. 276a § 5 k.p.k. wynika, że stosowany po raz pierwszy środek nie może przekraczać kilku miesięcy. Na zasadach ogólnych bowiem, wynikających z art. 250 § 4 k.p.k., w postępowaniu przygotowawczym nieizolacyjne środki zapobiegawcze stosuje prokurator. Tymczasem, zgodnie z art. 275a § 5 k.p.k. przedłużenie zakazu, o jakim mowa, ponad okres łącznie przekraczający 6 miesięcy należy do kompetencji sądu rejonowego (na wniosek prokuratora), w którego okręgu prowadzi się postępowanie. Możliwe jest więc przedłużenie tego środka także przez prokuratora, który uprzednio wydał postanowienie o jego zastosowaniu, jeśli zastosowany został np. na 3 miesiące, a przedłużenie następuje na kolejne 3 miesiące. Dopiero bowiem przedłużenie na czas łącznie wynoszący więcej niż 6 miesięcy należy do kompetencji sądu rejonowego.

Odnośnie wprowadzonego nowego środka zapobiegawczego, to przede wszystkim poddać należy ocenie, czy jego wprowadzenie w istocie było potrzebne. W dotychczasowym stanie prawnym środkiem zapobiegawczym, służącym

² Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 568 z późn. zm.), tzw. tarcza 1.0.

³ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 344).

tożsamym celom, był tzw. dozór policji określony w art. 275 § 1 k.p.k. Zgodnie bowiem z art. 275 § 2 k.p.k., oddany pod dozór ma obowiązek stosowania się do wymagań określonych w postanowieniu o zastosowaniu tego środka, a które to obowiązki mogą polegać m.in. na zakazie kontaktowania się z pokrzywdzonym lub z innymi osobami, zakazie zbliżania się do określonych osób na wskazaną odległość, zakazie przebywania w określonych miejscach, a także na innych ograniczeniach swobody oskarżonego, niezbędnych do wykonywania dozoru. Wprost zatem wskazano, że dozór obejmuje także – co w zasadzie jest regułą w praktyce jego stosowania – zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym. Jasno też wynika z tego przepisu, że katalog obowiązków, jakie w trybie dozoru można na oskarżonego (podejrzanego) nałożyć, ma charakter otwarty⁴. W zakresie więc, w jakim przepis art. 276a § 1 k.p.k. obejmuje zakaz zbliżania się i kontaktowania z pokrzywdzonym będącym członkiem personelu medycznego lub osobą przybraną, stanowi *superfluum* ustawowe jako powtórzenie regulacji zawartej w art. 275 § 1 k.p.k. W związku jednak z art. 276a § 1 i 3 k.p.k., z których wynika, że nowy środek zapobiegawczy obejmuje także zakaz kontaktowania się i publikacji treści godzących w imię pokrzywdzonego za pośrednictwem portali internetowych, pojawia się pytanie, czy w dotychczasowym stanie prawnym postawienie takich wymogów podejrzanemu nie było możliwe. W doktrynie jednak, ze względu na otwarty katalog środków orzekanych, jako dozór policji wskazuje się, że może on obejmować także „zakazy używania określonych komunikatorów internetowych, korzystania z mediów społecznościowych”⁵. Oczywistym jest również, że zakaz kontaktowania, o jakim mowa w art. 275 § 1 k.p.k., obejmuje wszelkie rodzaje komunikacji, w tym także internetowe. Wprowadzenie zatem nowego art. 276a k.p.k. wydaje się być zbędne. Dodać przy tym należy, że nieizolacyjne środki zapobiegawcze mogą być ze sobą łączone, a więc również można było połączyć dozór policji z poręczeniem majątkowym i nie był do tego potrzebny nowy art. 276a § 2 k.p.k.⁶, tak samo jak tytułem dozoru na podstawie art. 275 § 1 k.p.k. można orzec kilka obowiązków wobec podejrzanego⁷. Trzeba jednak równocześnie dodać, że w doktrynie postulowane było wprowadzenie *explicite* środka karnego w Kodeksie karnym w postaci ograniczenia korzystania z Internetu, w tym przede wszystkim portali społecznościowych⁸, co można odnieść również jako zasadny postulat do wprowadzenia takiego środka zapobiegawczego w k.p.k. Tym niemniej, z punktu widzenia prawidłowej legislacji, zastrzeżenie budzi

⁴ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Art. 1–424, Warszawa 2020, s. 1093.

⁵ M. Nawacki, [w:] D. Drajewicz (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz*, Art. 1–424, Warszawa 2020, s. 1251.

⁶ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 465, 469.

⁷ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), op. cit., s. 1090.

⁸ K. Mamak, *Zakaz korzystania z serwisów społecznościowych. Propozycja wprowadzenia nowego środka karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3, s. 37 i nast.

wprowadzenie omawianego środka ograniczonego jedynie do członków personelu medycznego, podczas gdy w stosunku do pozostałych pokrzywdzonych możliwość jego stosowania nadal wynikać będzie z art. 275 § 1 k.p.k. I choć intencja ustawodawcy jest zrozumiała, a jest nią wzmożona ochrona członków personelu medycznego, który ze względu na konieczność egzekwowania przymusu leczenia i izolacji osób w warunkach epidemii jest bardziej narażony na czyny zabronione⁹, to nie ma żadnych przeszkód ku temu, ażeby przepis został sformułowany abstrakcyjnie i mógł mieć zastosowanie do każdego pokrzywdzonego.

Zapewnienie wykonywania środka zapobiegawczego

Oprócz wprowadzenia nowego środka zapobiegawczego, w ramach omawianej nowelizacji z 31 marca 2020 r., ustawodawca w rozdziale dotyczącym środków zapobiegawczych wprowadził także regulacje zawartą w art. 258a k.p.k., w myśl której jeżeli oskarżony uniemożliwia lub utrudnia wykonywanie zastosowanego wobec niego środka zapobiegawczego lub umyślnie naruszył obowiązek lub zakaz związany ze stosowaniem takiego środka, sąd lub prokurator jest zobowiązany zastosować środek zapobiegawczy gwarantujący skuteczną realizację celów jego stosowania. Wprowadzony przepis w zasadzie stanowi powtórzenie stanowiska dotychczas wypracowanego w doktrynie i powszechnie stosowanego w praktyce. Na gruncie art. 275 k.p.k. wprost wskazywano, że „ustawa nie określa skutków nieprzestrzegania przez oskarżonego obowiązków wynikających dla niego z postanowienia o zastosowaniu dozoru Policji. Nie znaczy to, że nie ma żadnej gwarancji ich wykonania. Jest nią obawa zastosowania surowszego środka zapobiegawczego, tj. tymczasowego aresztowania. Nie jest do tego potrzebna żadna regulacja, gdyż w wypadku gdy poddany dozorowi nie wykonuje obowiązków związanych z dozorem Policji środek ten nie zabezpiecza prawidłowego toku postępowania karnego, a zatem żeby ten cel był zrealizowany, niezbędne jest zastosowanie innego środka; zapewnić to może tylko surowszy środek”¹⁰. Wprowadzony nowy przepis stanowi swego rodzaju odpowiednik art. 253 § 2 k.p.k., pozwalającego na zmianę środka zapobiegawczego na środek łagodniejszego rodzaju, z tym że działa w drugą stronę. Brak wcześniej tej regulacji nie zmieniał jednak tego, że w toku postępowania przygotowawczego organ mógł bez przeszkód stosować środek surowszy w miejsce wcześniej orzeczonego łagodniejszego w razie jego nieprzestrzegania¹¹. Wprowadzony zatem

⁹ M. Nawacki, [w:] D. Drązewicz (red.), *Zmiany w KPK wynikające z regulacji COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 56.

¹⁰ R. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, Warszawa 2019, s. 1150–1151.

¹¹ J. Kosonoga, *Dyrektywa adaptacji środka zapobiegawczego do sytuacji procesowej*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 12, s. 70.

art. 258a k.p.k. stanowi skodyfikowanie wcześniejszej praktyki. Na tej podstawie organ stosujący środek zapobiegawczy (prokurator w postępowaniu przygotowawczym lub sąd w jurysdykcyjnym) obowiązany jest zastosować inny środek, gwarantujący skuteczność jego realizowania. W praktyce szczególnie będzie to oznaczać złożenie przez prokuratora wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania w miejsce środków nieizolacyjnych. W żadnej bowiem mierze wprowadzony przepis nie upoważnia prokuratora do zastosowania środka izolacyjnego w miejsce sądu.

Przepadek środków leczniczych na rzecz instytucji

Na mocy dodanej ustawą z 31 marca 2020 r. art. 232b § 1 k.p.k. wprowadzono do k.p.k. możliwość nieodpłatnego przekazania podmiotom leczniczym, Państwowej Straży Pożarnej, Siłom Zbrojnym Rzeczypospolitej Polskiej, Policji, Straży Granicznej oraz instytucjom państwowym i samorządowym zajętych przedmiotów w toku postępowania mających znaczenie dla zdrowia lub bezpieczeństwa publicznego, z tym że możliwość ta ograniczona została jedynie do sytuacji, w której obowiązuje stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii¹². Postanowienie, które jest zaskarżalne, w tym przedmiocie wydaje prokurator w postępowaniu przygotowawczym lub sąd po skierowaniu aktu oskarżenia. Odpowiednie stosowanie art. 192 k.k.w., do którego odsyła art. 232b § 1 zd. 2 k.p.k., oznacza, że w razie uchylecia postanowienia w tym przedmiocie, zajęte przedmioty zwraca się uprawnionemu¹³. W praktyce wprowadzony przepis miał za zadanie służyć przede wszystkim możliwości wykorzystania zajętych przedmiotów w toku postępowania, szczególnie w przypadku przestępstw skarbowych akcyzowych i celnych, alkoholu, który mógłby służyć do produkowania środków dezynfekujących, których szczególnie brakowało w początkowym okresie epidemii. Wprowadzenie tego przepisu jest uzasadnione, bowiem w przeciwnym razie zabezpieczone substancje podlegałyby ogólnym regułom wynikającym z Kodeksu karnego lub Kodeksu karnego skarbowego oraz Kodeksu postępowania karnego, a w szczególności stosownie do art. 232a § 4 k.p.k. mogłyby zostać zniszczone, co byłoby wyrazem marnotrawstwa¹⁴. Wyraz temu dano w uzasadnieniu projektu tej ustawy, gdzie wprost wskazano, że „niszczenie lub przechowywanie zajętych substancji, w tym zwłaszcza alkoholu, pochodzących z przestępstwa, o których mowa w projekcie, w sytuacji zagrożenia epidemicznego stanowiłoby trwonienie zasobów, mających

¹² Stany wprowadzane na podstawie art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1845).

¹³ K. Eischaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, 2020, LEX, teza nr 6 art. 232b.

¹⁴ M. Nawacki, [w:] D. Drajewicz (red.), *Zmiany w KPK...*, s. 31.

znaczenie dla bezpieczeństwa publicznego i nosiłoby znamiona marnotrawstwa. Jednocześnie pozostawienie tychże środków w depozycie również nie znajduje uzasadnienia wobec charakteru zagrożenia epidemicznego¹⁵. Komentarza wymaga jednak określenie statusu prawnego omawianej instytucji, a mianowicie: czy stanowi ona przypadek. W art. 232b § 1 k.p.k. ustawodawca posłużył się bowiem stwierdzeniem o „nieodpłatnym przekazaniu”. Z kolei w art. 192 k.k.w., do którego odsyła art. 232b § 1 k.p.k., mowa jest o przypadku, z tym że odsyłanie to ma charakter odpowiedni, wobec czego można je rozumieć w drodze wykładni *mutatis mutandis* (zmieniając to, co powinno być zmienione), że dlatego art. 192 k.k.w. ma być stosowany odpowiednio, bo art. 232b § 1 k.p.k. nie dotyczy przypadku tylko instytucji *sui generis*. K. Eichstaedt na tym tle wskazuje, że „wprawdzie komentowany przepis nie stanowi wprost o przypadku rzeczy, jednakże w istocie orzeczenie o nieodpłatnym przekazaniu zajętych przedmiotów podmiotom leczniczym jest zbliżone do orzeczenia przypadku, gdyż niewątpliwie stanowi ingerencję w prawo własności (pozbawia określony podmiot własności rzeczy) i poglądu tego nie zmienia fakt odpowiedniego stosowania art. 192 k.k.w., gdyż przy niezasadnym orzeczeniu przez sąd przypadku Skarb Państwa także ponosi odpowiedzialność za szkodę, którą poniósł uprawniony. Warto przypomnieć, że z art. 46 Konstytucji RP jednoznacznie wynika, że przypadek rzeczy może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu. Wobec tego, że przekazanie przedmiotów jest *de facto* orzeczeniem o przypadku, wątpliwe pod względem zgodności ze wskazanym przepisem Konstytucji RP, jest przyznanie prokuratorowi takiego uprawnienia¹⁶. Takie samo stanowisko wyraził A. Lach stwierdzając, że „przekazanie należy uznać za formę przypadku, co wymaga orzeczenia sądu, analogicznie jak w przypadku art. 232a k.p.k.”¹⁷. Wątpliwości te są uzasadnione. Nie znajduje uzasadnienia różnicowanie przypadku orzekanego w trybie art. 232a § 2 k.p.k. od sytuacji opisanej w art. 232b § 1 k.p.k., nazwanie zaś tej instytucji „nieodpłatnym przekazaniem” nie zmienia jej charakteru. Dlatego też należałoby postulować przekazanie tej kompetencji wyłącznie na rzecz sądu.

Zmiany w zakresie posiedzenia aresztowego

Szereg wątpliwości adresowano pod kierunkiem nowego rozwiązania zawartego w art. 250 § 3b k.p.k., wprowadzonym na mocy ustawy z 19 czerwca

¹⁵ Uzasadnienie projektu ustawy (druk sejmowy nr 299), s. 11.

¹⁶ K. Eischtaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany...*, teza nr 17 do art. 232b k.p.k.

¹⁷ A. Lach, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 666.

2020 r.¹⁸ Podstawową zasadą w zakresie posiedzenia w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania jest obecność na nim oskarżonego (podejrzanego), którego doprowadzenie do sądu zarządza prokurator (art. 250 § 3 k.p.k.), bowiem przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania sąd ma obowiązek przesłuchać oskarżonego, chyba że jest to niemożliwe ze względu na jego ukrywanie lub nieobecność w kraju (art. 249 § 3 k.p.k.). W takiej sytuacji sąd stosuje tymczasowe aresztowanie bez przesłuchania oskarżonego na posiedzeniu i wydaje za nim list gończy (art. 279 § 1 k.p.k.). Na mocy wspomnianego przepisu art. 250 § 3b k.p.k. ustawodawca wprowadza swego rodzaju wyjątek od tej reguły. Zgodnie z tym przepisem można odstąpić od przymusowego doprowadzenia do sądu podejrzanego, jeżeli zostanie zapewniony udział podejrzanego w posiedzeniu, w szczególności złożenie przez niego wyjaśnień, przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie tego posiedzenia na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Stosownie do art. 250 § 3c k.p.k. w takim przypadku w posiedzeniu bierze udział w miejscu przebywania podejrzanego referendarz sądowy lub asystent sędziego zatrudniony w sądzie, w którego okręgu przebywa podejrzany lub funkcjonariusz Służby Więziennej, jeżeli podejrzany przebywa w zakładzie karnym lub areszcie śledczym. Obrońca zaś, jeżeli został ustanowiony, bierze udział w posiedzeniu w miejscu przebywania oskarżonego lub w sądzie, z tym że sąd może zobowiązać go do stawienia w sądzie (art. 250 § 3d k.p.k.). Sąd może zobowiązać obrońcę do stawienia w sądzie ze względu na konieczność uchylenia ryzyka nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego. Pod tym nieprecyzyjnym sformułowaniem należy rozumieć sytuację, w której zbliża się koniec 24-godzinnego okresu, w którym sąd ma wydać postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania (art. 248 § 2 k.p.k.). Warto w tym miejscu wskazać, że znowelizowany został również art. 248 § 2 k.p.k., poprzez jego dostosowanie do nowej formy posiedzenia aresztowego, w związku z czym ogłoszenie oskarżonemu postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania przed upływem 24 godzin od oddania go do dyspozycji sądu może nastąpić na posiedzeniu przeprowadzonym w omawianym trybie. Na podstawie art. 250 § 3e k.p.k., ustawodawca przewidział zagwarantowanie prawa do obrony w ten sposób, że w wypadku, gdy obrońca bierze udział w posiedzeniu, przebywając w innym miejscu niż oskarżony, sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony i zezwolić na telefoniczny kontakt obrońcy z oskarżonym, chyba że uwzględnienie wniosku może zakłócić prawidłowy przebieg posiedze-

¹⁸ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086 z późn. zm.).

nia lub stwarza ryzyko nierozstrzygnięcia wniosku w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania przed upływem dopuszczalnego czasu zatrzymania oskarżonego (tj. okresu, o którym mowa w art. 248 § 2 k.p.k.). Jako element zagwarantowania prawa do obrony uważać należy także rozwiązania przewidziane w art. 250 § 3g k.p.k., zgodnie z którym tłumacz może brać udział w posiedzeniu w miejscu przebywania oskarżonego. Dodać jednak należy, że ustawodawca wyłączył możliwość odbycia posiedzenia aresztowego w tym trybie w przypadku, kiedy oskarżony jest głuchy, niemy lub niewidomy (art. 350 § 3f k.p.k. w zw. z art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k.).

Jak sygnalizowano wyżej, pod kątem wprowadzonego rozwiązania podnoszono szereg wątpliwości¹⁹. Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu postulowało skreślenie projektowanych zmian ze względu na to, że art. 41 ust. 3 Konstytucji nie przewiduje odmiennego uregulowania niż doręczenie podejrzanemu postanowienia o tymczasowym aresztowaniu, nawet gdy był obecny na posiedzeniu²⁰. Krytyczne uwagi na etapie procedowania ustawy w Senacie złożyła m.in. Naczelna Rada Adwokacka wskazując, że naruszają prawo do obrony regulacje przewidujące możliwość kontaktowania się oskarżonego z obrońcą na odległość²¹. Jednakże w opinii Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej wskazano, że „możliwość zapewnienia udziału w czynnościach procesowych przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku mogłaby przyczynić się do istotnego usprawnienia postępowania karnego. Stworzenie prawnych ram oraz stosownej technicznej infrastruktury we wskazanym zakresie należy uznać za potrzebne i wartościowe dla realizacji celów postępowania unormowanych w ustawie karno-procesowej. Z tych względów, przewidziana w projektowanym art. 250 § 3b k.p.k. możliwość zapewnienia udziału podejrzanego w posiedzeniu dotyczącym zastosowania tymczasowego aresztowania przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jednoczesny bezpośredni przekaz obrazu i dźwięku na odległość przedstawia się jako rozwiązanie dopuszczalne. Podobnie ocenić należałoby projektowaną formę udziału w posiedzeniu w trybie określonym

¹⁹ Zob. P. Rojek-Socha, *Kolejna „tarcza” pozwoli na niekonstytucyjne areszty on-line*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/posiedzenie-aresztowe-online-narusza-konstytucje-uwazaja-prawnicy,500756.html> (data dostępu: 28.11.2020); A. Łukasiewicz, *Zdalne posiedzenie aresztowe wejdą w życie wbrew protestom adwokatów*, <https://www.rp.pl/Prawo-karne/306239989-Zdalne-posiedzenie-aresztowe-wejda-w-zycie-wbrew-protestom-adwokatow.html> (data dostępu: 28.11.2020); eadem, *Tarcza antykryzysowa: areszt stosowany online to fikcyjne prawo do obrony – uważają prawnicy*, <https://www.rp.pl/Prawo-karne/305279895-Tarcza-antykryzysowa-areszt-stosowany-online-to-fikcyjne-prawo-do-obrony--uwazaja-prawnicy.html> (data dostępu: 28.11.2020).

²⁰ Opinia do ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk nr 142), s. 11.

²¹ Uchwała nr 160/2020 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 2 czerwca 2020 r., załącznik do druku senackiego nr 142.

w art. 250 § 3b k.p.k. (projektowany art. 250 § 3c k.p.k.). Rozwiązania te są bowiem znane już innym systemom prawnym (np. Wielka Brytania) i jako takie przyczyniły się do znacznego usprawnienia procedowania²². Jest to zatem zgoda odmienna ocena, wyrażająca aprobatę dla wprowadzonego rozwiązania. Jednocześnie w opinii tej poczyniono krytyczną uwagę na rozwiązanie zawarte w art. 250 § 3d i 3e k.p.k., umożliwiającym sądowi decydowanie o miejscu przebywania obrońcy w trakcie zdalnego posiedzenia i ograniczeniu bezpośredniego kontaktu z oskarżonym²³. W tym zakresie, w szczególności co do nieuwzględnienia wniosku o kontakt telefoniczny i zarządzenia w tym celu przerwy w posiedzeniu, rozwiązanie to w istocie prowadzi do zbyt daleko idącego ograniczenia prawa do obrony, a co więcej: jest niezrozumiałe. Wszak intencją ustawodawcy i celem tego rodzaju posiedzeń zdalnych jest przyspieszenie postępowania, wobec czego niezrozumiała jest możliwość ograniczenia kontaktu oskarżonego z obrońcą z uwagi na upływ 24-godzinnego okresu przewidzianego dla sądu. Posiedzenie aresztowe cechuje się przecież tym, że prowadzi do uniknięcia czasochłonnych czynności związanych z konwojowaniem podejrzanego, w związku z czym sąd nie powinien mieć problemów w zorganizowaniu posiedzenia przed upływem wskazanego w art. 248 § 2 k.p.k. okresu. Dodać też trzeba, że wprowadzona regulacja wykazuje daleko posuniętą zbieżność z postępowaniem przyspieszonym w brzmieniu ukształtowanym ustawą z 2011 r.²⁴ Zgodnie bowiem z art. 517 § 2a zd. 1 k.p.k., można odstąpić od przymusowego doprowadzenia do sądu sprawcy ujętego w warunkach określonych w § 1, jeżeli zostanie zapewnione uczestniczenie przez sprawcę we wszystkich czynnościach sądowych, w których ma on prawo uczestniczyć, w szczególności złożenie przez niego wyjaśnień, przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających przeprowadzenie tych czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. Zgodnie zaś z art. 517a § 2c k.p.k., ustanowiony obrońca uczestniczy w czynnościach sądowych w miejscu przebywania oskarżonego. Zresztą do art. 517ea k.p.k., dotyczącego ustnej formy dokonywania czynności procesowych, odsyła art. 250 § 3h k.p.k. Co więcej, w ramach postępowania przyspieszonego prowadzonego zdalnie, w oparciu o art. 517g § 1 k.p.k., w razie stwierdzenia, że sprawa nie podlega rozpoznaniu w trybie przyspieszonym, sąd może również zastosować izolacyjny środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania²⁵. W związku

²² Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej dotycząca projektowanego art. 34 pkt 4 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 382), s. 2.

²³ Ibidem, s. 3.

²⁴ Ustawa z dnia 31 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r., Nr 217, poz. 1280).

²⁵ K. Eichstaedt, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Art. 425–673, Warszawa 2020, s. 573.

z tym rozwiązaniem przewidziane w nowo wprowadzonym art. 250 § 3b k.p.k. nie jest czymś nieznanym w polskim systemie prawa i jako takie zasługuje na akceptację. Słuszne jest negatywne ocenienie rozwiązania przewidzianego w art. 250 § 3d i 3e k.p.k., które dotyczy udziału obrońcy i możliwości ograniczenia jego kontaktu z podejrzanym, tym bardziej, że na gruncie postępowania przyspieszonego takie rozwiązanie nie funkcjonuje. W tym zakresie postulować należałoby dokonanie odpowiednich zmian w zakresie wzmocnienia prawa do obrony podejrzanego.

Zdalny charakter rozprawy

Spośród pozostałych zmian w Kodeksie postępowania karnego wprowadzonych na mocy noweli z 19 czerwca 2020 r. najbardziej istotne dotyczą zdalnego udziału stron w postępowaniu. Stosownie do art. 374 § 3 k.p.k., na wniosek prokuratora, przewodniczący może wyrazić zgodę na jego uczestnictwo w rozprawie przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających udział w rozprawie na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie względy techniczne. Powyższe ma znaczenie szczególnie w sprawach, w których prowadzone było śledztwo, w których udział prokuratora jest obowiązkowy, ponieważ w sprawach o dochodzenie niestawieństwa oskarżyciela publicznego na rozprawie nie stanowi przeszkody dla jej odbycia (art. 46 § 2 k.p.k.). Podobne rozwiązanie ustawodawca wprowadził w art. 374 § 4 k.p.k. w stosunku do oskarżonego, oskarżyciela posiłkowego albo oskarżyciela prywatnego, z tym że w tym przypadku dotyczy to jedynie sytuacji, gdy są oni pozbawieni wolności. Jest to rozwiązanie oczywiście błędne, trudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której oskarżyciel posiłkowy lub prywatny, czyli pokrzywdzony, jest pozbawiony wolności. Tym niemniej w stosunku do oskarżonego rozwiązanie to wydaje się być zasadne, ale udział oskarżonego jest obowiązkowy w rozprawie jedynie w sprawach o zbrodnie i to jedynie w zakresie przedstawienia mu zarzutów, pouczeniu o przysługujących mu uprawnieniach i przesłuchaniu (art. 374 § 1a k.p.k.). W tym przypadku w miejscu przebywania oskarżonego udział bierze referendarz sądowy lub asystent sędziego danego sądu (art. 374 § 5 k.p.k.), zaś obrońca bierze udział w rozprawie w miejscu przebywania oskarżonego lub w sądzie, jeśli się stawia (art. 374 § 6 k.p.k.), gdyż ustawodawca nie przewidział możliwości zobowiązania obrońcy do stawieństwa w sądzie, jak w przypadku posiedzenia aresztowego. Stosownie do art. 374 § 7 k.p.k., jeśli obrońca bierze udział w rozprawie, przebywając w innym miejscu niż oskarżony (czyli w sądzie, ponieważ nie ma trzeciej opcji), sąd na wniosek oskarżonego lub obrońcy może zarządzić przerwę na czas oznaczony w celu kontynuacji rozprawy w tym samym dniu, aby umożliwić telefoniczny kontakt

obrońcy z oskarżonym, chyba że złożenie wniosku w sposób oczywisty nie służy realizacji prawa do obrony, a w szczególności zmierza do zakłócenia lub nieuzasadnionego przedłużenia rozprawy. Z przepisu tego wynika, że przerwa w rozprawie ma być na tyle krótka, że musi umożliwić kontynuowanie rozprawy w tym samym dniu, co w praktyce oznaczać będzie przerwę trwającą kilkanaście minut, mającą charakter bardziej techniczny niż przyjęty na tle art. 401 § 2 k.p.k.²⁶ Wniosek w tym względzie nie ma charakteru wiążącego dla sądu, bo przepis przewiduje, że „sąd może zarządzić przerwę”, co więcej – sąd może odmówić jego uwzględnienia ze względu na nieostre kryteria w postaci braku realizacji prawa do obrony lub zakłócenia i przedłużenia rozprawy. Jest to rozwiązanie błędne. Decydując się na prowadzenie rozprawy w trybie zdalnym, sąd powinien zmierzać do jak największego jej zbliżenia do realiów panujących na sali rozpraw. Powszechną i oczywistą praktyką zaś w toku rozprawy jest bieżące konsultowanie się obrońcy ze swoim klientem i bieżące omawianie pojawiających się zagadnień. Zdalny tryb rozprawy w sposób oczywisty to uniemożliwia, dlatego postulować należałoby związanie sądu wnioskiem obrońcy o przerwę w celu konsultacji z oskarżonym. Obrońca wszak nie może podejmować czynności na niekorzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.), zaś w niektórych sytuacjach bez kontaktu z oskarżonym obrońca nie może podjąć niektórych z czynności, nie znając stosunku do nich oskarżonego. Trudno jest też zrozumieć, dlaczego to sąd ma decydować o tym, co służy realizacji celu obrony oskarżonego. Z kolei przedłużenie rozprawy, o jakim mowa w tym przepisie, również nie powinno stanowić podstawy odmowy uwzględnienia wniosku, skoro – jak wskazano wyżej – przerwa ta ma trwać najwyżej kilkanaście minut. Jediną sytuacją, jak się wydaje, w której sąd na tej podstawie winien odmówić przerwy, jest kolejne uporczywe ponawianie wniosku²⁷.

Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że co do zasady kierunek zmian dokonanych w Kodeksie postępowania karnego w związku z „ustawami covidowymi” jest zasadny i ma służyć nie tylko przyspieszeniu postępowania, lecz także zapewnieniu bezpieczeństwa osób biorących udział w czynnościach procesowych. Ustawodawca nie ustrzegł się jednak błędów w konstruowaniu tych przepisów. Dotyczy to w szczególności art. 250 § 3d i 3e k.p.k., dotyczących zdalnego posiedzenia aresztowego i możliwości sądu do zobowiązania obrońcy do stawiennictwa w sądzie i uniemożliwienia bezpo-

²⁶ K. Wytrykowski, [w:] D. Drajewicz (red.), *Zmiany w KPK...*, s. 73.

²⁷ Ibidem, s. 74.

średniego kontaktu obrońcy z oskarżonym. Argument ustawodawcy, jakoby rozwiązanie to było podyktowane koniecznością przedstawienia postanowienia o tymczasowym aresztowaniu przed upływem 24 godzin, jest niezrozumiałe, ponieważ istotą i celem posiedzenia zdalnego jest przyspieszenie postępowania i uniknięcie czasochłonnych czynności technicznych związanych z konwojowaniem podejrzanego do sądu. Tym samym sąd nie powinien ograniczać uprawnień obrońcy ze względu na brak czasu. To samo dotyczy kwestii zdalnego uczestnictwa oskarżonego w rozprawie w oparciu o art. 374 § 4 k.p.k. i możliwości zarządzenia przerwy w rozprawie celem kontaktu z obrońcą (art. 374 § 7 k.p.k.). W tym zakresie należałoby postulować, że sąd nie mógłby nie uwzględnić wniosku obrońcy lub oskarżonego o zarządzenie przerwy, chyba że jest to kolejny wniosek. Rozprawa w trybie zdalnym powinna jak najbardziej być zbliżona do rozprawy tradycyjnej i w tym celu kontakt oskarżonego z obrońcą z wyłączeniem osób trzecich powinien być zagwarantowany. Zbędne również wydaje się być wprowadzenie nowego środka zapobiegawczego określonego w art. 276a k.p.k., dotyczącego zakazu zbliżania i kontaktów z pokrzywdzonym członkiem personelu medycznego. Wszak ten sam cel w pełni realizował dotychczas dozór orzekany w trybie art. 275 k.p.k. Tym niemniej wskazać należy, że kierunek wprowadzonych zmian jest słuszny i poza wskazanymi wyżej uwagami nie budzi większych wątpliwości.

Wykaz literatury

- Eichstaedt K., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Art. 1–424, Warszawa 2020.
- Eichstaedt K., [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Art. 425–673, Warszawa 2020.
- Eichstaedt K., [w:] D. Świecki (red.) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, 2020, LEX.
- Hofmański P., Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020.
- Kosonoga J., *Dyrektywa adaptacji środka zapobiegawczego do sytuacji procesowej*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 12.
- Lach A., [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Łukasiewicz A., *Tarcza antykryzysowa: areszt stosowany online to fikcyjne prawo do obrony – uważają prawnicy*, <https://www.rp.pl/Prawo-karne/305279895-Tarcza-antykryzysowa-areszt-stosowany-online-to-fikcyjne-prawo-do-obrony---uwazaja-prawnicy.html>.
- Łukasiewicz A., *Zdalne posiedzenie aresztowe wejdą w życie wbrew protestom adwokatów*, <https://www.rp.pl/Prawo-karne/306239989-Zdalne-posiedzenie-aresztowe-wejda-w-zycie-wbrew-protestom-adwokatow.html>.
- Mamak K., *Zakaz korzystania z serwisów społecznościowych. Propozycja wprowadzenia nowego środka karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3.

- Nawacki M., [w:] D. Drajewicz (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–424*, Warszawa 2020.
- Nawacki M., [w:] D. Drajewicz (red.), *Zmiany w KPK wynikające z regulacji COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Opinia do ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk nr 142).
- Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej dotycząca projektowanego art. 34 pkt 4 ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 382).
- Rojek-Socha P., *Kolejna „tarcza” pozwoli na niekonstytucyjne areszty on-line*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/posiedzenie-aresztowe-online-narusza-konstytucje-uwazaja-prawnicy,500756.html>.
- Stefański R., Zabłocki S. (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, Warszawa 2019.
- Wytrykowski K., [w:] D. Drajewicz (red.), *Zmiany w KPK wynikające z regulacji COVID-19. Komentarz*, Warszawa 2020.

Summary

Amendments to the Code of Criminal Procedure based on “COVID-19 acts”

Key words: Criminal trial, coronavirus, online session, online hearing.

The article deals with issues related to two amendments to the Code of Criminal Procedure based on acts aimed at counteracting the effects of the coronavirus epidemic. As part of these amendments, several important changes were made to the code, which should be given more attention. This is especially true of remote arrest and the main trial. Many doubts were raised about these changes, but not all of them can be divided as justified. The article aims to discuss the introduced changes and their consequences on the shape of the criminal trial. As a consequence of these considerations, it should be said that the introduced changes, as a rule, deserve approval and are aimed at improving the criminal process, but the legislator did not avoid making mistakes, especially as regards the redundancy of some of the introduced institutions.

Anita Kubanek

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-7571-3772

akubanek@ukw.edu.pl

Urządzanie nielegalnych gier losowych w mediach społecznościowych przez przedsiębiorców

Wprowadzenie

Wielość podmiotów na rynku i związana z tym bardzo duża konkurencja oferowanych produktów czy usług sprawiły, że dostarczenie produktu na czas lub korzystna cena obecnie nie wystarczą. Przedsiębiorcy prześcigają się w działaniach promocyjnych, różnorodności ofert, aktywności w obszarach biznesowych, pozwalających na budowanie marki czy działalność społeczną. Wszystko po to, aby docelowo zdobyć większą liczbę klientów i maksymalizować zyski. Pomoc w tym zakresie stanowią z pewnością media społecznościowe, będące narzędziem docierania do klienta, interakcji z nim lub po prostu sprzedaży produktu/usługi. Firmy z powodzeniem budują swoje marki przy wykorzystaniu mediów społecznościowych, które oferują szeroką gamę aktywności i funkcjonalności.

Wykorzystanie tego narzędzia do maksymalizacji zysków w firmie nie wydaje się budzić wątpliwości, a wręcz przeciwnie: jest dziś czymś oczywistym i powszechnym. Niemniej Internet to nie wirtualny świat pozbawiony zasad, ograniczeń czy przepełniony wyłącznie anonimowymi podmiotami. Funkcjonowanie w mediach społecznościowych wiąże się z obowiązkiem przestrzegania licznych norm prawa powszechnie obowiązującego oraz regulaminów poszczególnych portali/platform. Nie oznacza więc, że przedsiębiorca działający w Internecie może bezkarnie naruszać dobra osobiste lub prawa i wolności innych osób/podmiotów tylko dlatego, że jest to świat wirtualny, a on pozostaje anonimowy lub działa pod fikcyjnym profilem. Dbłość o klientów, budowanie z nimi relacji czy promowanie marki musi być oparte o przestrzeganie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza że środowisko, w którym podejmowane są te działania, jest obciążone wysokim ryzykiem naruszeń. Wiele

firm tworzy stanowiska lub nawet działy *compliance*, zajmujące się dostosowywaniem działalności firmy – w tym w zakresie aktywności w Internecie – do obowiązujących przepisów.

Jednym z obszarów promocji firmy na portalach społecznościowych jest organizacja różnego rodzaju konkursów lub loterii promocyjnych dla klientów. Jak stanowią przepisy prawa w Polsce, loteria taka (po spełnieniu określonych przesłanek) jest klasyfikowana jako gra hazardowa i podlega uzyskaniu zezwolenia na jej urządzenie. Praktyka pokazuje, że przedsiębiorcy zdobywający w ten sposób klientów nie mają świadomości, że naruszają przepisy prawa i organizując bezwiednie loterię mogą ponieść odpowiedzialność administracyjną, karną i karnoskarbową. Tym samym chęć wypromowania produktów czy usług może skończyć się załamaniem wizerunku takiej firmy i odpowiedzialnością organizatora. Dodatkowo czyn samego udziału w nielegalnej grze jest również penalizowany przez przepisy prawa.

Celem niniejszego artykułu jest przede wszystkim zbadanie, czy loteria organizowana w mediach społecznościowych jest rzeczywiście grą hazardową w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych¹ (dalej jako ustawa o grach). Ponadto poddano analizie podstawy prawne (zarówno prawo powszechnie obowiązujące, jak i regulaminy wewnętrzne) organizacji rzeczonych loterii oraz zgłębiono problematykę „trójodpowiedzialności” w przypadku naruszenia przepisów prawa. Artykuł został wzbogacony o część empiryczną, zawierającą badania własne z województwa kujawsko-pomorskiego.

Podstawy prawne organizacji loterii promocyjnych na Facebooku

Powszechnie znane gry losowe, cechujące się elementem przypadku, zostały uznane przez ustawodawcę jako gry hazardowe. Uregulowano je w ustawie o grach, która określa warunki urządzania gier hazardowych i zasady prowadzenia działalności w tym zakresie oraz zasady opodatkowania podatkiem od gier hazardowych (dalej jako podatek od gier). Akt prawny zawiera szereg przepisów, zarówno materialnych jak i procesowych, regulujących w dość kompleksowy sposób problematykę gier hazardowych.

W sytuacji nieprzestrzegania przepisów materialnych ustawy o grach, ustawodawca w rozdziale 10 zatytułowanym *Kary pieniężne*, przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności administracyjnej podmioty, które nie zastosowały się do nałożonych obowiązków, nakazów lub zakazów ustawowych. Jest to jedna z sankcji w przypadku organizacji nielegalnej loterii

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2094.

w mediach społecznościowych, czemu poświęcony zostanie inny fragment niniejszego artykułu.

Ustawodawca penalizuje czyny polegające na niezastosowaniu się do norm ustawy o grach lub wprowadza sankcje dodatkowo w dwóch innych aktach prawnych:

– ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy² (dalej jako k.k.s.) – rozdział 9 *Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych*,

– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny³ (dalej jako k.k.) – ustawodawca wprowadza środek karny w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych.

Należy więc stwierdzić, że przedsiębiorca, który zamierza zorganizować loterię promocyjną lub inną grę losową w mediach społecznościowych, powinien w pierwszej kolejności zapoznać się z ustawą o grach, a następnie z k.k.s i k.k., aby mieć świadomość odpowiedzialności za ewentualne naruszenie przez niego przepisów ustawy o grach. Nie jest to jednak cały wachlarz norm i zasad, o których przestrzeganie powinien zadbać przedsiębiorca planujący organizację loterii.

Poza przepisami powszechnie obowiązującymi organizator zobowiązany jest również do przestrzegania regulaminów poszczególnych platform/portali/stron internetowych mediów społecznościowych. W niniejszym artykule skupiono się na organizacji loterii w mediach społecznościowych, ze szczególnym uwzględnieniem portalu Facebook, więc dalsze analizy będą się opierały na regulaminie tego właśnie portalu. Akty normatywne obowiązujące na portalu Facebook szczegółowo regulują obowiązki organizatorów gier losowych. Są to: *Regulamin – zasady dotyczące stron, grup i wydarzeń*, *Zasady dotyczące danych*, *Standardy społeczności* i *Regulamin usługi*. Z punktu widzenia loterii kluczowy jest pierwszy z wymienionych dokumentów, który jest dostępny na stronie www.facebook.com/policies.

Organizatora loterii obowiązują więc przepisy prawa powszechnego, jak również wewnętrzne regulacje danej platformy, na której loteria ma zostać przeprowadzona. Konglomerat ten stanowi niezbędnik dla organizatora, którego celem jest przyciągnięcie do siebie większej rzeszy klientów. Tym bardziej urządzenie loterii bez zaznajomienia się z rzeczonymi regulacjami może grozić nie tylko utratą marki lub zaufania klientów, ale także odpowiedzialnością cywilną ze strony właściciela platformy społecznościowej oraz odpowiedzialnością na gruncie ustawy o grach oraz przepisów karnych.

² T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 19, 568, 695, 1106, 2122, 2320.

³ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444, 1517.

Klasyfikacja tzw. losowań w mediach społecznościowych jako gry hazardowej

Hazard społecznie kojarzy się stosunkowo pejoratywnie, z grą w kasynie lub grą na automatach w celu szybkiego osiągnięcia zysku, których główną cechą jest przypadkowość. Co więcej, „do czasu uchwalenia obecnej ustawy o grach hazardowych słowo *hazard* nie występowało jako termin języka prawnego w naszym ustawodawstwie regulującym problematykę gier i zakładów”⁴. Zdaniem Stanisława Kozaka, „najczęściej spotykane gry hazardowe to automaty do gry (tzw. jednoręki bandyta), bingo, ruletka, gry w karty, wyścigi konne, wyścigi psów”⁵. Oczywiście pojawienie się Internetu w Polsce rozszerzyło wachlarz możliwości dla potencjalnych graczy.

Zakwalifikowanie gier losowych w formie loterii promocyjnej czy audiowizualnej jako gry hazardowej budzi pewne wątpliwości, gdyż pozornie ciężko upatrywać w tego typu aktywnościach hazardu. Zwłaszcza, że uczestnicy bardzo często spontanicznie lub doraźnie biorą udział w losowaniach. Jednak, jak podaje Bohdan T. Woronowicz, istnieją różne klasyfikacje hazardu⁶, m.in.:

- rekreacyjny (rozrywka, forma spędzania wolnego czasu),
- ryzykowny (negatywne skutki grania są jeszcze na tyle małe, że gracz potrafi sam się z nimi uporać),
- problemowy (pojawiają się już pierwsze poważniejsze negatywne konsekwencje grania),
- patologiczny (uzależnienie z wszelkimi jego konsekwencjami).

Co więcej, autor powołuje się na pioniera leczenia patologicznego hazardu, Roberta Custera, który wyróżnił 6 typów graczy: profesjonalści (zarabiający na grze, np. na giełdzie), antyspołeczni (grający nieuczciwie), rekreacyjni (grający sporadycznie i tylko dla relaksu), rekreacyjni z problemami (granie jako główne źródło relaksu i rozrywki), „ucieczkowi” (gra jest ucieczką od napięcia) oraz uzależnieni (z objawami patologicznego hazardu)⁷.

Analizując problematykę niniejszego artykułu, można stwierdzić, że gra w loteriach promocyjnych na portalu Facebook podejmowana jest raczej w celach rozrywkowych, rekreacyjnych, czasem dla zdobycia określonej nagrody – choć oczywiście motywacje takowych działań mogą być różne, w zależności od typu gracza. Niemniej ustawodawca umiejscowił gry losowe wśród gier hazardowych, co mogło być determinowane, po pierwsze, profilaktyką (pierwsza faza hazardu to faza zainteresowania, w związku z czym należy przeciwdziałać rozwojowi hazardu), a po drugie – utrzymaniem monopolu państwa

⁴ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 528.

⁵ S. Kozak, *Patologie komunikowania w Internecie. Zagrożenia i skutki dla dzieci i młodzieży*, Warszawa 2011, s. 141.

⁶ B.T. Woronowicz, *Hazard – historia, zagrożenia i drogi wyjścia*, Poznań 2012, s. 67.

⁷ Ibidem, s. 67–68.

na organizowanie i dysponowanie zgodą na organizację gier hazardowych. Dodatkowym elementem w tej refleksji jest fakt, że takowa kwalifikacja ustawodawcy ma związek z tym, że organizowane różnego rodzaju konkursy i losowania (na funpage firmy na Facebooku czy przez operatorów telefonii komórkowej) nie są traktowane każdorazowo jako forma hazardu, „charakteryzują się dużą dostępnością, narażając na utratę pieniędzy przez osoby naiwne i łatwowierne, czasem nawet dzieci”⁸ (zwłaszcza wideoloterie z niekontrolowanym dostępem). Co więcej, Igor Zgoliński podkreśla, że „można wyraźnie dostrzec, że prowadzenie tego rodzaju gier nie wpływa korzystnie na życie społeczne, (...) a hazard pociąga za sobą negatywne skutki ekonomiczne w wymiarze indywidualnym”⁹.

Działalność państwa poprzez umiejscowienie gier losowych, w tym loterii promocyjnych w ustawie o grach, ma na celu przeciwdziałanie degradacji społecznej w postaci dostępności do hazardu, który uzależnia i jest przeciwieństwem patologią społeczną. Innym przykładem takich działań profilaktycznych jest zakaz promocji i reklamy hazardu (art. 29 ustawy o grach). Zdaniem Leszka Wilka „ograniczenia w prowadzeniu reklamy i promocji hazardu są prawnym instrumentem polityki publicznej, której celem jest przede wszystkim ochrona gracza-konsumenta przed niekorzystnymi skutkami, jakie może nieść dla niego nadmierna konsumpcja usług hazardowych”¹⁰.

Ustawodawca przyjął zdecydowanie szerszą optykę dotyczącą rozumienia hazardu niż jest to powszechnie przyjęte. Odnosił się do kwestii gier hazardowych w kluczowej dla tej problematyki ustawie o grach, poświęcając klasyfikacji cały art. 2 oraz art. 1 ust. 2. Tym samym należy przyjąć, zgodnie z legalnymi definicjami wprowadzonymi przez ustawodawcę, że grami hazardowymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty oraz gry na automatach.

Uszczegóławiając podział, ustawodawca przyjął, że grami losowymi są gry, w tym urządzone przez sieć Internet o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku. Wyodrębnić więc można następujące przesłanki, które musi spełniać gra losowa, aby można było zakwalifikować ją do gier hazardowych: wygrana pieniężna lub rzeczowa, wynik zależny w szczególności od przypadku. Należy w tym miejscu wspomnieć, że ustawodawca na gruncie ustawy o grach nie definiuje pojęcia *losowy*. W orzecznictwie sądów administracyjnych losowość gier jest rozumiana jako niemożliwość przewidzenia rezultatu gry w normalnych warunkach, a więc jej wynik zależy od przypadku¹¹. Do zakwalifikowania gry do gier losowych wystarczy więc stwierdzenie wystąpienia w grze elementu losowości, wpływającego bez-

⁸ Ibidem.

⁹ I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 592.

¹⁰ L. Wilk, J. Zagrodnik, op. cit., s. 132.

¹¹ Wyrok NSA z 18 maja 1999 r., sygn. akt II SA 453/99.

pośrednio na wynik gry (wygraną pieniężną lub rzeczową)¹². Elementowi losowości przeciwstawia się, zdaniem Kamila Frąckowiaka, „umiejętności uczestników danej gry”. Proporcje tej zależności kształtują się różnie, w zależności od gry¹³. Dominującym elementem gry musi być więc *losowość*, rozumiana jako sytuacja, w której wynik gry zależy od przypadku, a także jako sytuacja, w której rezultat gry jest nieprzewidywalny dla grającego.

Co do przesłanki wygranej to może mieć ona formę pieniężną lub rzeczową. Należy podkreślić, że w grze hazardowej można stracić lub zyskać pieniądze lub rzeczy¹⁴. By uznać określoną rozrywkę za hazard, nie jest istotna, zdaniem Macieja Nawackiego, „możliwość wielkiej czy też znaczącej wygranej, albowiem wystarczy sama możliwość uzyskania nagrody”¹⁵. Trzecią cechą hazardu jest regulamin, który będzie jeszcze przedmiotem dalszych analiz.

Należy również zwrócić uwagę na kwestię użycia przez ustawodawcę sformułowania „w tym urządzone przez sieć Internet”, dzięki któremu dopuścił on także wersje online każdej gry losowej, poszerzając tym samym zakres tego pojęcia. WSA we Wrocławiu w swoim wyroku uznał, że przy określaniu, czy dana gra jest grą losową, okoliczność, że urządzenie, które służy do grania w gry losowe, ma lub może mieć połączenie z Internetem umożliwiające uruchomienie przeglądarek internetowych oraz może pełnić dodatkowe funkcje, nie ma znaczenia¹⁶.

Wyjaśnienia wymaga także rozróżnienie pojęcia urządzenie i prowadzenie gier hazardowych poczynione przez ustawodawcę. Niestety, ustawy nie uzupełniono o legalne definicje tych pojęć. Jak podkreśla Iwona Sepioło-Jankowska, „z treści przepisów można wnioskować, że w przypadku urządzania chodzi o zaprowadzenie czy uruchomienie działalności hazardowej w określonym miejscu (kasynie, salonie)”. Stąd też, zdaniem autorki, należy przyjąć, „że urządzenie gry poprzedza czasowo ich prowadzenie. Prowadzenie przeto dotyczy działalności już uprzednio urządzonej”¹⁷.

Ustawodawca precyzuje, co należy rozumieć przez grę losową. Dokonuje tego poprzez wprowadzenie do art. 2 ustawy o grach katalogu gier, który jest – zdaniem NSA oraz WSA w Warszawie – katalogiem zamkniętym¹⁸. Do gier losowych zalicza się więc:

¹² Wyroki NSA z: 4 lutego 2016 r., sygn. akt II GSK 1202/14; 30 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1852/13; 5 grudnia 2001 r., sygn. akt II SA 2648/00.

¹³ K. Frąckowiak, *Nielegalny e-hazard. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2018, s. 27.

¹⁴ Ibidem, s. 31.

¹⁵ M. Nawacki, *Karalność gier na automatach*, „Studia Prawnoustrojowe” 2008, nr 8, s. 290.

¹⁶ Wyrok WSA we Wrocławiu z 2 lutego 2017 r., sygn. akt III SA/Wr 1260/16.

¹⁷ I. Sepioło-Jankowska, *Prawo i postępowania karne skarbowe*, Warszawa 2017, s. 219.

¹⁸ Wyrok NSA z 6 grudnia 2016 r., sygn. akt. II GSK 924/15 oraz wyrok WSA w Warszawie z 5 września 2017 r., sygn. akt. V SA/Wa 2391/16.

– gry liczbowe, w których wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranej zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek, oraz gra liczbową keno, w której wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, a wysokość wygranych stanowi iloczyn wpłaconej stawki i mnożnika ustalonego dla poszczególnych stopni wygranych;

– loterie pieniężne, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot zarządzający loterią oferuje wyłącznie wygrane pieniężne;

– gra telebingo, w której uczestniczy się przez nabycie dowodu udziału w grze zawierającego przypadkowe zestawy liczb lub znaków z góry ustalonego zbioru liczb lub znaków, przeprowadzana na skalę ogólnokrajową z losowaniem nadawanym jako audycja telewizyjna, a podmiot zarządzający grą oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe;

– gry cylindryczne, w których uczestniczy się w grze przez wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranej zależy od określonego z góry stosunku wpłaty do wygranej, zaś wynik gry ustalany jest za pomocą urządzenia obrotowego lub gry cylindryczne urządzone na tych zasadach w sieci Internet;

– gry w kości;

– gra bingo pieniężne, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot zarządzający grą oferuje wyłącznie wygrane pieniężne, których wysokość zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek;

– gra bingo fantowe, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot zarządzający grą oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe;

– loterie fantowe, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot zarządzający loterią oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe;

– loterie promocyjne, w których uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatnie uczestniczy się w loterii, a podmiot zarządzający loterią oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe;

– loterie audiotekstowe, w których uczestniczy się przez odpłatne: połączenie telefoniczne lub wysyłanie wiadomości tekstowych z użyciem publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Co niezwykle istotne z punktu widzenia omawianej problematyki gier hazardowych – prowadzenie działalności w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych, gry telebingo oraz gier na automatach, poza kasynem gry, jest objęte monopolem państwa. Oznacza to, że urządzenie tego rodzaju gier oraz prowadzenie działalności w tym zakresie jest dozwolone na podstawie właści-

wej koncesji, zezwolenia lub dokonanego zgłoszenia (art. 3 ustawy o grach). Państwo tym samym, ugruntowując monopol w omawianym zakresie, zapewnia sobie kontrolę prowadzonej w zakresie gier hazardowych działalności i samo decyduje o udzieleniu takiej zgody administracyjnej. Wykonywanie monopolu państwa należy do ministra właściwego do spraw aktywów państwowych, który tworzy w tym celu, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych, jednoosobowe spółki Skarbu Państwa.

Podlegające niniejszej analizie prawnej aktywności firm na portalach społecznościowych polegają na urządzaniu potocznie nazwanych losowań, w których należy spełnić określone warunki, aby móc zostać uczestnikiem i walczyć o nagrodę. Celem organizacji takich aktywności jest szeroko pojęta promocja firmy lub jej produktów, budowanie marki oraz maksymalizacja sprzedaży i tym samym zysków. Organizator zazwyczaj zobowiązuje osoby, chcące być uczestnikami losowania do określonych działań, np. polubienia określonego postu, udostępnienia określonego postu, wpisania wymaganego komentarza lub dokonania innej czynności w sieci Internet. Niekiedy warunkiem udziału jest nabycie produktu/usługi lub innego dowodu, który jest traktowany przez organizatora jako dowód udziału w grze. Losowanie następuje z reguły na żywo (relacja na żywo), aby uniknąć zarzutu mataczenia przy wynikach. Tym samym uczestnicy mają możliwość obserwowania losowania, spełniającego przesłankę przypadkowości. Z reguły są to urny lub szklane kule, w których znajdują się karteczki (losy) z imionami, nazwiskami lub innym identyfikatorem uczestnika. Wynik poddaje się do publicznej wiadomości. Organizatorzy przewidują w losowaniach nagrody rzeczowe lub pieniężne o różnej wartości – zależy to od wielkości czy profilu firmy oraz skali przedsięwzięcia promocyjnego.

Biorąc pod uwagę ustawową klasyfikację i odnosząc się do problematyki niniejszego artykułu, należy stwierdzić, że wyżej opisane losowania organizowane przez przedsiębiorców są – z wyjątkami – grami hazardowymi. Uszczegóławiając, są to gry losowe, a dokładniej – loterie promocyjne. Nawiązując do legalnej definicji, uczestniczy się w nich przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze. Owo uczestnictwo jest dla uczestnika nieodpłatne, a podmiot urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe. Warunkiem wzięcia udziału w loterii promocyjnej jest nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze.

Tak zorganizowane losowanie jest niewątpliwie loterią promocyjną, jasno sprecyzowaną przez ustawodawcę. Jednak podczas analizy przepisu pojawia się pewna wątpliwość, która była również przedmiotem analiz NSA oraz WSA w Łodzi. Mianowicie, jeśli ustawodawca definiuje loterię promocyjną jako grę, w której uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatnie uczestniczy się w loterii, to czy urządzenie loterii, w której warunkiem udziału jest udostępnienie postu lub wpisanie

komentarza, może być traktowane jako loteria promocyjna na gruncie ustawy o grach? Bardzo często spotyka się bowiem losowania, w których organizatorzy nie wymagają owego nabycia, a jedynie określonej aktywności (udostępnienia postu, polubienia postu czy też wpisania określonego komentarza).

Przede wszystkim należy wrócić do definicji loterii promocyjnej, która jako jedyna z definicji zamieszczonych w ustawie o grach ma zastosowanie do losowań organizowanych na Facebooku. Zgodnie z cytowanym wcześniej art. 2 ustawy o grach, aby uznać omawiane losowanie za loterię promocyjną, niezbędne jest wystąpienie łącznie trzech przesłanek:

1. W loterii promocyjnej uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze.
2. Uczestnictwo w loterii jest nieodpłatne.
3. Podmiot zarządzający loterią oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe.

Wątpliwości powyższe wydają się być rozstrzygnięte przez WSA w Łodzi, który w wyroku stwierdził, że gra w loterii promocyjnej w ujęciu ustawy o grach jest umową o charakterze odpłatnym, której istotnym elementem jest to, że biorący w niej udział ma obowiązek zapłaty ceny losu lub innego dowodu udziału w grze, określonej w regulaminie gry. Przepisy ustawy o grach nie określają, nawet w sposób przykładowy, co może być innym dowodem udziału w grze, chociaż w definicji loterii promocyjnej ustawodawca wskazuje na towar lub usługę¹⁹. Tym samym, jak stwierdził w wyroku NSA, dowodem udziału w grze może być wszystko, co organizator w swoim regulaminie uzna za potwierdzenie faktu uczestnictwa w grze, niezależnie nawet od tego, czy nabycie takiego dowodu było faktycznie związane z zamiarem jego kupienia i uczestniczenia w konkursie²⁰.

Choć w ustawie o grach nie zostało wyraźnie zaznaczone, to w ocenie sądu przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie jedynie do gier odpłatnych, tzn. takich, w przypadku których warunkiem uczestnictwa jest nabycie przy udziale środków finansowych losu lub innego dowodu udziału w grze albo dokonanie wpłaty określonych stawek pieniężnych. Tym samym uczestnicy gry niejako pośrednio ją finansują, a sam organizator osiąga z tytułu organizowania gry określone korzyści majątkowe, czyli dochody. Z tego powodu większość rodzajów gier losowych obłożona została daniną publiczną, tj. podatkiem od gier.

Tym samym, zgodnie z WSA w Łodzi, losowania organizowane na Facebooku, których warunkiem udziału jest umieszczenie stosownego komentarza lub polubienie postu, bez konieczności nabycia towaru lub usługi, nie są loterią promocyjną w rozumieniu ustawy o grach i nie obowiązuje nakaz uzyska-

¹⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 8 lutego 2019 r., sygn. akt III SA/Łd 950/18.

²⁰ Orzeczenie NSA z 28 października 1998 r., sygn. akt II SA 1213/98, a także wyrok NSA z: 8 grudnia 1998 r., sygn. akt II SA 1396/98; 17 kwietnia 1998 r., sygn. akt II SA 231/98; 12 listopada 1997 r., sygn. akt II SA 497/97, a także 5 stycznia 2000 r., sygn. akt II SA 1201/99.

nia zezwolenia na ich urządzenie. Oczywiście drugą kwestią jest prawidłowość warunków udziału w losowaniu, które są również regulowane i formułowane przez regulaminy platformy społecznościowej.

Wymagania i warunki organizacji loterii promocyjnej na Facebooku

Podmiot, który planuje urządzić loterię promocyjną w mediach społecznościowych, musi spełnić warunki, które jasno precyzuje ustawa o grach oraz regulaminy poszczególnych portali. Biorąc pod uwagę szeroki wachlarz mediów społecznościowych, w niniejszym artykule skupiono się wyłącznie na portalu Facebook i to on będzie podlegał dalszym analizom.

Bez względu na rodzaj platformy społecznościowej, przepisy prawa obowiązują powszechnie, a więc organizator loterii promocyjnej musi w pierwszej kolejności odnieść się do warunków i wymagań określonych w ustawie o grach. Zgodnie z art. 3 tejże ustawy, urządzenie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier w karty i gier na automatach oraz prowadzenie działalności w tym zakresie jest dozwolone na podstawie właściwej koncesji, zezwolenia lub dokonanego zgłoszenia. W analizowanym w niniejszym artykule przypadku wymagane jest uzyskanie zezwolenia na planowane urządzenie loterii promocyjnej. Zgodnie bowiem z art. 7 ustawy o grach, loterie fantowe, gry bingo fantowe i loterie promocyjne mogą być urządzone na podstawie udzielonego zezwolenia przez osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej.

Poniżej wyszczególniono warunki organizacji loterii promocyjnej na gruncie ustawy o grach:

- loterie promocyjne mogą być urządzone jednorazowo w skali ogólnokrajowej lub lokalnej zgodnie z zatwierdzonym regulaminem (art. 13);
- w loteriach promocyjnych mogą uczestniczyć osoby, które nie ukończyły 18 lat (art. 27 ust. 2);
- dopuszcza się możliwość promocji i reklamy loterii promocyjnej (zakaz z art. 29 nie obejmuje loterii promocyjnych²¹);
- obowiązek opracowania regulaminu loterii promocyjnej – zgodnie z wymogami art. 61 ust. 3, który jest zatwierdzany przez dyrektora izby administracji skarbowej (art. 60);
- złożenie wniosku o udzielenie zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej zgodnie z art. 39 (zawierający m.in. określenie obszaru, na którym planuje się urządzenie loterii, określenie czasu, w którym planuje się urządzenie

²¹ Ograniczenie w prowadzeniu reklamy i promocji hazardu są prawnym instrumentem polityki publicznej, której celem jest przede wszystkim ochrona gracza-konsumenta przed niekorzystnymi skutkami, jakie może nieść dla niego nadmierna konsumpcja usług hazardowych.

nie loterii, projekt regulaminu loterii²², dokumenty potwierdzające legalność źródeł pochodzenia środków finansowych przeznaczonych na organizację loterii);

- podmiot ubiegający się o udzielenie zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej jest obowiązany posiadać gwarancję bankową wypłaty nagród do wysokości wartości nagród określonej w regulaminie loterii;

- uiszczenie opłaty za udzielenie zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej wynosi 10% wartości puli nagród, jednak nie mniej niż 50% kwoty bazowej (art. 68 ust. 1 pkt 1)²³.

Regulamin loterii promocyjnej, który stanowi jedno z wymagań do zgodnego z prawem urządzenia gry hazardowej, jest jedną z trzech (obok losowości i wygranej) cech hazardu²⁴. Organizator jest zobowiązany do opracowania, uzyskania akceptacji (przez organ państwowy) i udostępniania wszystkim uczestnikom regulaminu gry, który jest swoistym „ustaleniem przebiegu gry według właściwych reguł przy dobrowolnym zaangażowaniu w nią przynajmniej dwóch uczestników”²⁵. Jak podkreśla Leszek Wilk, „najistotniejszą i podstawową funkcją regulaminu jest identyfikacja gry według zasad i możliwości zakwalifikowania do ustawowego katalogu gier, a w konsekwencji poddania regulacjom Ustawy o grach”. Autor dostrzega także, że przedstawianie i użytkowanie akceptacji przez organ państwowy stwarza możliwość sprawowania kontroli nad obszarem gier hazardowych, jak również ochrony i przeciwdziałania ewentualnym nadużyciom organizatora w tym zakresie²⁶.

Rozpatrzenie wniosków odnoszących się do loterii promocyjnej następuje w terminie dwóch miesięcy od dnia złożenia wniosku (art. 40 ust. 2). Zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej, urządzone na obszarze właściwości miejscowej jednego dyrektora izby administracji skarbowej, udziela dyrektor izby administracji skarbowej, na którego obszarze właściwości miejscowej są urządzone i prowadzone takie gry (art. 32 ust. 3). Natomiast zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej, urządzonej na obszarze właściwości miejscowej więcej niż jednego dyrektora izby administracji skarbowej, udziela dyrektor izby administracji skarbowej właściwy według miejsca zamieszkania lub siedziby wnioskodawcy albo siedziby oddziału przedsiębiorcy zagranicznego lub głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej przez przedstawiciela. W innych przypadkach, gdy wnioskodawcą jest podmiot, który nie ma

²² Zatwierdzania regulaminu loterii promocyjnej oraz zmian tych regulaminów dokonuje dyrektor izby administracji skarbowej (art. 60 ust. 3).

²³ Kwota bazowa dla danego roku kalendarzowego jest równa kwocie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku, w drugim kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego w obwieszczeniu prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Głównego Urzędu Statystycznego (art. 70 ustawy o grach).

²⁴ K. Frąckowiak, op. cit., s. 33.

²⁵ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, op. cit., s. 25.

²⁶ Ibidem.

siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w przypadku, gdy nie można ustalić właściwości miejscowej organu, organem właściwym jest dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Warszawie. Zezwolenia na urządzenie loterii promocyjnej udziela się na okres trwania loterii, nie dłużej jednak niż na dwa lata (art. 49 ust. 4).

Kwestia przestrzegania prawa przez organizatorów loterii na Facebooku wydaje się być bardzo ciekawym obszarem badawczym. Po pierwsze dlatego, że przez brak świadomości organizatorów kwalifikowania przez ustawodawcę loterii promocyjnej jako gry hazardowej proceder nielegalnej organizacji takiej loterii jest stosunkowo częsty. Po drugie, przez stosunkowo trudną (ze względu na zasięg sieci Internet, wielość stron funpage na Facebooku oraz „żywość” udostępnianych przez firmy materiałów) wykrywalność sprawców czynów polegających na organizacji loterii promocyjnej bez wymaganego zezwolenia, a więc nielegalnie. W niniejszym artykule autorka zgłębiła ten obszar empiryczny, przeprowadzając badania własne wśród 30 przedsiębiorców z województwa kujawsko-pomorskiego posiadających funpage na Facebooku oraz przeprowadzając analizę *case study* organizatora, który poniósł odpowiedzialność prawną z tytułu organizacji loterii promocyjnej bez zezwolenia. Wyniki tych analiz i wnioski z nich płynące zostaną przedstawione w dalszej części.

Organizator loterii zobowiązany jest również do przestrzegania regulaminu platformy, na której planuje zorganizować loterię. Jest to istotne z punktu widzenia samej realizacji przedsięwzięcia, gdyż po przejściu procedury uzyskania zezwolenia od właściwego organu administracji publicznej loteria może nie dojść do skutku poprzez niezastosowanie się do zasad obowiązujących w danych mediach społecznościowych. W konsekwencji może dojść do usunięcia funpage firmy lub postu z loterią promocyjną, który jest przecież kluczowy i o której urządzenie wnioskowano do organu państwowego.

Facebook zobowiązał użytkowników do przestrzegania szeregu zasad zawartych w regulaminach i instrukcjach: *Regulamin – zasady dotyczące stron, grup i wydarzeń* oraz w *Zasadach dotyczących danych*, a także *Standardach społeczności* i *Regulaminie usługi*²⁷.

Kluczowy akt, z punktu widzenia organizacji loterii promocyjnych, to *Regulamin – zasady dotyczące stron, grup i wydarzeń*. Zawiera on następujące regulacje, których przestrzeganie leży w gestii organizatora loterii:

- Rozdział 2. Ogólne zasady dotyczące stron, grup i wydarzeń
- 2.3. Hazard

Zabronione jest reklamowanie przez strony, grupy i wydarzenia internetowych gier hazardowych i zręcznościowych, w których stawką są prawdziwe pieniądze, oraz loterii internetowych bez naszego pisemnego zezwolenia.

²⁷ www.facebook.com/policies (data dostępu: 4.09.2020).

■ Rozdział 3. Promocje na stronach, w grupach i wydarzeniach

Informowanie o promocji – w przypadku korzystania z serwisu Facebook do przekazywania informacji na temat promocji lub do przeprowadzania promocji (np. konkursów lub loterii) organizator odpowiada za zgodną z prawem obsługę tej promocji, w tym za: oficjalny regulamin, warunki oferty i wymagania wstępne (np. ograniczenia dotyczące wieku i miejsca zamieszkania), zgodność z przepisami i warunkami dotyczącymi nagród oferowanych w ramach promocji (np. zarejestrowanie promocji i uzyskanie wszelkich obowiązkowych zezwoleń).

Wymagane treści

Promocje na Facebooku muszą zawierać następujące zapisy:

- pełne zwolnienie serwisu Facebook z odpowiedzialności przez każdego uczestnika;
- informację, że promocja nie jest w żaden sposób sponsorowana, popierana ani przeprowadzana przez serwis Facebook ani z nim związana.

Zarządzanie promocjami

Promocje można przeprowadzać na stronach, w grupach, w wydarzeniach lub w aplikacjach na Facebooku. Do przeprowadzania promocji nie można wykorzystywać prywatnych osi czasu ani połączeń ze znajomymi (np. niedozwolone jest stosowanie rozwiązań typu „udostępnij na swojej osi czasu, aby wziąć udział w promocji”, „udostępnij na osi czasu znajomego, aby uzyskać dodatkowe udziały w promocji” czy „oznacz znajomych w tym poście, aby wziąć udział w promocji”).

Z obserwacji portalu Facebook dokonanej przez autorkę na potrzeby artykułu wynika, że najczęstszą nieprawidłowością – odnosząc się do regulaminu – jest wymaganie udostępnienia na swojej osi czasu postu oraz oznaczenie znajomych w poście jako warunek uczestnictwa w loterii. Prowadzi to do wniosku, że osoby odpowiedzialne za firmowy funpage na Facebooku nie zapoznały się z regulaminem platformy lub świadomie nie przestrzegają jego zapisów (dla własnych celów). Z rozmów prowadzonych przez autorkę z przedsiębiorcami posiadającymi funpage na Facebooku wynika, że pierwsza z wymienionych przyczyn stanowi podstawę do łamania zasad ustalonych na platformie.

Odpowiedzialność administracyjna, karna i karnoskarbowa

Nieprzestrzeganie przepisów ustawy o grach rodzi tzw. trójodpowiedzialność. Oznacza to, że za nielegalne urządzenie loterii promocyjnej grozi odpowiedzialność administracyjna, karna oraz karnoskarbowa – każda z nich niezależnie od siebie. Podstawą prawną dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności są: ustawa o grach, ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy oraz ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny.

Zdaniem Stanisława Radowickiego, „założeniem prawodawcy było kompleksowe uregulowanie w przepisach ustawy o grach hazardowych kwestii karnych związanych z naruszeniami jej przepisów”²⁸. Dlatego też ustawodawca

²⁸ Szerzej: S. Radowicki, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, LEX.

poświęcił karom pieniężnym rozdział 10 ustawy o grach, nie rezygnując z karania czynów o charakterze przestępstw i wykroczeń skarbowych związanych z nielegalnym hazardem na gruncie ustawy karnoskarbowej (art. 107 i n. k.k.s.).

Konsekwencje naruszenia przepisów ustawy o grach, w tym m.in. przepisów dotyczących urządzania loterii promocyjnej, zostały sformułowane w art. 89 ust. 1 pkt, zgodnie z którym karze pieniężnej podlega urządzający gry hazardowe bez koncesji, bez zezwolenia lub bez dokonania wymaganego zgłoszenia. Wysokość kary pieniężnej, zgodnie z ust. 4 pkt 1 lit. b) wskazanego artykułu, wymierzanej w przypadku urządzania loterii promocyjnej bez zezwolenia, wynosi 5-krotność opłaty za wydanie zezwolenia. Podstawą wymierzenia kary pieniężnej, o której mowa w powyższym przepisie, jest uznanie określonego przedsięwzięcia za grę losową – w przedmiotowej sprawie loterii promocyjnej.

Rozwiązanie to kreuje możliwość skutecznej realizacji obowiązku administrowania i stanowi środek w dyspozycji organu administracji publicznej w postaci przymusu administracyjnego²⁹. Co istotne, Trybunał Konstytucyjny wyraźnie stwierdził, że kary pieniężne mogą być przewidziane nie tylko w prawie karnym, lecz także w innych gałęziach prawa, w szczególności w prawie cywilnym (kary umowne) i administracyjnym, a w związku z tym nie każda kara pieniężna może być traktowana jako grzywna³⁰ oraz że o środkach represyjnych mogą orzekać nie tylko sądy karne, a to, jaki sąd ma o nich orzekać w określonego rodzaju sprawach, jest kwestią ustrojowo-organizacyjną, o której decyduje ustawodawca³¹.

Stefan Babiarz jest zdania, że kara pieniężna określona w art. 89 u.g.h. ma wszystkie ww. cechy charakteryzujące administracyjną karę pieniężną³². W rezultacie, „administracyjnej karze pieniężnej nie można przypisać cech i funkcji właściwych karom penalnym, czyli kara pieniężna, o której mowa w art. 89 u.g.h., nie jest karą w rozumieniu prawa karnego; nie jest formą odpowiedzialności karnej w znaczeniu przyjętym w art. 42 Konstytucji RP”³³.

Analizując odpowiedzialność na gruncie ustawy o grach, należy stwierdzić, że podmiot urządzający loterię promocyjną bez wymaganego zezwolenia ponosi odpowiedzialność na gruncie art. 89 ustawy o grach i grozi mu sankcja w postaci administracyjnej kary pieniężnej. Jej wysokość, zgodnie z ust. 4 cytowanego artykułu, wynosi 5-krotność opłaty za wydanie koncesji lub zezwolenia.

Poza karami określonymi w ustawie o grach, ustawodawca zdecydował się dokonać penalizacji karnoskarbowej czynów, które związane są z urządzaniem, prowadzeniem i uczestnictwem w nielegalnych grach hazardowych. Czyni te

²⁹ Szerzej: ibidem.

³⁰ Wyrok TK z 29 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 17/97.

³¹ Wyrok TK z 4 lipca 2002 r., sygn. akt P 12/01.

³² S. Babiarz (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, 2018, LEX.

³³ Ibidem.

stanowić mogą wykroczenia lub przestępstwa skarbowe, za które grożą sankcje zarówno wolnościowe, jak i kara pozbawienia wolności. Wątpliwość budzi jednak kwestia stosowania zasady *ne bis in idem* oraz kwestia zbiegu odpowiedzialności sprawcy (na gruncie ustawy o grach i k.k.s.). Problematyka ta stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku³⁴, w zakresie w jakim zezwalają na wymierzenie kary pieniężnej osobie fizycznej, skazanej uprzednio prawomocnym wyrokiem na karę grzywny za wykroczenie skarbowe z art. 107 § 4 k.k.s., z wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP zasadą proporcjonalnej reakcji państwa na naruszenie obowiązku wynikającego z przepisu prawa, zaznaczył, że za główną funkcję sankcji o charakterze karnym uznaje się represję, czyli odpłatę za popełniony czyn, natomiast w przypadku sankcji administracyjnej, jako główną funkcję wskazuje szeroko rozumianą prewencję w tym znaczeniu, że w przypadku sankcji karnej funkcja represyjna jest funkcją główną, a w przypadku sankcji administracyjnych, funkcją główną jest funkcja prewencyjna.

W k.k.s. ustawodawca poświęca temu zagadnieniu cały rozdział 9 zatytułowany *Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych*. Podmiot zarządzający loterię promocyjną w mediach społecznościowych bez wymaganego zezwolenia ponosi odpowiedzialność karno-skarbową na gruncie art. 107 §1 k.k.s. za urządzenie lub prowadzenie gry hazardowej wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia. Sankcja przewidziana przez ustawodawcę to kara grzywny do 720 stawek dziennych albo kara pozbawienia wolności do lat 3. Możliwe jest również nałożenie obu tych kar łącznie. Dodatkowo, ustawodawca wprowadza regulację, zgodnie z którą, jeżeli sprawca dopuszcza się wyżej określonego czynu zabronionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej z organizowania zbiorowego uczestnictwa w grze hazardowej, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie. Ustawodawca przewidział formę uprzywilejowaną czynu regulując, że w wypadku mniejszej wagi, sprawca wyżej wymienionego czynu zabronionego określonego podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe. Nie dotyczy to jednak urządzenia lub prowadzenia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Karalność przestępstw skarbowych z art. 107 §1 k.k.s. ustaje z upływem 5 lat od czasu ich popełnienia³⁵.

W Kodeksie karnym ustawodawca nie penalizuje czynu związanego z urządzeniem lub prowadzeniem gry hazardowej, a wprowadza środek karny w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych. Jak podnosi L. Wilk, „podmiotowy zakres omawianego środka karnego doty-

³⁴ Wyrok TK z 21 października 2015 r., sygn. akt P 32/12.

³⁵ S. Kowalski, O. Włodkowski, *Kodeks karny skarbowy. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2016, s. 299.

czy przede wszystkim (choć nie tylko) uczestników gier hazardowych”³⁶. Jak trafnie zauważa autor, wobec podmiotu urządzającego lub prowadzącego grę hazardową możliwy jest bowiem do orzeczenia środek karny w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

W kontekście odpowiedzialności na gruncie k.k.s. oraz k.k. pojawia się słuszna wątpliwość co do lokalizacji systemowej, czyli aktu prawnego, w którym ustawodawca zdecydował się uregulować ową odpowiedzialność. Zasadny wydaje się być pogląd L. Wilka, zgodnie z którym „to prawo karne powszechne (nie skarbowe) powinno realizować karną ochronę zasad organizacji gier hazardowych (...). Rola powszechnego prawa karnego ogranicza się do kryminalizacji zachowań związanych z urządzaniem gier hazardowych oraz udziałem w tych grach”, co autor zdecydowanie krytykuje³⁷.

Zależność pomiędzy odpowiedzialnościami była przedmiotem analiz Trybunału Konstytucyjnego i doktryny, w wyniku czego należy stwierdzić, że nie występuje tu kolizja regulacji, a wręcz przeciwnie – ich ściśle powiązanie. Przytaczając za Kamilem Frąckowiakiem, „prawo karne skarbowe jest prawem wtórnym wobec regulacji sektorowych prawa hazardowego. Jest to bardzo ściśle powiązanie, które znajduje odzwierciedlenie w tzw. blankietowej budowie przepisów prawa karnego skarbowego. Blankietowość polega na umieszczeniu w tekście ustawy przepisu, który w celu zrekonstruowania normy wymaga odwołania się do przepisów innej ustawy”³⁸.

Ponadto zgodzić się należy z tezą, że „przepisy Kodeksu karnego skarbowego w obszarze gier hazardowych chronią *de facto* nie tylko interes finansowy Skarbu Państwa, ale też celem tych regulacji jest zmuszanie do rzetelności i uczuciowości w prowadzeniu tych gier. Z tego punktu widzenia można powiedzieć, że przepisy rozdziału 9 Kodeksu karnego skarbowego wspomagają w pewnym stopniu karnoprawną ochronę mienia, chronią porządek publiczny i interes wymiaru sprawiedliwości w ujawnianiu dochodów pochodzących z przestępstw”³⁹.

Organizacja loterii na Facebooku – badania własne

Dla kompleksowego zdiagnozowania zjawiska urządzania nielegalnych loterii promocyjnych na firmowych funpage przeprowadzono badania własne,

³⁶ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodniak, op. cit., s. 229.

³⁷ Ibidem, s. 227.

³⁸ K. Frąckowiak, op. cit., s. 114 oraz F. Prusak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2008, s. 23.

³⁹ J. Sawicki, G. Skowronek, *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne, procesowe i wykonawcze*, Warszawa 2017, s. 277–278.

których celem było uzyskanie wiedzy na temat skali procederu oraz świadomości przedsiębiorców w tym zakresie. Badanie przeprowadzono wśród grupy 30 przedsiębiorców z Bydgoszczy przy pomocy narzędzia Google Forms (badanie zdalne). Wykorzystano metodę badawczą w postaci ankiety, a narzędziem badawczym był kwestionariusz ankiety zawierający 19 pytań z zakresu urządzania gier losowych na portalu społecznościowym Facebook.

Przedsiębiorcy, będący respondentami, stanowili w 43% mikroprzedsiębiorstwa, w 27% – małe przedsiębiorstwa, w 17% – średnie przedsiębiorstwa oraz w 13% – duże przedsiębiorstwa. Reprezentowali oni różne branże: call center, edukacyjną, higieniczną, kolejową, nieruchomości, szkoleniową, elektroniczną, kulturową oraz tekstylną. Badani przedsiębiorcy w 70% stanowili usługodawcy, w 17% – producenci i w 13% – handlowcy.

Warty podkreślenia jest fakt, że 60% respondentów stanowili przedsiębiorcy, którzy nie widzą związku urządzania losowania na portalu społecznościowym Facebook z grą hazardową lub nie mają żadnej wiedzy na ten temat. Tym bardziej zasadne wydaje się zbadanie zjawiska organizowania przez nich aktywności noszących cechy przypadkowości, co stanowi jedną z cech gry hazardowej regulowanej przepisami prawa.

Urządzanie loterii na Facebooku

W ramach badania na potrzeby niniejszego artykułu zweryfikowano, na ile badani przedsiębiorcy rzeczywiście urządzają gry losowe w postaci loterii promocyjnych lub innych losowań. Ponad połowa z nich (57%) nigdy nie organizowała takiej aktywności. Pozostała grupa respondentów urządziła loterie lub losowania kilka razy (20%) lub raz/dwa razy (23%).

Co ciekawe i wykraczające poza badany obszar, 30% respondentów urządziło kiedyś grę losową w firmie jako atrakcję dla pracowników podczas eventów i wydarzeń (20% kilka razy, 10% raz, dwa razy). Ten sam układ procentowy kształtował się w kontekście urządzania gier losowych dla klientów firmy podczas eventów i wydarzeń.

Przedsiębiorcy, którzy urządzali gry losowe, a pozostali którzy mieliby w planie takową organizację, uznali (ponad 72%), że należy do takiego losowania opracować regulamin. Przy tym 14% badanych uznało, że zasady wystarczy opisać w poście, który jest integralny z nagraniem wideo z losowania; 10% nie ma wiedzy w tym zakresie, a 4% nie widzi związku opracowania regulaminu gry losowej z jej organizacją.

Urządzanie loterii promocyjnej bez wymaganego zezwolenia jest czynem niezgodnym z prawem, za który grozi odpowiedzialność prawna. Dlatego badanym pozostawiono w pytaniu o ten aspekt możliwość udzielenia odpowiedzi „pomiń – nie udzielaj odpowiedzi”, z czego skorzystało 59% badanych.

34% wprost wskazało, że nie miało wiedzy, że konieczne dla urządzenia loterii promocyjnej jest uzyskanie zezwolenia, a 7% badanych takowe zezwolenie uzyskało. Przy tej okazji zadano w kwestionariuszu pytanie o przeprowadzoną kontrolę przez organ państwowy z zakresu urządzania loterii promocyjnej, którą potwierdził jedynie jeden przedsiębiorca. U 73% takowa kontrola się nie odbyła (oczywiście należy pamiętać, że z całej grupy badanych loterie urządziło zaledwie 43%). Przedsiębiorca, który został skontrolowany udzielił w kolejnym pytaniu o wynik kontroli odpowiedź, że „sprawa w sądzie, wygrana, bo mechanizm był nie losowy tylko szybka odpowiedź na zadane pytania” – co można bezpośrednio odnieść do definicji gry losowej, zawierającej pierwiastek przypadkowości i losowości. Przesłanki z definicji gry losowej oraz loterii promocyjnej są przesłankami kumulatywnymi i muszą zostać spełnione łącznie. W przeciwnym razie nie ma możliwości uznać dane losowanie za grę losową lub loterię promocyjną⁴⁰.

Z przeanalizowanych danych wypływa ciekawy wniosek, że liczba urządzanych na portalu Facebook losowań, z których część z pewnością nosi znamiona gry hazardowej na gruncie ustawy o grach, jest niezwykle duża. Jednak deklaracje przedsiębiorców w tym zakresie nie są już tak liczne. Wskazuje to na sytuację, że wiedzę na temat nielegalności takich działań przedsiębiorca mógł powziąć z samego kwestionariusza ankiety. Aby potwierdzić tę tezę, należy przeprowadzić badanie na większej grupie respondentów.

Czy zatem w parze z aktywnością w zakresie urządzania gier losowych idzie znajomość przepisów prawa lub świadomość, że aktywność taka jest klasyfikowana przez ustawodawcę jako gra hazardowa i objęta określonymi obowiązkami?

Świadomość w zakresie legalnej organizacji loterii na Facebooku

Nieznajomość prawa nie zwalnia z obowiązku jego przestrzegania. Jednak czy przedsiębiorcy posiadają wiedzę i świadomość w zakresie zgodnego z prawem działania w mediach społecznościowych? Respondentów zapytano o możliwość organizacji loterii na Facebooku – blisko połowa z nich (46%) była zdania, że jest to dopuszczalne, ale wyłącznie po uzyskaniu wymaganego

⁴⁰ Przykładem niespełnienia wszystkich przesłanek loterii promocyjnej jest sprawa z wyroku WSA w Łodzi, sygn. akt III SA/Ld 950/18, w której organizatorka losowania skarżyła decyzję dyrektora izby skarbowej, który nałożył na nią karę pieniężną za urządzenie loterii promocyjnej bez wymaganego zezwolenia. Losowanie zorganizowane przez skarżącą nie wypełniało przesłanki dotyczącej warunków uczestnictwa w loterii poprzez nabycie towaru lub usługi lub innego dowodu zakupu. Organizatorka warunkowała uczestnictwo komentarzem, polubieniem postu oraz jego udostępnieniem, a więc nie została spełniona przesłanka nabycia towaru lub usługi. Skarżąca wygrała sprawę w WSA Łodzi.

zezwoleń. Jedna czwarta respondentów kategorycznie temu zaprzeczyła wskazując, że nie wolno organizować takich loterii, a taka sama ich część była zdania, że jest to dopuszczalne – bez żadnych warunków. 4% respondentów było zdania, że dopuszczalność takich działań jest zależna od ilości, co oznacza, że można organizować loterie, jednak nie za często.

Z badanej grupy 40% uznała losowanie na Facebooku za grę hazardową. Pozostałe 60% badanych, co niezwykle ciekawe, albo nie widzi związku losowania na Facebooku z grą hazardową (30%), albo nie ma wiedzy w tym zakresie (30%). Wnioskować więc można, że poziom świadomości i wiedzy przedsiębiorców w tym zakresie jest mały, co może mieć związek z potocznym rozumieniem hazardu jako gry w kasynie czy na automatach i niedostrzegania „potencjału hazardowego” w urządzanych na Facebooku loteriach. Aby potwierdzić tę tezę, należy przeprowadzić badanie na większej grupie respondentów.

Półowa respondentów nie miała wiedzy, jaki organ jest odpowiedzialny za wydawanie zezwoleń na urządzanie loterii promocyjnej – 23% błędnie wskazało urząd skarbowy, a 27% poprawnie – urząd celno-skarbowy.

Ocena czynu polegającego na nielegalnym urządzaniu loterii promocyjnej

Poza płaszczyznami realnych działań i świadomości w zakresie urządzania gier hazardowych, autorka niniejszego artykułu zbadała także społeczny aspekt organizacji loterii na Facebooku i uznania ich przez ustawodawcę jako gry hazardowej. Ponad połowa badanych (52%) była zdania, że jeśli wartość puli nagród jest nieznaczna, to loteria nie powinna podlegać zgłoszeniu lub zezwoleniu. Tym samym ta grupa badanych jest zdania, że powinna istnieć dowolność i swoboda w organizacji loterii, w których do wygrania są nagrody lub środki pieniężne o niskiej wartości. Jednocześnie prawie jedna czwarta badanych uznała, że w ogóle nie widzi zasadności uzyskiwania takiego zezwolenia – jeśli chodzi o losowania przeprowadzane np. na Facebooku. W opozycji jedna czwarta badanych stwierdziła, że takowe zezwolenie powinno być wymagane jako obowiązkowe – bez żadnych warunków co do wysokości puli nagród.

Ponad 73% respondentów wyraźnie wskazało, że społeczną szkodliwość czynu polegającego na organizacji gry losowej bez wymaganego zezwolenia ocenia jako znikomą. Tym samym nie widzi zagrożenia z tytułu udziału w takiej grze jako grze hazardowej. Blisko 25% badanych uznało ten czyn za średnio społecznie szkodliwy, a jedynie jeden przedsiębiorca wskazał, że jest to szkodliwość znacząca. Wynik taki może potwierdzać tezę o potocznym rozumieniu hazardu jako gry w kasynie lub na automatach oraz braku świadomości

mości w zakresie hazardu rekreacyjnego/rozrywkowego, typu gracza rekreacyjnego oraz funkcji prewencyjnej i profilaktycznej sklasyfikowania loterii promocyjnych jako gry hazardowej przez ustawodawcę.

Podsumowanie

Analizując podjętą przez autorkę problematykę, można wyodrębnić kilka wniosków dotyczących aktualnego stanu faktycznego w zakresie urządzania gier losowych na portalach społecznościowych oraz wniosków dotyczących stanu prawnego – *de lege lata* i *de lege ferenda*.

Z badań przeprowadzonych na potrzeby niniejszego artykułu wynika, że połowa badanych przedsiębiorców nie ma świadomości ani wiedzy z zakresu organizacji gier losowych, które to gry losowe urządzają notabene na swoich profilach społecznościowych. Co więcej, analiza mediów społecznościowych przeprowadzona przez autorkę, zarówno w trakcie pisania niniejszego artykułu, jak i po jego napisaniu, prowadzi do wniosku, że loterie są organizowane na bardzo szeroką skalę i wręcz nieustannie. Nie wszystkie kwalifikują się jako loteria promocyjna na podstawie ustawy o grach, niemniej łamią one regulamin platformy społecznościowej, jaką jest Facebook. Zastanawiający jest jednak fakt, że w analizowanym w artykule wyroku⁴¹ na właścicielkę salonu kosmetycznego nałożono karę administracyjną, mimo że urządzana przez nią loteria nie miała wszystkich cech loterii promocyjnej na gruncie ustawy o grach.

Odchodząc od stanu faktycznego i przechodząc do analizy stanu prawnego, należy stwierdzić, że ustawa o grach w stosunkowo precyzyjny sposób kategoryzuje rodzaje gier i ich definicje. Nie wydaje się zasadny zarzut jakoby definicja loterii promocyjnej (w ramach której można kwalifikować niektóre loterie na Facebooku) była niejasna, budziła wiele wątpliwości interpretacyjnych lub była dwuznaczna. Jednak, biorąc pod uwagę kary bezprawnie nałożone na przedsiębiorców urządzających loterie na Facebooku (m.in. wyrok WSA z Łodzi), nasuwają na myśl sugestie *de lege ferenda*, zgodnie z którą ustawodawca powinien odnieść się na gruncie ustawy o grach do loterii organizowanych w mediach społecznościowych w dwojaki sposób: wyłączyć je z określeniem konkretnych przesłanek, jakie muszą spełniać, z ustawy o grach lub uwzględnić ten rodzaj gry losowej, podając jej definicję z zastrzeżeniem, że gra taka nie wymaga uzyskania zezwolenia. Wprowadzie obowiązująca zasada, że co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone (art. 8 ustawy z dnia 6 marca 2018 r.⁴² – Prawo przedsiębiorców) wydaje się kolidować z wnioskiem

⁴¹ Wyrok WSA w Łodzi z 8 lutego 2019 r., sygn. akt III SA/Łd 950/18.

⁴² Dz.U. z 2018 r., poz. 646.

de lege ferenda, niemniej zgodnie z zasadną prawidłowej legislacji przepisy prawa powinny być skonstruowane w taki sposób, aby zadość uczynić wątpliwościom odbiorców norm. Dodatkowym argumentem za wprowadzeniem zmian w ustawie o grach jest zasięg portali społecznościowych, które obecnie stały się kolejnym silnym medium obok telewizji i radia, przez co kształtują, niekiedy nawet w większym stopniu, postawy i zachowania społeczne. Tym bardziej więc prawo dotyczące działań na tych platformach, zwłaszcza w bliskiej relacji z ustawą o grach powinno, być maksymalnie doprecyzowane.

Wykaz literatury

- Babiarz S. (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, 2018, LEX.
- Frackowiak K., *Nielegalny e-hazard. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Elset, Olsztyn 2018.
- Kowalski S., Włodkowski O., *Kodeks karny skarbowy. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Difin, Warszawa 2016.
- Kozak S., *Patologie komunikowania w Internecie. Zagrożenia i skutki dla dzieci i młodzieży*, Difin, Warszawa 2011.
- Nawacki M., *Karalność gier na automatach*, „Studia Prawnoustrojowe” 2008, nr 8.
- Prusak F., *Prawo karne skarbowe*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Radowicki S., Wierzbowski M. (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, LEX.
- Sawicki J., Skowronek G., *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne, procesowe i wykonawcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Sepiolo-Jankowska I., *Prawo i postępowania karne skarbowe*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Woronowicz B.T., *Hazard – historia, zagrożenia i drogi wyjścia*, Media Rodzina Sp. z o.o., Poznań 2012.
- Zgoliński I. (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

Summary

Holding illegal gambling games in social media by entrepreneur

Key words: gambling, gambling games, social media, Facebook.

Maximization of income in companies is a common goal of entrepreneurs. Some of them use the blessing of the Internet to get to more clients, e.g. social media. The organization activities (for example gambling games) with the target of promotion but some times they don't obey the law. This article intends to research is drawing on social media is a gambling game according to the

law. Also, the research is to analyze law regulations about requires and responsibility for illegal actions. The article is complemented by practice part with research from one voivodeship. As a result of analyzing it is confirmed that some of the drawings on Facebook are legal. The main criterion to consider drawing on Facebook as a gambling game is to have required to take part in a drawing which is buying product or service first. If a participant doesn't buy anything and take part in drawing only by putting comment or share – it is not a gambling game according to law.

Danuta Kurzyna-Chmiel
University of Silesia in Katowice
ORCID: 0000-0001-9168-5874
d_kurzyna_chmiel@op.pl

The Legal and Organizational Framework of Preschool Education in Poland

Introduction

The initial stage of education in our country is preschool education. It is aimed at supporting the individual development of a child in the first years of their life, shaping their intellectual/cognitive and social skills, and above all, supporting the family in bringing them up and preparing them for school. The right to preschool education is one of the most important rights of an individual in the field of education. According to Art. 31 sec. 1 of the Education Law Act¹, it covers children from the beginning of the school year in the calendar year in which they turn 3 years old and lasts until the end of the school year in the calendar year in which they turn 7. Preschool education is provided in kindergartens, preschool departments in primary schools and in other forms of preschool education. So, whilst there are several types of institutions available, kindergartens are still the most popular. The aim of this article is to present the legal and organizational framework in which preschool education takes place. The goal will be achieved by analysing the legal regulations, presenting the views of the doctrine and illustrating the issues discussed with significant examples from judicial decisions. A variety of both public and private institutions will be presented and the legal aspects of preschool education will be explained. The analysis of the tasks of the local community as a local administrative body competent for the area in question is to show their primary role.

¹ The Act of 14.12.2016 (consolidated text Journal of Laws 2020, item 910).

Preschool education, basic issues

Preschool education is the stage preceding the beginning of school education². It is worth noting that the Constitution does not specify it. There is only a provision referring to the upper limit of the compulsory education, i.e. 18 years old. The lower limit of this obligation is defined by the Education Law Act, introducing obligatory one-year preschool preparation, the so called reception class (Art. 31 sec. 5). Also in the literature there are views that classify the implementation of this preparation and compulsory schooling as manifestations of fulfilling the educational obligation in a broad sense³. The compulsory one-year preschool preparation, much like the compulsory school education, has an administrative and legal character. It arises by law and is related to the child reaching the required age – currently it is the age of six. Parents or legal guardians of a child subject to this obligation are obliged to fulfil numerous obligations, which include:

- completing the activities related to enrolling a child in a kindergarten, pre-school class in primary school or in another form of preschool education,
- ensuring that the child attends classes regularly,
- informing the headmaster of the primary school in the circuit in which the child resides by 30 September each year about the fulfilment of this obligation abroad or at a diplomatic mission of another country,
- providing the child with the learning conditions specified in the home education permit – in the case of a child fulfilling the obligation outside the kindergarten, preschool class in primary school or in another form of pre-school education.

The construction of a modern model of organization of preschool education in our country should be associated with the beginning of the process of transferring kindergartens to the responsibilities of local governments, which took place in 1991. Since then, running public kindergartens and organizing compulsory one-year preschool preparation have become the local communities' own tasks⁴. There are also attempts to lower the age of fulfilling this obligation. As far back as 2009, local communities were obliged to enrol children at the age of 5 and 6 in kindergartens. According to the plans at that time, which were finally withdrawn, the compulsory education of 6-year-olds was to take place in 2012. In the current legal situation, the obligation of one-year preschool preparation applies only to 6-year-old children, and education at school begins at the age of 7.

² As a result of the school structure reform in 2017, consisting in the introduction of 8-grade primary schools, the fulfilment of compulsory education has also changed. Currently, pupils are covered by this obligation from the age of 7 to the end of the eighth grade of primary school, but not longer than until the age of 18.

³ M. Pilich, *The Act on the Education System. Commentary*, Warsaw 2015, p. 275.

⁴ For more about this process see: D. Kurzyna-Chmiel, *Education as a public task*, Warsaw 2013, p. 102–111.

Currently, all preschool education includes children from the beginning of the school year which falls in the calendar year in which they turn 3 and lasts until the end of the school year in the calendar year in which they turn 7. The provisions provide for exceptions to this rule. There is a possibility of introducing a child to preschool education earlier and later. The optional preschool education can be utilised when the child is 3 years old. The upper limit for this possibility is the beginning of the school year in the calendar year in which the child turns 6. The regulations allow for the possibility of placing a child in pre-school education even earlier, i.e. at the age of 2.5 years. However, only the “particularly justified cases” mentioned in Art. 31 sec. 3 of the Educational Law Act must occur in this respect. The legislator does not specify what constitutes the “particularly substantiated cases”, so we are left with an imprecise phrase. The headmaster’s decision based on this premiss is discretionary⁵. It is not necessary to issue an administrative decision in this matter, as it is not about the fulfilment of an administrative and legal obligation. The legislator also does not provide for such a necessity. We deal with a different situation when deciding whether to start compulsory schooling earlier or later. Such cases do require an administrative decision. Therefore, a six-year-old child may be admitted to primary school earlier than the statutory obligation arises. The decision in this respect is made by the headmaster of the circuit school competent for the child’s place of residence, and the request in this matter should be submitted by the child’s parents or legal guardians. If the conditions specified in the Education Law Act (Art. 36 sec. 1-2) appear, a positive decision is issued. These conditions include: utilising preschool education in the school year preceding the school year in which the child is to start primary school, or having an opinion on the possibility of starting primary school education, issued by a public or private psychological and pedagogical counselling centre. Importantly, a child who is admitted to primary school earlier than required by law is exempt from the compulsory one-year preschool preparation.

The duration of preschool education is also influenced by shifting the lower limit of the compulsory schooling due to its postponement. The decision in this matter is also made by the headmaster of the circuit public primary school. The proceeding is initiated by an application submitted by the parents (legal guardians). Compulsory education is postponed for one year. However, if a child assessment concludes with a decision on the need for special education, then in accordance with Art. 31 sec. 2 of the Education Law Act, the child may attend preschool education up to the age of 9. In this case, it is necessary to reissue the decision every year. The application must be accompanied by an

⁵ These cases include in particular: the child’s achievement of preschool readiness, including coping with self-care activities, the ability to communicate their needs, or parents’ professional duties.

opinion which shows the need to postpone the child's obligation of compulsory education in a given school year, issued by a public/private psychological and pedagogical counselling centre. A child whose compulsory schooling has been postponed continues preschool preparation. As for the legal application of the opinion on the postponement of compulsory education, in the author's opinion, it should not be treated as a form of co-deciding within the meaning of Art. 106 of the Code of Administrative Procedure, but only as evidence in pending proceedings before the headmaster⁶. Parents may appeal against the discretionary decision of the headmaster of the circuit primary school to the school superintendent with competence over the school's location. The final decision may also be appealed against to an administrative court.

Tasks of the local community

Establishing and running preschool education institutions and providing places for all eligible children aged 3–7 is the responsibility of the local communities. This task is financed with the participation of funds from the state budget, paid in the form of a purposed grant, and from 2017 also an educational subsidy. The right to preschool education was extended in our country gradually following the Amendment of the Act on the Education System of 2013 entering into force⁷. This process was completed on 1 September 2017. This right was then granted to children who turn three at the beginning of the school year which falls in a given calendar year (Article 31 sec. 7 of the Education Law Act). In this case, one can speak of a claim against the local community in which the child resides (determined in accordance with Art. 26 of the Civil Code) for access to preschool education in a kindergarten, preschool department or another form of preschool education⁸. Therefore, the obligation of the local community is correlated with this claim.

The fulfilment of the right to preschool education by children aged 3-7 years old is to provide them with the possibility of having preschool education, but what is worth emphasizing, not necessarily in state-owned institutions and not necessarily in those chosen by their parents. The legislator (as it seems), in an attempt to support the local communities, some of which do not have a sufficient number of places in their own institutions, allowed the possibility of supplementing the communal offer by non-public institutions on

⁶ Compare: M. Pilich, op. cit., p. 322.

⁷ Act amending the Act on the Education System of 13.06.2013 (Journal of Laws of 2013, item 827).

⁸ See: D. Kurzyna-Chmiel, *The Foreigners' Right to Learn – the Analysis of National Legal Solutions in the Area of the Education System*, „Studies in Law and Administration System” 2020, issue 47, p. 87; A. Szczechowicz, *A Few Comments on the Responsibility of Public Authorities in Poland*, „Studies in Law and Administration System” 2019, issue 43, p. 325.

certain principles. This task is performed by the local community by “providing the child with the opportunity to benefit from preschool education”, and therefore not only by running its own facilities. The range of facilities that offer preschool education includes:

1) state-owned kindergartens or other public forms of preschool education run by the local community, or

2) state-owned kindergartens or other public forms of preschool education run by another legal person or a natural person, located within the local community, or

3) private kindergartens, preschool departments in private primary schools or other non-public preschool education that meet the criteria set out in the Education Law Act. These criteria require, among other things, that the duration of free education, upbringing and care cannot be shorter than 5 hours offered in communal facilities; the fee may not exceed the amount of the fee determined by the local community; the number of pupils in the preschool group does not exceed the maximum number of pupils allowed in a state-run preschool class, the records of the teaching, upbringing and care program are kept to the standards established for public kindergartens.

In addition, it is worth noting that the fulfilment of the obligation of preschool education can be realized in rehabilitation and educational centres where only children with a certificate of need for special education due to multiple disabilities are directed, one of the assessment findings being intellectual disability.

Establishing and running preschool education institutions and providing places for all eligible children, registered in the recruitment process, is the task of the local communities⁹. A local community that does not provide all eligible children with a place for preschool education is required to conduct an open competition for offers. According to the act of 27.10. 2017 on financing educational tasks, Art. 22 sec. 4¹⁰ it can be said that the provisions quite clearly guarantee those children entitled the possibility of using preschool education. However, as shown by the Supreme Audit Office report from 2019¹¹, the reality differs significantly from the legal status. “In almost half of the local communities audited by the Supreme Audit Office there were problems with the availability of preschool care. The number of applications for the admission of children exceeded the number of places available by an average

⁹ For more about local authorities' tasks, see: B. Dolnicki, *Local Government*, Warsaw 2019, p. 373; I. Lipowicz, *Local Governments in the 21 Century*, Warsaw 2019, p. 145; I. Skrzydło-Niżnik, *The Model of the Local Government System in Poland against the Background of Administrative Law*, Cracow 2007, p. 294.

¹⁰ The Act of 27.10.2017 on Financing Educational Tasks (Journal of Laws of 2020, item 17 and 278).

¹¹ Report of the Supreme Audit Office [NIK] of 2019, *Provision of pre-school care by municipalities*, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik>.

of 30–60%. Almost one-third of the children did not get into the kindergarten of their parents' choice. Almost all of them were three- and four-year-olds. In some local communities, parents were not shown alternative facilities or were offered ones that were unattractive, e.g. due to their location or opening hours"¹². In almost half of the local communities audited by the Supreme Audit Office (14 out of 30), in a manner inconsistent with Art. 31 sec. 8 and 9 of the Educational Law Act, the full availability of preschool care was not ensured. As research shows, in self-government kindergartens, preschool departments and other forms of preschool education, places have been prepared for up to 80% of children, including in some local communities only 23–60% of eligible children. On the other hand, the number of submitted applications for admitting children to kindergartens in these local communities was higher (on average by 30–60%) than the number of available places¹³.

The basic condition for ensuring the availability of preschool education is the correct definition of the networks of public kindergartens and preschool departments in primary schools run by the local communities. This obligation belongs to local community councils. Additionally, if in accordance with Art. 32 sec. 2 of the Education Law Act, there are needs justified by demographic and geographic conditions, the network can be supplemented with other forms of preschool education, which are organized closest to the children's place of residence. In this matter, the local community council adopts a resolution, the content of which consists of an indication of the names and addresses of public kindergartens, preschool departments in primary schools and other forms of preschool education. It is also possible to include public kindergartens and other forms of preschool education operated by entities other than the local community into the network of the local community¹⁴.

A fee is charged for using public kindergartens and other forms of preschool education in excess of the free hours¹⁵. The legal basis for the collection of fees is Art. 52 sec. 15 of the Act on financing educational tasks, according to which: "fees for using preschool education in public preschool education institutions run by local government units and fees for having meals in such institutions constitute non-tax public-law budget duties referred to in Art. 60 sec. 7 of the Act of 27 August 2009 on public finance". Prior to the entry into force in 2018 of this provision, which explicitly mentions the legal nature of the fee, a view

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Judgment by the Provincial Administrative Court in Olsztyn of 13.11.2012, File Ref. II SA/OI 1167/12; Judgment by the Provincial Administrative Court in Wrocław of 18.02.2009, File Ref. IV SA/Wr 579/08 LEX issue 546075.

¹⁵ See: Judgment by the Supreme Administrative Court [NSA] of 28.10.2009., I OZ 1008/09, LEX issue 571078; Judgment by the Provincial Administrative Court in Wrocław of 8.08.2006, IV SA/Wr 94/06, www.nsa.gov.pl

became established in the case-law and literature¹⁶ that fees for kindergarten services are of a civil law nature, that is to say, based on the principle of equality of parties, which is characterized by equivalence¹⁷. The consequence of the current solution is a clear inequality of the parties and the possibility of using the funds obtained in this way to finance the local community's own tasks. This superiority is expressed in granting authority to one of the parties, and the legal position of the parent / legal guardian is determined by the resolution of the local community council, which decides on the time of free education, upbringing and care and the amount of fees for the use of preschool education in public kindergartens and other forms of preschool education including a preschool department in a public primary school. The amount of the fee for the time exceeding 5 hours of free classes may not exceed PLN 1 per hour of classes. This is a statutory limit on the amount of fees for using public forms of preschool education, effective from 1 September 2013.

In order to further increase the popularity of preschool education in our country, as of 1 January 2017, the possibility for the authority to charge fees for the stay of a child aged 6 in a public preschool education institution was abolished. These fees are collected until the end of the school year which falls in the calendar year in which the child reaches the age of 6. This solution was introduced by the amendment to the Act of 1 December 2016 on the income of local government units and certain other acts¹⁸. Six-year-old pupils attending kindergartens, preschool departments and other forms of preschool education received an educational subsidy. Parents and legal guardians then pay only for the child's meals.

The local community's own educational tasks also include transporting five- and six-year-old children to the nearest public kindergarten, preschool department or other form of preschool education, non-public kindergarten (referred to in Art. 17 sec. 1 of the Act on financing educational tasks), preschool department in a non-public primary school (referred to in Art. 19 sec. 1 of the Act on financing educational tasks), or another non-public form of preschool education (referred to in Art. 21 sec. 1 of the Act on financing educational tasks), in which the local community provides children with the conditions for meeting this obligation and for exercising the right to benefit from preschool education.

The obligation of the local community is connected with the child's living more than 3 km away from the appropriate preschool education institution (currently this issue is regulated by Art. 32 sec. 5 of the Education Law Act).

¹⁶ D. Kurzyna-Chmiel, *Education...*, p. 109

¹⁷ See: Judgment by the Provincial Administrative Court in Wrocław of 18.07.2007, File Ref. IV SA/Wr 213/07, Judgment by the Provincial Administrative Court in Poznań of 21.03.2018, File Ref. I SA/Po 67/18.

¹⁸ Journal of Laws of 2016, item 1985.

The enlarged composition of the judges of the Supreme Administrative Court clearly ruled on the location of the collection points that must be established in a manner that takes into account the principle of social justice¹⁹. According to the court, “the obligation expressed in Art. 17 sec. 3 point 1 of the Educational Law Act to provide free transport and care during the transport of students may be performed by the local community by designating spots from which students are transported to school which are not further from the students’ homes than it is provided for in Art. 17 sec. 2”²⁰. It is worth noting that the parent’s right to choose the institution where the child is undergoing pre-school education is not tantamount to the right to demand that the local community will provide transport or reimbursement of travel costs, if they have chosen an institution other than the nearest one, which is located more than 3 kilometres away from the child’s home. The obligation to deliver or reimburse costs applies only to the nearest kindergarten. The implementation of the principle of social justice is also a statutory regulation that defines the privileged position of disabled children in the area of transport organisation. According to Art. 32 sec. 6. of the Educational Law Act, the obligation of the local community is to provide disabled children aged five and six and children covered by preschool education pursuant to Art. 31 sec. 2 of this Act (i.e. having a certificate of the need for special education up to the age of 9) with free transport and care during transport to the nearest kindergarten, preschool department in a primary school, other form of preschool education or a rehabilitation and educational centre, or reimbursement of the child’s and guardian’s travel costs on the terms specified in the contract concluded between the local community head (mayor, city president) and parents, if the parents provide transport²¹.

It should also be emphasized that the local communities can provide free transport and care during its duration also for children who are not covered by the obligation.

¹⁹ The court’s ruling concerned the provision contained in the Act on Education System, however, due to its transfer to the Education Law Act, its operative part still remains valid.

²⁰ A Resolution by 7 Judges of the Supreme Administrative Court of 9.12. 2013, OPS 3/13, ONSA, WSA 2014, z. 3, item 34.

²¹ For particular aspects of the implementation of the right to transport and care, compare: Order of the Supreme Administrative Court of 4.02.2014, IOSK 2614/13, LEX issue 1456; Order of the Provincial Administrative Court in Rzeszów of 29.08.2012, II SA/Rz 787/12, LEX issue 1258554; Judgment by the Provincial Administrative Court in Gdańsk of 28.09.2004, II SA/Gd 484/02, LEX issue 698738, Judgment of the Supreme Administrative Court of 14.04. 2005, OSK 1909/04, LEX issue 169352; Judgment by the Provincial Administrative Court of 5.03.2009, I OSK 1218/08, LEX issue 594965, Judgment by the Provincial Administrative Court in Gliwice of 9.07.2019, III SA/Gl 430/19. LEX issue 2706439.

Types of pre-school education institutions

As indicated in the introduction to the article, preschool education in our country is conducted in several types of institutions. The most popular of them are state-run and private kindergartens. The first group are most often run by local communities. However, they can also be run by non-public entities, e.g. associations or foundations.

Pursuant to Art. 13 sec. 1 of the Education Law Act, a public kindergarten:

- implements preschool education programs covering the core curriculum of preschool education,
- provides free education, upbringing and care during the time determined by the governing body, not shorter than 5 hours a day,
- recruits children on the basis of the principle of universal availability,
- employs qualified teachers.

Non-public kindergarten:

- implements preschool education programs covering the core curriculum of preschool education,
- employs teachers with qualifications specified for teachers in public kindergartens (Art. 13 sec. 6 of the Education Law Act).

Non-public kindergartens may be established and run by natural and legal persons, most often an association or a foundation. However, only state-owned and communal bodies may establish and run public institutions. What is worth emphasizing, pedagogical qualifications are required only from teachers, not from the owner. One of the main requirements during the procedure of establishing a non-public kindergarten is the necessity to obtain an entry in the records kept by a local government unit which is obliged to run appropriate types of public schools and institutions. In the relations of educational institutions with local communities, it is also very important that it is the local communities that provide a subsidy for running kindergartens, which should be correctly calculated by them²².

As for additional forms in which preschool education may take place, there are still preschool departments in public and private primary schools. In order to implement the postulate of increasing the availability of preschool education, from 1 January 2008, the so-called other forms of preschool education were introduced²³. These include:

- preschool education complexes where classes may be conducted only on certain working days of the week,
- kindergarten units where classes may be conducted on all working days of the week.

²² See: Judgment by the Administrative Court in Białystok, I ACa 568/18 LEX issue 2630447.

²³ Act amending the Act on the Education System of 7.09. 2007 (Journal of Laws, No. 181, item 1292).

Other forms of preschool education may be public, run by local communities or other legal / natural persons or non-public run by legal entities (other than local government units)²⁴. Public forms provide free education, upbringing and care for the period of time determined by the governing body, and they also implement a preschool education program covering the core curriculum.

Communal forms of preschool education recruit children based on the principle of universal availability²⁵. They are unique and complementary to kindergartens and preschool departments, as they can be created only in cases justified by demographic and geographical conditions. Other non-public forms of preschool education may be organized similarly to non-public kindergartens by natural and legal persons. However, they are not generally available, but just like public forms, they implement the core curriculum of preschool education and employ qualified teachers, although their employment does not have to be based on the Teacher's Charter Act²⁶, unlike in the case of communal institutions.

Both in the preschool education complex and in the kindergarten unit, classes are conducted throughout the school year, with the exception of breaks determined by the governing body. However, unlike the kindergarten units, complexes operate only on certain days of the week. The core curriculum of preschool education is implemented there, and teachers should have the qualifications required by law. The condition for their creation is that the governing authority receives a positive opinion from the competent state sanitary inspector and the district (municipal) commander of the State Fire Service. The governing authority determines, among other things, the name, daily number of hours of instruction, goals and tasks of the kindergarten unit or preschool education complex, and ways of their implementation. As far as preschool education complexes are concerned, the governing authority also specifies the days of the week on which classes are conducted. They are held in groups of 3 to 25 children. Pursuant to Art. 7 of the regulation of 28 August 2018 on the types of other forms of preschool education, this kindergarten unit or preschool education complex covers no more than 25 children, and classes are conducted in groups of 3 to 25 children. The minimum daily number of

²⁴ Regulation of the Minister of National Education of 28.08. 2017 on the types of other forms of pre-school education, the conditions for forming and organizing these forms and the way they operate (Journal of Laws of 2017, item 1657).

²⁵ The classes conducted in other forms of pre-school education belonging to local communities are conducted by teachers with qualifications required for kindergarten teachers, who are employed by the head of the kindergarten or primary school run by the local community. Within the meaning of the provisions of the labour law, a point and a preschool education group are not an employer with respect to their teachers. The entity employing teachers in communal institutions is the principal of a primary school or kindergarten.

²⁶ The Act of 26.01.1982 The Teacher's charter (Journal of Laws of 2017, item 1189).

hours of instruction, upbringing and care provided in a unit or complex is 3 hours, and the minimum weekly number of hours for these classes is:

- in a group of 3 to 12 children – 12 hours;
- in a group of 13 to 16 children – 16 hours;
- in a group of 17 to 20 children – 20 hours;
- in a group of 21 to 25 children – 25 hours.

The main criterion that distinguishes these alternative forms of preschool education is the frequency of classes conducted in them. It is necessary to clearly emphasize the need to adjust the complex's or unit's opening times to local needs and possibilities, the size of the group and parents' expectations, as well as the obligations resulting from the implementation of the core curriculum for preschool education. It has to be said explicitly that these forms have significantly spread preschool education in our country²⁷. It is also attractive that parents of children attending the classes or other adult members of their families authorized by their parents can participate in the activities conducted at the kindergarten unit or preschool education complex. Alternative forms of preschool education are, alongside kindergartens and preschool departments in primary schools, institutions which also provide the possibility to fulfil the obligation of compulsory one-year preschool preparation at the age of six. They should be treated as a supplement to the rich educational, care and upbringing offer of kindergartens.

Recruitment procedure for public preschool education institutions

In order to implement the principle of universal availability of preschool education, the legislator has been taking intensive legislative steps for years²⁸. First of all, it should be pointed out in this respect that a new chapter 2a entitled "Admission to public kindergartens, other public forms of preschool education, public schools and public institutions" was added to the Act on the Education System as a result of its amendment of 6 December 2013²⁹. Currently, these regulations are included in Chapter 6 of the Education Law Act. A compulsory recruitment procedure with an appeal procedure and proceedings in an administrative court has been clearly introduced here. The rules for conducting recruitment procedures for local government institutions have been

²⁷ J. Kielan, *Organization and Functioning of Other Forms of Pre-School*, Warsaw 2011, p. 3–5.

²⁸ See: Judgment by Provincial Administrative Court in Gliwice of 14.11.2019 III SA/Gl 834/19, LEX issue 2750627.

²⁹ The Act of 6.12.2013 amending the Act on the Education System and Some Other Acts (Journal of Laws of 2014, item 7).

prepared on the basis of the provisions of the Education Law Act. Pursuant to Art. 131 sec. 1, children residing in the area of the particular local community are admitted to a kindergarten, preschool department in a public primary school or another public form of preschool education. If the number of candidates exceeds the number of places available, the following statutory criteria are taken into account at the first stage of the recruitment procedure:

- the candidate's numerous family,
- candidate's disability,
- disability of one of the candidate's parents,
- disability of both parents of the candidate,
- disability of the candidate's siblings,
- a candidate being in a single-parent family,
- the candidate's placement with a foster family.

The above criteria are taken into consideration together and are of equal weight. In the event of the occurrence of equivalent results obtained in the first stage of the recruitment procedure (or if the kindergarten still has vacancies after this stage), the local community council is authorized to set additional criteria taken into account in the second stage, which can be defined by the local community. The legislator no longer indicates them, noting only in Art. 131 sec. 4 of the Education Law Act, that they should serve to ensure the fullest possible fulfilment of the needs of the child and his family, especially the needs of a family in which the parents or a single parent of the candidate must reconcile professional duties with family obligations. Local social needs should also be taken into account³⁰. One of the criteria may be the parents' income, and there shall be no more than 6 criteria in total, which may be assigned different weights by the local community. This is where the biggest legal problem of the recruitment process appears: when creating additional criteria, the local community is obliged to follow constitutional principles, especially the principle of universality, equality and social justice, and as examples show, it is not always an easy task³¹. For example, the analysis of the legal status does not authorize the recognition of priority of 5 and 6 year-old children as an additional recruitment criterion, although it is undoubtedly the responsibility of the local community to ensure the possibility of fulfilment of the preschool preparation obligation.

³⁰ See: Judgment by the Supreme Administrative Court in Warsaw of 23.02.2016, File Ref. I OSK 3164/15.

³¹ Ibid.

Conclusions

Preschool education plays a very important role in a child's development. Benefiting from preschool care is also one of the most important educational rights of an individual. In the calendar year in which the child reaches the age of 6, there is an administrative and legal obligation of one-year preschool preparation. Earlier, that is from the age of 3, preschool education is optional. Providing the possibility of preschool care, based on the principle of universal availability, is the task of the local communities. This task is performed mainly by establishing and running the local governments' own institutions, supplementing the municipal offer by non-public institutions and their control. In order to make the recruitment process for public institutions more transparent, the legislator indicated the main criteria, and local communities should set the remaining ones in accordance with the legal system. Their very important task is also to correctly define the network of public kindergartens and preschool departments in primary schools which they run. Communes also organize free transport for eligible children and care for them during its duration. The analyses conducted was intended to present both the organizational and legal framework of preschool education, emphasizing its advantages and disadvantages, as well as the fundamental role of local communities in providing preschool care to eligible residents.

References

- Dolnicki B., *Local Government*, Warsaw 2019.
- Kielan J., *Organization and functioning of other forms of pre-school education*, Warsaw 2011.
- Kurzyna-Chmiel D., *Education as a public task*, Warsaw 2013.
- Kurzyna-Chmiel D., *The Foreigners' Right to Learn – the Analysis of National Legal Solutions in the Area of the Education System*, „Studies in Law and Administration System” 2020, issue 47.
- Lipowicz I., *Local Governments in the 21 Century*, Warsaw 2019.
- Pilich M., *The Act on the Education System. Commentary*, Warsaw 2015.
- Skrzydło-Niżnik I., *The Model of the Local Government System in Poland against the Background of Administrative Law*, Cracow 2007.
- Szczechowicz A., *A Few Comments on the Responsibility of Public Authorities in Poland*, „Studies in Law and Administration System” 2019, issue 43.

Summary

The Legal and Organizational Framework of Preschool Education in Poland

Key words: preschool education, obligation, local communities, public tasks.

The article presents the legal and organizational framework of preschool education in Poland. Preschool education should be considered an important stage in a children's development. To meet the demand for its wider availability, the opportunity of establishing not only state-run kindergartens but also private kindergartens, other forms of preschool education and preschool sections in primary schools have been created. There are clear legal regulations of the recruitment process to state-run institutions and the fees for the care provided in them. Communes are the entities responsible for the implementation of the public task of providing preschool care for eligible children. They mainly run their educational institutions, control private institutions operating in their area and provide free transport and care for children during the journey.

Streszczenie

Prawno-organizacyjne ramy wychowania przedszkolnego w Polsce

Słowa kluczowe: wychowanie przedszkolne, obowiązek, gminy, zadania publiczne.

W artykule zostały przedstawione prawno-organizacyjne ramy wychowania przedszkolnego w Polsce. Wychowanie to należy uznać za ważny etap w rozwoju dziecka. W celu realizacji postulatu szerszej jego dostępności stworzono możliwość zakładania nie tylko przedszkoli publicznych, ale też przedszkoli niepublicznych, innych form wychowania przedszkolnego i oddziałów przedszkolnych w szkołach podstawowych. Istnieje też wyraźna regulacja prawna procesu rekrutacji do placówek publicznych i opłat za sprawowaną w nich opiekę. Podmiotami odpowiedzialnymi za realizację zadania publicznego, polegającego na zapewnieniu opieki przedszkolnej uprawnionym dzieciom, są gminy. Przede wszystkim prowadzą one publiczne placówki samorządowe, kontrolują placówki niepubliczne funkcjonujące na ich terenie oraz zapewniają bezpłatny dowóz dzieciom i opiekę podczas jego trwania.

Anna Nowakowska

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-2753-8866

anna.now@ukw.edu.pl

Rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia roszczenia z art. 299 § 1 Kodeksu spółek handlowych w kontekście zachowania przez wierzyciela należytej staranności w dochodzeniu roszczeń

Wprowadzenie

Regulacja prawna odpowiedzialności członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za jej zobowiązania stanowi częstą podstawę roszczeń formułowanych w postępowaniu sądowym. Prawidłowe oznaczenie rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia roszczeń wierzycieli spółki przeciwko członkom jej zarządu ma więc znaczenie praktyczne. W wyniku nowelizacji art. 442¹ § 1 Kodeksu cywilnego, dokonanej ustawą z dnia 21 kwietnia 2017 r.¹, początek biegu tego terminu został powiązany z momentem, w którym poszkodowany wierzyciel spółki mógł dowiedzieć się o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia przy dołożeniu należytej staranności. Celem niniejszego artykułu jest analiza bezczynności lub zwłoki wierzyciela spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako z o.o.) w dochodzeniu roszczeń z perspektywy dochowania należytej staranności. Podjęto również próbę przedstawienia podstawowego modelu należytej staranności, który może znaleźć zastosowanie przy ocenie działań poszkodowanego wierzyciela i obliczaniu początku terminu przedawnienia jego roszczeń.

¹ Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (Dz.U. z 2017 r., poz. 1132).

Charakter odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za jej zobowiązania

Przepis art. 299 Kodeksu spółek handlowych (dalej jako k.s.h.) nie określa szczególnego terminu przedawnienia roszczeń wierzycieli spółki z o.o. przeciwko członkom jej zarządu. Zgodnie z art. 2 k.s.h., oznacza to konieczność odwołania się do norm Kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.). Kwestia rodzaju przepisów, jakie należy w tych przypadkach stosować oraz samego charakteru odpowiedzialności członków zarządu, jest jednak sporna i nie wypracowano w tym względzie zgodnego stanowiska. W doktrynie zarysowały się trzy koncepcje wyjaśniające istotę regulacji z art. 299 k.s.h.² Zgodnie z pierwszym poglądem, odpowiedzialność członków zarządu ma charakter odszkodowawczy³. Wierzyciel ponosi bowiem szkodę w wyniku niezgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub niewydania postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego albo niezatwierdzenia układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu. Głównym argumentem za przyjęciem takiej interpretacji jest treść art. 299 § 2 k.s.h., przewidująca możliwość uwolnienia członka zarządu od odpowiedzialności ze względu na brak szkody wierzyciela. Trzeba jednak zauważyć, że nawet wśród osób podzielających ten pogląd pojęcie szkody nie jest rozumiane jednolicie i może być ona utożsamiana z uszczerbkiem w dobrach prawnie chronionych, ale też obniżeniem potencjału majątkowego spółki⁴.

Odmienne stanowisko prezentują zwolennicy teorii gwarancyjnej⁵. Według tej koncepcji członek zarządu spółki odpowiada jak gwarant – jest współodpowiedzialny ze spółką za wykonanie zobowiązania. Przesłanką odpowiedzial-

² Wyczerpujący przegląd poglądów odnośnie charakteru odpowiedzialności członków zarządu, zob. A. Kappes, *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2009, s. 151 i nast.

³ Tak m.in. T. Szczurowski, [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2020, uwaga nr 9 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; K. Strzelczyk, [w:] R. Potrzeszcz i T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe*, Warszawa 2011, uwaga nr 9 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Lex; W. Popiołek, [w:] W. Pyziół (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 546; A. Rachwał, [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 2, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2012, *Odpowiedzialność członków zarządu w razie niewypłacalności spółki*, uwaga nr 5, 2020, Legalis; I. Weiss, A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2016, s. 590 i nast.

⁴ Zob. A. Kappes, op. cit., s. 153.

⁵ Tak m.in. K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] A. Kidyba (red.), *Meritum. Prawo spółek*, Warszawa 2016, s. 1135; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 513; J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, [w:] J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2016, s. 335. Z kolei J. Strzępka i E. Zielińska nie popierają gwarancyjnej koncepcji odpowiedzialności członków zarządu, odrzucając jednocześnie tezę o jej odszkodowawczym charakterze, opowiadają się za przyjęciem, że wywodzi się ona z przepisu ustawy, stanowiąc odpowiedzialność *ex lege* za zobowiązania wobec wierzycieli, jeżeli egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna, zob. J.A. Strzępka i E. Zielińska, [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo do art. 1–300*, Warszawa 2005, s. 1060.

ności nie jest więc co do zasady wystąpienie szkody po stronie wierzyciela spółki, lecz brak spełnienia świadczenia przez podmiot zobowiązany do tego świadczenia wobec wierzyciela na podstawie łączącego ich stosunku prawnego. Art. 299 § 1 k.s.h. wprowadza subsydiarną odpowiedzialność członków zarządu i nie odwołuje się do pojęcia szkody w klasycznym znaczeniu, a wierzyciel spółki musi jedynie wykazać fakt bezskuteczności prowadzonej przeciwko spółce egzekucji. Nie obciąża go natomiast ciężar dowodzenia szkody wyrządzonej zawinionym działaniem sprawcy oraz związku przyczynowego pomiędzy tymi wydarzeniami. Treść art. 299 § 2 k.s.h., stanowiąca o braku szkody wierzyciela jako o okoliczności uwalniającej członka zarządu od odpowiedzialności, nie przesądza o jej odszkodowawczym charakterze, ponieważ przepis ten posługuje się pojęciem szkody mającym inny sens. Członek zarządu odpowiada za niewykonanie przez spółkę zobowiązania wobec wierzyciela, a nie bezpośrednio za jego szkodę. Odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym miałaby więc wynikać z „subsydiarności tej odpowiedzialności, niewystępowania w jej konstrukcji pojęć szkody i winy w tradycyjnym ujęciu, szczególnego rozkładu ciężaru dowodu, a także wykładni systemowej”⁶.

W myśl trzeciej koncepcji, odpowiedzialność uregulowana w przepisie art. 299 k.s.h. ma charakter represyjny. Jest bowiem przewidziana za zawnione niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości (lub wszczęcie postępowania naprawczego), które to zaniechanie prowadzi w konsekwencji do szkody wierzyciela. Podstawą odpowiedzialności członków zarządu spółki jest więc nieprawidłowość w ich działaniu i strata w postaci należności, której nie można wyegzekwować⁷.

Podstawa prawna dla przedawnienia roszczeń wierzycieli spółki z o.o. przeciwko członkom jej zarządu

Przychylenie się do jednego z przedstawionych poglądów ma poważne konsekwencje w zakresie przedawnienia roszczeń wierzycieli spółki przeciwko członkom jej zarządu. W zależności od obranego stanowiska, przyjmuje się odmienne zasady obliczania początku biegu i długości terminu przedawnienia. Zwolennicy teorii o represyjnej lub gwarancyjnej naturze tej odpowiedzialności określają termin przedawnienia według ogólnych reguł z art. 118 i nast. k.c., choć i tutaj nie ma zgodności, czy powinno się przyjąć jego długość właściwą dla roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, czy przeciwnie – uznać, że decydująca jest okoliczność, że dochodzone są one od

⁶ A. Mariański, A. Karolak, E. Walińska i in., *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o.*, Warszawa 2006, rozdział 2.6, 2020, Legalis.

⁷ Tak m.in. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, *Komentarz do art. 1–300*, Warszawa 2019, s. 1479–1480.

członków zarządu nieprowadzących działalności gospodarczej⁸. Z kolei aproba ta dla stanowiska o odszkodowawczym charakterze odpowiedzialności członków zarządu jest jednoznaczna z koniecznością powoływania się na art. 442¹ k.c. i oznacza poddanie roszczenia wierzyciela trzyletniemu terminowi przedawnienia.

Rozbieżności występujące w piśmiennictwie i judykaturze sprawiły, że Sąd Najwyższy postanowił zająć w tej sprawie stanowisko, wydając uchwałę w składzie siedmiu sędziów z 7 listopada 2008 r. Rozstrzyga ona, że „członkowie zarządu ponoszą na podstawie art. 299 k.s.h. odpowiedzialność deliktową za szkodę w wysokości niewyegzekwowanej od spółki wierzytelności, z ewentualnymi należnościami ubocznymi, spowodowaną bezprawnym, zawinionym niezgłoszeniem przez członków zarządu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki”⁹. Obrany kierunek wykładni art. 299 k.s.h. przesądził też o sposobie rozwiązania problemów związanych z przedawnieniem. Ustalono mianowicie, że w takich przypadkach zastosowanie znajdą przepisy normujące przedawnienie roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym, tj. art. 442¹ § 1 k.c. Stanowi on, że takie roszczenie ulega przedawnieniu z upływem trzech lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się albo przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Termin ten nie może być dłuższy niż dziesięć lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Jednocześnie Sąd Najwyższy nie odrzucił możliwości powołania się na normę § 2, co oznacza, że zaniechanie członków zarządu, któremu można by przypisać znamiona występku, powodowałoby w konsekwencji przedawnienie z upływem dwudziestu lat licząc od dnia popełnienia występku.

Moment dowiedzenia się przez wierzyciela o poniesionej szkodzie

Określenie art. 442¹ § 1 k.c. jako podstawy prawnej dla przedawnienia roszczeń powoduje konieczność ustalenia momentu, w którym wierzyciel dowiedział się o wyrządzeniu mu szkody przez członków zarządu spółki. W orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że 3-letni termin przedawnienia rozpoczyna swój bieg od dnia uzyskania przez wierzyciela świadomości, że wyegzekwowa-

⁸ Za terminem 3-letnim opowiada się R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2018, uwaga nr 70 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis, natomiast pogląd o zasadności stosowania terminu 6-letniego (dawniej 10-letniego) wyrażają: A. Kidyba, *Kodeks spółek...*, s. 1483; A. Mariański, A. Karolak, E. Walińska i in., op. cit., rozdział 4.5, 2020, Legalis.

⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2008 r., sygn. akt III CZP 72/08.

nie długu od spółki jest niemożliwe. W praktyce oznacza to dzień, w którym egzekucja wierzytelności objętej prawomocnym tytułem egzekucyjnym wystawionym przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. Wówczas wierzyciele spółki dowiadują się o szkodzie i osobie odpowiedzialnej do jej naprawienia¹⁰. Tak ogólne określenie terminu jest wystarczające jedynie w najbardziej oczywistym przypadku, jakim jest otrzymanie postanowienia komornika o umorzeniu egzekucji skierowanej do całego majątku spółki z powodu jej bezskuteczności. Data jego doręczenia pozwala na proste obliczenie 3-letniego terminu przedawnienia oraz nie pozostawia wątpliwości co do stanu wiedzy wierzyciela. Nierzadko jednak wierzyciel dowiaduje się o braku szansy na pomyślne zakończenie postępowania egzekucyjnego wobec spółki przed jej formalnym zakończeniem. Równie często spotykane są przypadki, gdy wierzyciel zdaje sobie sprawę ze złej kondycji finansowej spółki, zanim w ogóle wystąpi z wnioskiem o wszczęcie egzekucji. W tej sytuacji wyznaczenie daty początku biegu terminu przedawnienia, która odzwierciedlałaby rzeczywisty moment powzięcia przez wierzyciela wiedzy o stanie majątkowym spółki, jest niezwykle trudne. Orzecznictwo uwzględnia taką możliwość, nie wymagając uzyskania tytułu wykonawczego, a jedynie przedstawienia tytułu egzekucyjnego stwierdzającego istnienie zobowiązania spółki i jego wysokość¹¹. Przyjmuje się też, że świadomość wierzyciela o poniesionej przez niego szkodzie może być wykazana za pomocą każdego dowodu, z którego z dostateczną dozą prawdopodobieństwa wynika, że spółka nie ma majątku pozwalającego na zaspokojenie zobowiązania¹².

W związku z powyższym moment, w którym wierzyciel uświadamia sobie wyrządzoną mu szkodę, został powiązany z datą otrzymania informacji o bezskuteczności egzekucji. Wiedzę o złej kondycji spółki można czerpać z wielu źródeł. Nie zawsze są to źródła oficjalne, pozwalające na potwierdzenie uzyskanych informacji za pomocą dokumentów, np. wierzyciel może przeprowadzić rozmowy z innymi wierzycielami spółki, sam nie wszczynając formalnie postępowania egzekucyjnego (a jego bezskuteczność, jak wska-

¹⁰ Tak m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z 28 stycznia 2004 r., sygn. akt IV CK 176/02, z 14 czerwca 2005 r., sygn. akt V CSK 719/04 i z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt II CSK 417/06.

¹¹ Od tej zasady przewiduje się wyjątek w sytuacji, gdy czasowo lub trwale zostanie wyłączona możliwość uzyskania tytułu egzekucyjnego, np. gdy dłużna spółka utraci zdolność prawną i sądową wskutek wykreślenia jej z KRS po zakończonym postępowaniu upadłościowym. Jeżeli bezskuteczność egzekucji nie budzi wątpliwości, wierzyciel nie musi dysponować tytułem egzekucyjnym, a istnienie zobowiązania spółki i jego wysokość może być ustalana w toku postępowania prowadzonego na podstawie art. 299 k.s.h. Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 300/06; K. Osajda, *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2007, nr 4, s. 11.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 2019 r., sygn. akt I CSK 96/18. Zob. też wskazane w tym wyroku inne orzeczenia Sądu Najwyższego: wyrok z 18 lutego 2015 r., sygn. akt I CSK 9/14; z 21 października 2011 r., sygn. akt IV CSK 46/11; z 14 lipca 2010 r., sygn. akt V CSK 30/10; z 26 sierpnia 2009 r., sygn. akt I CSK 34/09; z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 301/07 oraz z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt II CSK 417/06.

zano wyżej, można udowodnić w każdy sposób, np. za pomocą zeznań świadka). Biorąc jednak pod uwagę, że członkowie zarządu spółki, chcący podnieść zarzut przedawnienia roszczenia, z reguły nie mają dostępu do takich informacji, pewniejszym sposobem na wykazanie wiedzy wierzyciela o braku możliwości zaspokojenia ze strony spółki są przede wszystkim różne czynności podejmowane w postępowaniu egzekucyjnym lub upadłościowym. W orzecznictwie oraz piśmiennictwie w toku interpretacji przesłanek przepisu art. 299 k.s.h. podjęto próby określenia dowodów bezskuteczności egzekucji:

- postanowienie o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z powodu braku majątku wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania lub posiadania majątku wystarczającego tylko na zaspokojenie tych kosztów (art. 13 ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe¹³)¹⁴,
- postanowienie o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z uwagi na obciążenie majątku dłużnika hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską w takim stopniu, że pozostały jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania (art. 13 ust. 2 prawa upadłościowego),
- postanowienie o umorzeniu postępowania upadłościowego ze względu na to, że majątek pozostały po wyłączeniu z niego przedmiotów majątkowych dłużnika obciążonych hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania (art. 361 ust. 1 pkt 1 prawa upadłościowego)¹⁵. W wyroku z 14 lipca 2010 r. Sąd Najwyższy ujął to szerzej zaznaczając, że bieg terminu przedawnienia roszczenia należy liczyć od dnia dowiedzenia się przez wierzyciela o wydaniu postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego, o ile z treści tego postanowienia wynika oczywisty brak majątku spółki na zaspokojenie kosztów postępowania upadłościowego¹⁶,
- postanowienie o zakończeniu postępowania upadłościowego w drodze wykonania ostatecznego planu podziału, mimo istnienia niezaspokojonych wierzycieli (art. 368 ust. 1 prawa upadłościowego)¹⁷,
- postanowienie o umorzeniu postępowania egzekucyjnego na podstawie art. 824 § 1 pkt 3 k.p.c., tj. jeżeli jest oczywiste, że z egzekucji nie uzyska się sumy wyższej od kosztów egzekucyjnych,
- informacje od komornika wydane na żądanie wierzyciela na podstawie art. 760¹ k.p.c. określające, czy przeciwko dłużnikowi prowadzone jest przez

¹³ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2003 r., Nr 60, poz. 535 ze zm.).

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2003 r., sygn. akt V CKN 416/01.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 lipca 2010 r., sygn. akt V CSK 30/10.

¹⁷ R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), op. cit., uwaga nr 42 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; T. Szczurowski, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., uwaga nr 32 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis.

ten organ egzekucyjny postępowanie egzekucyjne wraz z ewentualnym powiadomieniem go o aktualnym stanie sprawy, stosowanych sposobach egzekucji i wysokości egzekwowanych roszczeń¹⁸,

- wykaz majątku spółki sporządzony w trybie art. 913 § 1 k.p.c.¹⁹ Można się również zastanawiać, czy sam wniosek wierzyciela nie jest już równoznaczny z jasnym zmanifestowaniem okoliczności powzięcia przez wierzyciela wiedzy o bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec dłużnej spółki. Skorzystanie z tej instytucji postępowania cywilnego jest możliwe dopiero w razie spełnienia przesłanek określonych we wskazanym przepisie, a więc sytuacji, w której „majątek dłużnika nie rokuje zaspokojenia egzekwowanych należności” lub kiedy „na skutek prowadzonej egzekucji [wierzyciel] nie uzyskał w pełni zaspokojenia swej należności”²⁰. W praktyce wierzyciel często powołuje się na brak majątku tego podmiotu, wskazując na dodatkowe informacje świadczące o przewidywanej bezskuteczności egzekucji, np. uzyskane z urzędu skarbowego.
- bilans spółki, z którego wynika, że majątek spółki nie wystarcza na pokrycie wierzytelności przysługującej osobie dochodzącej roszczenia od członków zarządu²¹,
- księgi handlowe spółki, których analiza wskazuje, że zaspokojenie wierzyciela z majątku spółki nie będzie możliwe²².

Należy przy tym zaznaczyć, że zaistnienie jednej z okoliczności dowodzących bezskuteczności egzekucji nie zawsze jest tożsame z momentem dowiedzenia się przez wierzyciela o poniesionej przez niego szkodzie. Wskazane wyżej dowody, potwierdzające niemożność uzyskania zaspokojenia wierzytelności od spółki, oznaczają ziszczenie się jednej z przesłanek określonych w art. 299 k.s.h., a w konsekwencji możliwość skierowania roszczenia wierzyciela spółki przeciwko członkom zarządu. Nie można natomiast automatycznie zakładać, że w tym samym momencie swój bieg rozpoczął termin przedawnienia roszczenia odszkodowawczego. Przykładowo, jeżeli postępowanie egzekucyjne zostało wszczęte na wniosek innego wierzyciela, to osoba zamierzająca

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 czerwca 2012 r., sygn. akt I ACa 447/11.

¹⁹ Tak m.in. A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2014, uwaga nr 7 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; T. Szczurowski, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., uwaga nr 29 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; R. Pabis, [w:] A. Opalski (red.), op. cit., uwaga nr 42 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis.

²⁰ Pogląd ten nie spotkał się z aprobatą Sądu Najwyższego, zob. wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 2019 r., sygn. akt IV CSK 14/19.

²¹ T. Szczurowski, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., uwaga nr 33 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 513; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t.2, wyd. trzecie, Warszawa 2014, uwaga nr 15 do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis.

²² T. Szczurowski, [w:] Z. Jara (red.), op. cit., uwaga nr 34 do komentarza do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis; A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński (red.), op. cit., uwaga nr 15 do art. 299 k.s.h., 2020, Legalis.

skorzystać z uprawnienia przeciwko członkom zarządu określonego w art. 299 § 1 k.s.h. niekoniecznie musi mieć świadomość, że wydano postanowienie o umorzeniu tego postępowania. Tym samym, termin przedawnienia nie rozpocznie swojego biegu. Jednakże każdy przypadek powinien być oceniony przez pryzmat zachowania przez wierzyciela należytej staranności w dochodzeniu jego roszczeń. Nie można bowiem zapominać, że ustawodawca w art. 442¹ § 1 k.c. przewidział również okoliczność, w której wierzyciel jedynie mógł dowiedzieć się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia, a ostatecznie się nie dowiedział lub dowiedział się później.

Należyta staranność wierzyciela w dochodzeniu roszczeń

Jak trafnie zauważa się w doktrynie, „wbrew literalnemu brzmieniu art. 442¹ § 1 zd. 1 k.c. (przed nowelizacją Kodeksu cywilnego) należy uznać, że przedawnienie rozpoczyna swój bieg nie tyle od chwili rzeczywistego powzięcia przez poszkodowanego wiedzy o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia, ale od momentu, gdy poszkodowany dowiedziałby się o tych okolicznościach, gdyby zachował należyłą staranność”²³. Nie trzeba więc ustalać, czy poszkodowany rzeczywiście wiedział, ale czy na podstawie wszelkich towarzyszących okoliczności powinien wiedzieć o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Z tej perspektywy błędne byłoby założenie, że nie ma znaczenia okoliczność zachowania przez poszkodowanego (wierzyciela) należytej staranności, ale tylko i wyłącznie rzeczywisty moment powzięcia wiedzy o bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec spółki. Takie rozwiązanie realizuje stabilizacyjną i wychowawczą funkcję instytucji przedawnienia. Jego brak skutkowałby teoretycznie możliwością, że termin przedawnienia nigdy nie rozpocznie biegu. Nawet zastrzeżenie granicznego terminu dziesięciu lat, liczonego od dnia nastąpienia zdarzenia wywołującego szkodę (art. 442¹ § 1 zd. 2 k.c.), nie sprzyja pewności obrotu prawnego i powinno być traktowane jako wyjątek. „Szybkie w czasie dochodzenie roszczeń przez wierzyciela sprzyja pewności prawa, ułatwia także organizację wymiaru sprawiedliwości, w tym administrowanie sprawami toczącymi się przed sądami. Instytucja przedawnienia wpływa więc na stabilizację stosunków prawnych, pełniąc jednocześnie rolę wychowawczą wobec wierzyciela”²⁴. Powiązanie początkowej daty biegu terminu przedawnienia z należyłą starannością wykazywaną przez wierzyciela niewątpliwie dodatkowo ich dyscyplinuje. Nie ma, co prawda, prawnego obowiązku podejmowania działań zmierzających do wyegzekwowania

²³ P. Sobolewski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2019, s. 656; wyrok Sądu Najwyższego z 17 maja 2006 r., sygn. akt I CSK 176/05.

²⁴ M. Balwicka-Szczyrba, *W sprawie zasad przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody na mieniu w oparciu o art. 442¹ § 1 k.c.*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, nr 3, s. 91.

swoich roszczeń, w tym składania wniosku o wszczęcie egzekucji²⁵, jednakże ich zaniechanie może prowadzić do negatywnych konsekwencji. W doktrynie na zalety takiego ukształtowania przepisu art. 442¹ § 1 k.c. wskazywał Przemysław Sobolewski, powołując się na trudności dowodowe po stronie osoby podnoszącej zarzut przedawnienia. Musi ona wykazać, że okres przedawnienia upłynął, co nie jest łatwe, gdy wierzyciel nie chce tego faktu przyznać. Stąd członek zarządu spółki mógłby jedynie przedstawiać dowody, z których wynikałoby, że poszkodowany powinien wiedzieć o szkodzie, gdyby działał w sposób rozsądny. Drugim argumentem potwierdzającym zasadność tej regulacji prawnej jest nieracjonalność premiowania poszkodowanych, którzy zaniedbują swoje sprawy, co mogłoby prowadzić do wniosku, że osoba dbająca o swoje interesy znajdzie się w mniej korzystnej sytuacji niż osoba zaniedbująca właściwe prowadzenie swoich spraw²⁶.

Należy podkreślić, że mimo braku formalnego obowiązku egzekwowania swoich należności, odzwierciedlonego w normach prawnych, wierzyciel – chcąc skorzystać z uprawnień określonych w art. 299 § 1 k.s.h. – powinien z należytą starannością dochodzić roszczeń. W przeciwnym bowiem wypadku naraża się na negatywne następstwa swojego zaniechania. Następstwa te są odczuwalne w każdym stanie faktycznym, tj. niezależnie od tego, czy szybsze działanie wierzyciela prowadziło do jego zaspokojenia, ponieważ spółka posiadała jeszcze wystarczający ku temu majątek, czy przedsięwzięte czynności i tak byłyby nieskuteczne z uwagi na długotrwałą niewypłacalność spółki²⁷. Pierwsza opisana sytuacja zachodzi, gdy wierzyciel nie odzyskał swoich należności ze względu na niepodjęcie w odpowiednim czasie egzekucji przeciwko spółce, choć egzekucja była wtedy obiektywnie możliwa. Spóźniona egzekucja może zatem prowadzić do zwolnienia członka zarządu z odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h., ponieważ nie została spełniona jedna z wymaganych w tym przepisie przesłanek. Jeżeli wierzyciel doprowadza przez swoje zaniechanie do bezskuteczności egzekucji, to nie może wykazać, że egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna²⁸. Nie jest to równoznaczne z poszerze-

²⁵ Tak m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 lutego 2015 r., sygn. akt I ACa 1213/14.

²⁶ P. Sobolewski, [w:] K. Osajda (red.), op. cit., uwaga nr 12 do komentarza do art. 442¹ k.c., 2020, Legalis.

²⁷ Poza opisanymi w artykule przypadkami konsekwencji związanych z zaniechaniem przez wierzyciela dochodzenia jego roszczeń, dodatkowym rezultatem nie podjęcia przez niego odpowiednich działań jest także niemożliwość naliczania odsetek od zobowiązania pieniężnego spółki (które mogą być liczone do momentu stwierdzenia bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce), zob. M. Bławat, A. Siecich, *Odpowiedzialność członka zarządu za zobowiązania spółki z art. 299 k.s.h. – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 11, s. 82.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 24 czerwca 2004 r., sygn. akt III CK 107/03; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 lutego 2015 r., sygn. akt I ACa 1213/14. Tak też U. Moszczyńska, *Pojęcie bezskuteczności egzekucji i jej znaczenie na gruncie norm prawa materialnego w praktyce sądowej*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2018, nr 3, pkt 3, 2020, Legalis.

niem zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających odpowiedzialność członków zarządu wskazanych w art. 299 § 2 k.s.h.²⁹ W takich przypadkach nie można mówić o terminie przedawnienia i jego biegu, ponieważ wierzycielowi w ogóle nie przysługuje roszczenie, które mogłoby się przedawnić.

Natomiast dokonując oceny zaniechania wierzyciela, w sytuacji gdy egzekucja przeciwko spółce podjęta w pierwszym możliwym terminie i tak okazałaby się bezskuteczna, należy zbadać, czy zachowana została przez niego należyta staranność, a także wyjaśnić przyczyny niepodjęcia przez niego stosownych działań. Powodem zwłoki wierzyciela w wystąpieniu z wnioskiem egzekucyjnym mógł być bowiem fakt, że posiadał informacje o braku majątku w spółce, a tym samym uważał wszczynanie postępowania za bezcelowe. W takim przypadku 3-letni termin przedawnienia powinien być liczony od momentu pozyskania takiej wiedzy. Z kolei jeżeli wierzyciel nie jest świadomy złej kondycji finansowej spółki, a mimo to przez dłuższy czas pozostaje bezczynny, może to świadczyć, po pierwsze, o braku zachowania należytej staranności, a po drugie, że mógł powziąć wiedzę o braku majątku spółki znacznie wcześniej, gdyby bezzwłocznie dokonał niezbędnych czynności egzekucyjnych.

Konsekwencją powyższych wniosków jest konieczność przedstawienia modelu należytej staranności wierzyciela w dochodzeniu jego roszczeń, zwłaszcza w sytuacji, w której przez dłuższy czas nie podejmuje on żadnych działań zmierzających do wyegzekwowania dochodzonej wierzytelności od spółki. W tym zakresie należy odnieść się do regulacji art. 355 k.c., nakładającej na dłużnika obowiązek dokładania staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że model prawidłowego zachowania się wierzyciela w dochodzeniu przysługujących mu roszczeń, z zachowaniem należytej staranności wobec dłużnej spółki, z perspektywy art. 299 § 1 k.s.h. będzie się kształtować inaczej, w zależności od osoby wierzyciela. Posiłkując się zasadą należytej staranności w wykonaniu zobowiązania (art. 355 k.c.) – co prawda w odniesieniu do obowiązków dłużnika – niewątpliwie inną miarę przykładą się do pożądanego zachowania wierzyciela, będącego nieposiadającym wiedzy prawniczej konsumentem w sporze z przedsiębiorcą, a inną miarę wobec profesjonalnego uczestnika obrotu prawnego właśnie w osobie tego przedsiębiorcy. Warto zaznaczyć, że niekiedy sposób omawianego należytego zachowania reguluje wprost przepis powszechnie obowiązujący – tak jest np. w przypadku syndyka masy upadłości w rozumieniu przepisów prawa upadłościowego. Zgodnie z art. 179 tej ustawy, „syndyk jest obowiązany podejmować działania z należyłą starannością, w sposób umożliwiający optymalne wykorzystanie majątku upadłego w celu zaspokojenia wierzycieli w jak najwyższym stopniu, w szczególności przez minimalizację kosztów postępowania”. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 26 kwiet-

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V CSK 315/07.

nia 2006 r., mając na uwadze zawodowy charakter działalności i podwyższone wymagania odnośnie kwalifikacji, uznać trzeba, że syndyk jest profesjonalistą, którego obciąża podwyższony stopień staranności w wykonywaniu obowiązków, czyli jest to staranność wyższa od przeciętnej. Aczkolwiek syndyk masy upadłości podlega nadzorowi sędziego komisarza, to wykonywanie tej funkcji charakteryzuje się znacznym stopniem samodzielności i niezależności w wykonywaniu kompetencji określonych ustawowo³⁰. Sąd Najwyższy w przywołanym orzeczeniu słusznie przenosi definicję należytej staranności i związane z tym wymogi także na osobę syndyka, który niejednokrotnie występuje w toku postępowań sądowych, które prowadzi na rzecz dłużnika, ale we własnym, w imieniu w roli wierzyciela wobec dłużników masy upadłości³¹.

Pojęcie należytej staranności występuje wielokrotnie w różnych aktach prawnych, ale brak jest praktycznego odniesienia się do wymogu ich zachowania w przypadku wierzycieli. Nie sposób w łamach tego artykułu omówić wszystkich modeli powinnoego zachowania wierzycieli, jest to bowiem z oczywistych względów niemożliwe. Jednakże warto rozważyć propozycję takiego modelu, który w przypadku najczęściej ocenianych przez sądy powszechne grup zawodowych jest wymagany z perspektywy komentowanych przepisów. Model dochodzenia roszczeń przez wierzycieli, przy dochowaniu należytej staranności, może przybrać następującą postać:

1. przy założeniu bezsporności roszczenia, należy przedstawić dłużnikowi dokumenty rozliczeniowe, w ten sposób żądając spełnienia świadczenia (niezależnie od jego charakteru);

2. w razie braku spełniania świadczenia, o którym mowa w pkt 1, wystąpić z wezwaniem do wykonania umowy, po upływie terminu spełnienia roszczenia;

3. w przypadku niespornego charakteru roszczenia, należy co do zasady wystąpić po dokonaniu ww. czynności z powództwem o spełnienie świadczenia;

4. w wyjątkowych sytuacjach czynność ta może być odwleczona w czasie lub w ogóle nieprzedsięwzięta, np. z tego powodu, że dany podmiot jest w stanie wyłączającym możliwość występowania z roszczeniem. Dyktuje to brak zdolności sądowej i/lub zdolności do czynności prawnych, czy też procesowych z uwagi na stan określony w art. 82 k.c. Co ważne, powyższe przy zachowaniu reguł powinnoego zachowania może wynikać także z wiedzy wierzyciela o stanie majątkowym dłużnika. Niecelowe będzie bowiem dochodzenie roszczeń wobec podmiotu, który znajduje się w stanie niewypłacalności. W tej sytuacji wystąpienie z roszczeniem oraz wyasygnowanie kosztów procesu w sposób oczywisty nie gwarantuje uzyskania spełnienia świadczenia, nawet na drodze przymusu sądowego czy też prowadzenia innego rodzaju postępowań. Z perspektywy komentowanego art. 299 § 1 k.s.h. powzięcie wiedzy, że dłużna

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2006 r., sygn. akt II CSK 48/06.

³¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 listopada 2018 r., sygn. akt III CZP 53/18.

spółka pozostaje niewypłacalna, a ponadto, że zachodzi wobec niej stan bezskuteczności egzekucji – jest w przypadku wierzyciela oczywiste. Następuje to z chwilą ustalenia, że dochodzenie roszczeń jest pozbawione sensu procesowego i ekonomicznego, skoro z omówionych wcześniej dowodów wynika, że takie czynności będą bezcelowe;

5. w przypadku spornego charakteru roszczenia, należy dokonać oceny, na ile możliwe jest wygranie sporu przed sądem powszechnym lub innym powołanym do tego organem sprawującym wymiar sprawiedliwości, a także na ile, w kontekście kosztów tego postępowania, jest to celowe, w szczególności z uwzględnieniem aspektów ekonomicznych, prawnych czy też tych okoliczności, które nie dają się wprost zdefiniować w relacjach pomiędzy stronami (np. lojalność kupiecka). W razie oceny negatywnej, należy przyjąć, że wierzyciel świadomie odstąpił od dochodzenia roszczenia, licząc się ze wszelkimi skutkami, w tym także konsekwencjami prawnymi, takiej a nie innej decyzji;

6. niezależnie od sporności lub niesporności roszczeń dochodzonych wobec dłużnika, można stosować instytucje zmierzające do przerwania biegu przedawnienia roszczeń, np. wniosek o zawezwanie do próby ugodowej;

7. przy założeniu powinienego zachowania przez każdą kategorię wierzycieli, trzeba podnieść, że niedopuszczalne jest zachowanie polegające na całkowitej lub częściowej bierności wierzyciela, w tym zwłaszcza wierzyciela dłużnej spółki z perspektywy roszczenia, o którym mowa w art. 299 § 1 ksh.

Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, należy ponownie podkreślić, że określenie początku biegu 3-letniego terminu przedawnienia roszczenia wierzyciela spółki z o.o. wobec członków jej zarządu może nastąpić w oderwaniu od rzeczywistego momentu powzięcia przez niego wiedzy o bezskuteczności egzekucji prowadzonej wobec spółki. Chcąc skorzystać z uprawnień określonych w art. 299 § 1 k.s.h., powinien z należytą starannością dochodzić swoich roszczeń. Negatywnymi następstwami beczynności lub zwłoki wierzyciela w tym zakresie są zwolnienie członka zarządu z odpowiedzialności na podstawie art. 299 k.s.h. (w przypadku, gdy wierzyciel nie podjął w odpowiednim czasie egzekucji przeciwko spółce, choć egzekucja była możliwa) oraz rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia w dacie wcześniejszej niż moment faktycznego uzyskania informacji o bezskuteczności egzekucji wobec spółki. Drugi z omówionych przypadków wymaga analizy zachowania wierzyciela z perspektywy należytej staranności, przy czym pomocny może być przedstawiony zarys modelu dochodzenia roszczeń przez wierzycieli.

Wykaz literatury

- Balwicka-Szczyrba M., *W sprawie zasad przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody na mieniu w oparciu o art. 442¹ § 1 k.c.*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2015, nr 3.
- Bławat M., Sieczych A., *Odpowiedzialność członka zarządu za zobowiązania spółki z art. 299 k.s.h. – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 11.
- Kappes A., *Odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych*, t. 1, *Komentarz do art. 1–300*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kidyba A., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Kopaczyńska-Pieczniak K., [w:] A. Kidyba (red.), *Meritum. Prawo spółek*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Mariański A., Karolak A., Walińska E. i in., *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o.*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Modrzejewski J., Wiśniewski C., [w:] J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Moszczyńska U., *Pojęcie bezskuteczności egzekucji i jej znaczenie na gruncie norm prawa materialnego w praktyce sądowej*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2018, nr 3.
- Osajda K., *Odpowiedzialność członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Glosa” 2007, nr 4.
- Pabis R., [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IIB. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Popiołek W., [w:] W. Pyziół (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Rachwał A., [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 2, *Prawo spółek handlowych*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Rodzinkiewicz M., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.
- Sobolewski P., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Strzelczyk K., [w:] R. Potrzeszcz i T. Siemiątkowski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Strzępka J.A., Zielińska E., [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo do art. 1–300*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Szajkowski A., Tarska M., [w:] S. Sołtysiński (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Szczurowski T., [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Weiss I., Szumański A., *Prawo spółek*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Summary

Commencement of the limitation period for the claim under Article 299 § 1 of the Commercial Companies Code in the context of the creditor's due diligence in pursuing claims

Key words: limitation period for claims, due diligence, pursuing claims, the liability of members of the company's management board.

The correct marking of the commencement of the limitation period for the claims of the company's creditor against the members of its management board is of great practical importance. Based on article 299 § 1 of the Commercial Companies Code in connection with art. 442¹ § 1 of the Civil Code, this may take place irrespective of the actual moment of becoming aware of the ineffectiveness of enforcement against the company. The purpose of this article was to analyze the inactivity or delay of a creditor of a limited liability company. in pursuing claims from a due diligence perspective, as well as presenting a basic due diligence model that may be used when assessing the actions of an injured creditor and calculating the beginning of the limitation period for his claims. The conducted considerations allowed for the conclusion that the negative consequences of the creditor's omission are the dismissal of a management board member from liability according to art. 299 k.s.h. (if the creditor did not initiate enforcement against the company on time, although enforcement was possible) and commencement of the limitation period on a date earlier than the moment of actually obtaining information about the ineffectiveness of the enforcement against the company.

Bogna Przybyszewska-Szter

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8513-2149

bogna.szter@gmail.com

Separacja i rozwód (podobieństwa i różnice)

Wstęp

Niniejszy artykuł ujmuje rozważania teoretyczne nad problematyką prawną rozvodu i separacji małżeńskiej. Oprócz zagadnień materialnoprawnych, uregulowanych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym¹ (dalej jako k.r.o), uwzględniono również zagadnienia prawnoprocesowe, przy czym te dwie instytucje przedstawiono na zasadzie wskazania podobieństw i różnic.

Szereg wypowiedzi doktryny usiłuje zestawić i porównać separację z rozwodem, wskazując na zalety lub wady tych rozwiązań, chociaż w rzeczywistości każda z tych instytucji jest całkowicie innej natury, ma odmienne cele, zabezpiecza także całkowicie różne uprawnienia małżonków.

Funkcjonowanie separacji małżeńskiej umożliwi – poprzez orzeczenie sądowe – rozłączenie małżonków w wypadku istnienia zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego, bez konieczności definitywnego rozwiązania tego związku. Innymi słowy, zapobiegać będzie przed zbyt pochopnym rozwiązaniem małżeństwa przez rozwód oraz jednocześnie może stworzyć warunki do podjęcia nowego pożycia przez małżonków. Instytucja separacji zabezpiecza jednocześnie właściwą realizację osobistych uprawnień każdego z małżonków.

Problematyka ujęta w opracowaniu dotyczy istoty i funkcji odmawianych instytucji, jak również przedstawiono skutki, jakie niesie za sobą orzeczenie przez sąd rozvodu i separacji.

Istota i funkcje separacji i rozvodu

Wśród szeregu wartości powszechnie uznawanych za szczególnie cenne, zarówno dla pojedynczej osoby, jak i dla całego społeczeństwa, wartością naj-

¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2086).

wyższego rzędu jest związek małżeński oraz budowana na tym związku rodzina, określana jako fundament życia społecznego. Dojrzała społeczność wkłada wiele wysiłku w ochronę każdego zawartego małżeństwa i powstałej rodziny, zabezpieczając prawidłowość ich funkcjonowania, podstawy bytowe, a w razie potrzeby wspierając w realizacji zadań rodzicielskich. Szczególne miejsce w działaniach prorodzinnych zajmują działania skierowane na ochronę trwałości małżeństwa². Regulacje dotyczące rodziny znajdują się najważniejszym akcie obowiązującym w systemie prawa polskiego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³ Ustawa zasadnicza jest w kwestii rodziny jednoznaczna i w art. 18 stanowi, że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej”. Cytowany akt stanowi także o innych zasadach, którymi należy się kierować przy sądowym rozwiązaniu małżeństwa, a które dają podstawy do stwierdzenia, że trwałość związku małżeńskiego jest bardzo istotna do społeczności państwowej. Należy w tym miejscu wskazać na zasadę równouprawnienia kobiet i mężczyzn (art. 33), prawo rodziny do pomocy ze strony państwa (art. 71), ochrona praw dziecka (art. 72).

Wartość społeczną problematyki małżeństwa i rodziny podkreśla również fakt, że cała ta dziedzina życia w niektórych państwach regulowana jest w odrębnych kodeksach. Z polskich regulacji ostatnich dziesięcioleci warto tu przywołać dekret z dnia 25 kwietnia 1945 r. – Prawo małżeńskie⁴, dekret z dnia 22 kwietnia 1946 r. – Prawo rodzinne⁵, Kodeks rodzinny z dnia 27 czerwca 1950 r.⁶, Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 r., który wszedł w życie w dniu 1 stycznia 1965 r. i obowiązuje do chwili obecnej. Liczba tych regulacji i częstotliwość dokonywanych w niech zmian wskazuje, że wokół spraw małżeńskich i rodziny toczą się nieustanne dyskusje i polemiki.

Mając na uwadze zasadę ochrony trwałości rodziny, instytucja separacji ma zapobiegać przed zbyt pochopnym rozwiązaniem małżeństwa przez rozwód, jednocześnie stwarzając warunki do podjęcia przez małżonków nowego pożycia.

W myśl postanowień k.r.o., rozwód jest to rozwiązanie przez sąd na żądanie każdego z małżonków małżeństwa, w którym nastąpił trwały i zupełny rozkład pożycia małżeńskiego (art. 56 § 1). Jest to instytucja prawna, która pozwala na rozwiązanie małżeństwa za życia małżonków. Jednakże należy wskazać, że wspomniana ustawa ogranicza prawa do rozwodu przez wprowadzenie przesłanek jego dopuszczalności. Ukształtowanie instytucji rozwodu zerwało z tzw. bezwzględными przyczynami rozwodowymi, co oznacza, że brak

² P. Kasprzyk, *Instytucja separacji małżeńskiej*, Lublin–Sandomierz 1999, s. 9.

³ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

⁴ Dz.U. z 1945 r., Nr 48, poz. 270.

⁵ Dz.U. z 1946 r., Nr 6, poz. 52.

⁶ Dz.U. z 1950 r., Nr 34, poz. 308.

jest enumeratywnego katalogu okoliczności, np. pijaństwo, cudzołóstwo, impotencja, z których każda stanowi podstawę rozwodu. Przyjęto natomiast rozwiązanie, w myśl którego uzyskanie rozwodu jest możliwe tylko w razie wystąpienia zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego. Bez ustalenia istnienia tych przesłanek rozwód nie może być orzeczony⁷. Ograniczenia tego nie można uznać jako sprzeczne z prawem do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Wynika to z traktowania małżeństwa przez ustawodawcę jako instytucji, a nie tylko jako kontraktu, którego istnienie zależne jest wyłącznie od woli małżonków⁸.

Jak już wspomniano, k.r.o. w obecnym kształcie wprowadził obok rozwodu instytucję separacji. W polskim porządku prawnym, separacja stanowi instytucję prawa rodzinnego małżeńskiego. Jest ona regulowana przepisami wspomnianego aktu, które weszły do polskiego porządku prawnego poprzez ustawę z dnia 21 maja 1999 r., a zaczęły obowiązywać od 16 grudnia 1999 r.⁹

Termin „separacja” wywodzi się z łacińskiego *separatio*, czyli rozłączenie, rozdzielenie¹⁰. Separacja to prawne rozdzielenie małżonków, które pociąga za sobą zasadniczo takie same skutki jak rozwód, z tym że nie zostaje tutaj formalnie rozwiązany węzeł małżeński¹¹, gdyż jest to alternatywne rozwiązanie wobec rozwodu. Należy wskazać, że separacja nie jest sama w sobie przyczyną rozluźnienia związku małżeńskiego. Może mieć ona miejsce wówczas, gdy zostanie poprzedzona konfliktem zaistniałym między małżonkami. Dopiero wtedy, gdy niemożliwym okaże się zneutralizować zaistniałego konfliktu dojść może do rozłamu istniejącej więzi, a przez to do orzeczenia separacji.

Rozwód i separacja to instytucje niezależne od siebie. W związku z tym wskazać należy, że separacja nie stanowi więc koniecznego etapu do uzyskania rozwodu, zaś orzeczenie separacji nie zamyka drogi małżonkom do żądania rozwiązania małżeństwa przez rozwód. W myśl postanowień k.r.o. jeżeli między małżonkami nastąpił zupełny rozkład pożycia małżeńskiego, każdy z małżonków może żądać, ażeby sąd orzekł separację (art. 61¹ § 1). Funkcjonowanie zatem separacji prawnej umożliwia rozłączenie małżonków przy stwierdzeniu zupełnego rozkładu pożycia i charakteryzuje się przede wszystkim zwolnieniem ich z obowiązku wspólnego pożycia przy zachowaniu węzła małżeńskiego. Instytucja ta ma za zadanie zapobiegać lekkomyślnemu podjęciu decyzji o definitywnym rozwiązaniu małżeństwa. Daje małżonkom czas

⁷ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, wyd. drugie, Warszawa 2001, s. 124.

⁸ H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczuk, S. Kalus, K. Piasecki, M. Sychowicz, *Komentarz k.r.o.*, Warszawa 2000, s. 292.

⁹ Dz.U. Nr 52, poz. 532; na ten temat zob. A. Bodnar, U. Dąbrowska, J. Ignaczewski, J. Maciejowska, A. Stempniak, A. Śledzińska-Simon, *Rozwód i separacja. Komentarz*, seria: *Sądowe komentarze tematyczne*, J. Ignaczewski (red.), wyd. trzecie, Warszawa 2014, s. 147.

¹⁰ Zob. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 875.

¹¹ J. Bedelek, G. Niemiałtowska, [w:] J. Ignaczewski (red.), *Komentarz do spraw o separację*, wyd. pierwsze, Warszawa 2013, s. 15.

na zastanowienie się nad ich przyszłością i pośrednio może prowadzić do ich pojednania. Należy jednak podkreślić, że jest to możliwe tylko wówczas, gdy rozkład pożycia nie nabierze jeszcze cech trwałości. Separacji ma zatem na celu ochronę małżeństwa w sytuacji kryzysowej, a przez to podtrzymywanie trwałości rodziny.

Samowolny stan zerwania więzi przez małżonków lub jednego z nich określany jest jako separacja faktyczna. Do zaistnienia separacji faktycznej nie jest konieczne wystąpienie na drogę prawną, gdyż jest to jedynie stan faktyczny¹², mający miejsce po podjęciu decyzji przez małżonków o życiu w rozłące, w pojedynkę.

W literaturze wskazuje się, że instytucja separacji w zależności od ujęcia normatywnego może spełniać jedną z dwóch zasadniczych funkcji: surogacyjną albo paliatywną¹³. Funkcja surogacyjna – separacja występuje w systemach prawnych nie dopuszczających rozwodu, może stanowić środek umożliwiający uregulowanie wzajemnych stosunków osobistych i majątkowych małżonków, których związek uległ rozkładowi; funkcja paliatywna – instytucja ta funkcjonuje także w systemach dopuszczających rozwód. W systemie przewidującym obie instytucje separacja może występować albo jako konieczna przesłanka orzeczenia rozwodu, albo też niezależnie – jako instytucja samoistna, której celem jest uzdrowienie małżeństwa przechodzącego kryzys. Wymienia się nadto jeszcze dwa cele, którym może służyć separacja sądowa, mianowicie legalizuje i organizuje separację faktyczną, a także może stanowić etap pośredni wiodący do rozwodu¹⁴. Jednakowoż można stwierdzić, że separacja może pełnić funkcję ułatwienia małżonkom podjęcia decyzji o rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód.

Przesłanki rozwodu i separacji. Podobieństwa i różnice

Przesłanki normujące instytucję separacji, podobnie jak przy rozwodzie, przewidują – jako przesłanki materialnoprawne – przesłankę pozytywną oraz przesłanki negatywne. Nie oznacza to jednak, jak już wspomniano, że instytucje te są tożsame, wprowadzono bowiem między nimi pewne różnice.

Pierwsza różnica dotyczy przesłanki pozytywnej. Polega ona na tym, że do orzeczenia separacji wystarczy, aby rozkład pożycia małżeńskiego był zupełny. Nie wymaga się jednak, aby zerwanie więzi duchowej, fizycznej i gospodarczej było trwałe, tzn. że istnieje szansa na ponowne podjęcie wspólnego pożycia małżonków w przyszłości. W przypadku rozwodu poza zupełnością musi

¹² P. Kasprzyk, op. cit., s. 30.

¹³ Szerzej: J. Halaberda, *Separacja – wybrane zagadnienia materialnoprawne (przesłanki, skutki)*, „Rejent” 2001, nr 11(127).

¹⁴ J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991, s. 36.

istnieć trwałość tego rozkładu. Skutki rozwodu są dalej idące niż separacja, wobec tego i przesłanki jego orzeczenia muszą być bardziej rygorystyczne.

Zrezygnowanie przy orzekaniu separacji z przesłanki trwałości rozkładu pożycia małżeńskiego pozwala przyjąć, że możliwe będzie spełnienie przez separację funkcji pogodzenia małżonków, co przy trwałym rozkładzie jest mało realne. Łączenie zatem tej przesłanki z separacją skutecznie osłabia jej oddziaływanie restytucyjne¹⁵.

Druga różnica w porównaniu z przesłankami rozwodu dotyczy negatywnych przesłanek separacji. Orzeczenie separacji, podobnie jak przy rozwodzie, nie jest możliwe, jeżeli wskutek niej miałyby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków albo z innych względów orzeczenie jej byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 61¹ § 2 k.r.o.). Natomiast ustawodawca zrezygnował przy separacji z zasady rekryminacji, bowiem w przepisach o separacji nie ma odpowiednika art. 53 § 3 k.r.o., który zakazuje orzekania rozwodu na żądanie małżonka wyłącznie winnego rozkładu pożycia małżeńskiego. W tej sytuacji nie jest przeszkodą do orzeczenia separacji fakt, że żąda jej małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia.

Trzecią różnicą jest możliwość orzeczenia separacji na żądanie jednego z małżonków, jak również na ich zgodne żądanie. W pierwszej sytuacji małżonek może wnieść przeciwko drugiemu małżonkowi powództwo, a sprawa podlega rozpoznaniu w procesie. W drugim zaś wypadku małżonkowie mogą złożyć zgodny wniosek, a co za tym idzie – wspólnie podejmować starania o separację. Wniosek taki podlega wówczas rozpoznaniu w postępowaniu nieprocesowym. Dotyczy to jednak wyłącznie małżonków, którzy nie mają wspólnych małoletnich dzieci. Rozpoznając sprawę o separację w postępowaniu nieprocesowym, sąd ma obowiązek ustalić, czy między małżonkami istnieje zupełny rozkład pożycia małżeńskiego.

Skutki rozwodu i separacji. Podobieństwa i różnice

Przepisy dotyczące rozwodu, a także separacji kompleksowo regulują wszystkie istotne sprawy rodziny, takie jak: władza rodzicielska, alimenty, kwestia wspólnego zamieszkiwania małżonków, a także ustalają, która ze stron ponosi winę za rozkład pożycia małżeńskiego. W związku z odesłaniem do przepisów o rozwodzie, art. 61³ k.r.o. nakazuje w sprawach o separację zajmować się zagadnieniami wynikającymi z art. 57 i 58 k.r.o. Zatem zakres i zasady orzekania w sprawie o separację, gdy żąda jej jeden z małżonków, są takie jak w przypadku rozwodu.

¹⁵ J. Panowicz-Lipska, *Instytucja separacji w polskim prawie rodzinnym*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 10, s. 14.

Sąd w wyroku orzekającym rozwód czy separację orzekać będzie z urzędu obligatoryjnie: 1) o winie; 2) o władzy rodzicielskiej nad małoletnimi wspólnymi dziećmi; 3) o alimentach; 4) o sposobie korzystania ze wspólnego mieszkania stron.

Sąd orzeka na wniosek jednego z małżonków: 1) o eksmisji jednego z małżonków przy rażąco nagannym zachowaniu uniemożliwiającym wspólne zamieszkiwanie; 2) o podziale majątku wspólnego, jeśli nie spowoduje to zwłoki w postępowaniu.

Sąd orzeka na zgodny wniosek stron: 1) o podziale mieszkania (o ile jest to możliwe); 2) o przyznaniu mieszkania jednemu z małżonków, jeżeli drugi wyraża zgodę na opuszczenie bez dostarczenia mu lokalu zamiennego.

Reasumując, sąd w wyroku rozwodowym czy też o separację obligatoryjnie orzeka o winie, władzy rodzicielskiej, alimentach i sposobie korzystania ze wspólnego mieszkania stron. Natomiast w sprawach o separację, gdy zgłoszony zostanie zgodny wniosek małżonków, zakres rozpatrywanych zagadnień będzie węższy, bowiem wniosek taki można zgłosić, gdy małżonkowie nie mają wspólnych małoletnich dzieci. Ponadto w tym postępowaniu wyłączone jest orzeczenie o winie rozkładu pożycia. Dlatego w tym przypadku art. 58 k.r.o. ma zastosowanie jedynie w zakresie § 2 i 3, zaś art. 57 k.r.o. nie stosuje się.

Jak wynika z powyższego, z orzeczeniem separacji łączą się takie same skutki jak z rozwodem. Istnieją jednak odstępstwa od zasady, kiedy to orzeczenie separacji ma takie same skutki jak orzeczenie rozwodu. Najważniejszym skutkiem rozwodu jest ustanie małżeństwa i możliwość zawarcia innego związku małżeńskiego. Przy orzeczeniu zaś separacji małżeństwo nadal istnieje, wobec czego małżonkowie nie mogą zawrzeć kolejnego związku małżeńskiego (art. 614 k.r.o.).

Na skutek orzeczenia rozwodu ustają prawa i obowiązki określone w art. 23 k.r.o., natomiast orzeczenie separacji utrzymuje nadal obowiązek wzajemnej pomocy między małżonkami, jeżeli wymagają tego względy słuszności.

Małżonek rozwiedziony, który na skutek zawarcia związku małżeńskiego zmienił swoje dotychczasowe nazwisko, może w ciągu trzech miesięcy od daty uprawomocnienia się orzeczenia rozwodowego przez oświadczenie złożone przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego powrócić do nazwiska, które nosił przed zawarciem związku małżeńskiego (art. 59 k.r.o.). Z takiego zaś uproszczonego trybu powrotu do nazwiska nie może korzystać małżonek pozostający w separacji.

Kolejna różnica dotyczy przepisów o obowiązku dostarczaniu środków utrzymania przez jednego z rozwiedzionych małżonków drugiemu. W przypadku separacji zastrzeżone są pewne odrębności. Przepis art. 60 k.r.o. do separacji stosuje się „odpowiednio”, a nadto z wyłączeniem § 3 wspomnianej regulacji.

Jeżeli zaś chodzi o kwestię ustroju majątkowego, to została ona uregulowana w odrębnym przepisie (art. 61⁵ k.r.o.) i traktuje, że orzeczenie separacji

powoduje powstanie między małżonkami rozdzielności majątkowej. Nie ma zatem odesłania, tak jak w przypadku art. 61³ § 1 k.r.o., do unormowań rozwodu. Ustrój ten ma charakter przymusowy i nie ma możliwości wprowadzenia go ze skutkiem wstecznym.

Pozostałe skutki prawne są jednakowe dla rozwodu i separacji i powstają z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia, a nie jego wydania. Skutki te to: 1) rozdzielnosc majątkowa; 2) brak podstaw do dziedziczenia z ustawy; 3) wyłączenie małżonka z dziedziczenia w przypadku, gdy spadkodawca wystąpił o rozwód lub separację z jego winy, a żądanie to było uzasadnione (art. 940 k.c. nie znajduje zastosowania); 4) domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki urodzonego po upływie trzystu dni od orzeczenia separacji; 5) ustanie obowiązku wspólnego pożycia, brak obowiązku zachowania wierności, ustanie obowiązku wspólnego rozstrzygania o istotnych sprawach rodzinnych, przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny wynikających z art. 27 k.r.o.

Szczególne zagadnienia proceduralne

Sprawy o orzeczenie separacji z zasady należą do postępowania procesowego i toczą się na podstawie przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach małżeńskich. Postępowanie w sprawach o separację na żądanie jednego z małżonków toczy się na podstawie tych samych przepisów co rozwód. Przepisy dotyczące tych instytucji znajdują się w tym samym tytule i tych samych działach k.r.o. Postępowanie w sprawach o rozwód nie uległo zmianie na skutek wprowadzenia separacji. Jedyłą modyfikacją jest uwzględnienie w tych przepisach żądania orzeczenia separacji (art. 439 § 3 k.p.c.). Strona pozwana w sprawie o rozwód może żądać bowiem orzeczenia rozwodu bądź separacji. Dopuszczalne jest także żądanie rozwodu przez pozwanego w procesie o separację oprócz możliwości żądania separacji. Podkreślić jednak należy, że gdy toczy się postępowanie rozwodowe lub separacyjne, niemożliwe jest wszczęcie odrębnej sprawy o rozwód lub separację. Niedopuszczalne jest również powództwo wzajemne.

W razie wystąpienia kolizji żądań należy rozpoznać żądanie dalej idące i wobec tego, gdy jest ono zasadne orzec rozwód. Jeżeli orzeczenie rozwodu natomiast byłoby niedopuszczalne, możliwe będzie orzeczenie separacji. Uniemożliwienie zgłoszenia przeciwnych żądań rozwodu i separacji w tym samym postępowaniu ma być wyrazem jednakowego traktowania małżonków oraz wykazania, że separacja nie jest ograniczeniem dla rozwodu¹⁶.

O tym, do czego zobligowany jest sąd rozpoznając sprawy o rozwód czy separację w postępowaniu procesowym, stanowi art. 440 k.p.c.

¹⁶ J. Panowicz-Lipska, *Instytucja separacji...*, s. 19.

Po orzeczeniu separacji zarówno w postępowaniu procesowym, jak nieprocesowym nie ma przeszkód do wystąpienia z powództwem o rozwód, bowiem mimo orzeczenia separacji małżeństwo nadal istnieje. Sąd, rozpoznając sprawę o rozwód, gdy wcześniej orzeczono separację, będzie zobligowany do badania przesłanek wymaganych dla orzeczenia rozwodu, bowiem dla małżonków rozłączonych nie stosuje się żadnych odrębności ani ułatwień.

Sądem właściwym orzekającym w przedmiotowych sprawach, niezależnie od trybu postępowania, jest sąd okręgowy.

Jak już wspomniano, sprawy o separację mogą toczyć się w postępowaniu nieprocesowym. Przepisy regulujące to postępowanie zawarte są w księdze drugiej k.p.c w art. 567¹–567⁵.

Mianowicie, w przypadku zgodnego żądania małżonków orzeczenia separacji, gdy nie mają ono wspólnych małoletnich dzieci, wniosek taki rozpoznaje się w postępowaniu nieprocesowym. W sprawach o separację na zgodny wniosek małżonków, a także w sprawach o zniesienie separacji właściwe rzeczowo są sądy okręgowe. W sprawach tych miejscowo właściwym jest sąd, w którego okręgu małżonkowie mają wspólne zamieszkanie, a w braku takiej podstawy – sąd miejsca ich wspólnego pobytu. Jeżeli małżonkowie nie mają wspólnego miejsca zamieszkania ani pobytu, wniosek należy zgłosić w sądzie właściwym dla jednego z małżonków, zgodnie z art. 508 § 1–3 – w braku wskazanych wyżej podstaw właściwy będzie sąd dla m. st. Warszawy (art. 567¹ k.p.c.).

W sprawie o separację na zgodny wniosek małżonków oraz w sprawie o zniesienie separacji w razie cofnięcia wniosku albo wyrażenia w inny sposób braku zgody na orzeczenie separacji lub na zniesienie separacji przez któregośkolwiek z małżonków postępowanie umarza się. Przepisu art. 512 § 1 nie stosuje się po rozpoczęciu posiedzenia albo po złożeniu przez któregośkolwiek z uczestników oświadczenia na piśmie; cofnięcie wniosku jest skuteczne tylko wtedy, gdy inni uczestnicy nie sprzeciwili się temu w terminie wyznaczonym. (art. 567² § 1 k.p.c.). Zawarty w przepisie art. 567² § 1 k.p.c. ma charakter bezwzględny. Orzeczenie separacji jest możliwe jedynie wtedy, gdy małżonkowie pozostaną przy zgodnej decyzji aż do zakończenia postępowania. Cofnięcie zgody na orzeczenie separacji przez jednego z małżonków powoduje, że upada także żądanie drugiego małżonka. Sytuacja ta nie pozwala na przekazanie sprawy do trybu procesowego i dalszego rozpatrywania jej w postępowaniu spornym, zaś koniecznym będzie wytoczenie odrębnego powództwa¹⁷.

W razie śmierci jednego z małżonków postępowanie umarza się (art. 567² § 2 k.p.c.). Umorzenie postępowania jest obligatoryjne i dotyczy całego toku postępowania.

¹⁷ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz k.r.o.*, Warszawa 2002, s. 670.

Sąd wydaje postanowienie o separacji po przeprowadzeniu rozprawy (art. 567³ § 1 k.p.c.). Obowiązek wynikający z przywołanego przepisu dotyczy wszystkich postanowień orzekających co do istoty sprawy, co wyklucza możliwość rozpoznawania wniosku o separację na posiedzeniu niejawnym.

W toku postępowania sąd ma obowiązek nakłaniania małżonków do pojednania. Jeżeli pojednanie nie nastąpi, a odroczenie rozprawy nie byłoby celowe, sąd przystępuje do rozpoznania sprawy (art. 567³ § 2 k.p.c.).

Zakończenie

Mimo zbliżonej obecnie funkcji rozwodu i separacji, u ich podstaw tkwią dwie przeciwstawne zasady: nierozzerwalność węzła małżeńskiego (separacja) oraz wolność jednostki (rozwód).

Wprowadzenie do k.r.o. instytucji separacji ustawą z dnia 21 maja 1999 r. należy na pewno do ważniejszych osiągnięć legislacyjnych okresu powojennego w prawie rodzinnym. Można tak powiedzieć, gdyż wokół tej instytucji narosło wiele kontrowersji. Projektom ustawy o separacji towarzyszyło wiele emocji spowodowanych dość długą nieobecnością tej instytucji w systemie prawa polskiego. Jednak już od grudnia 1999 r. rozwód i separacja współistnieją ze sobą i małżonkowie mogą dowolnie wybierać pomiędzy tymi dwoma ustawowymi sposobami rozłączenia się.

Separację ukształtowano jako instytucję zbliżoną do rozwodu, aczkolwiek niezależną od niego i w istocie swej odmienną, głównie przez fakt, że nie powoduje ona ustania małżeństwa. Z k.r.o. wynika, że można orzec separację wówczas, gdy nastąpił zupełny rozkład pożycia małżeńskiego. Ma to miejsce wtedy, gdy ustały więzi emocjonalne, fizyczne i gospodarcze. Natomiast nie jest konieczne – jak przy rozwodzie – aby rozkład nosił znamiona trwałości. Wynika to z faktu, że trwałe rozkład pożycia małżeńskiego uniemożliwia ponowne jego podjęcie przez małżonków, natomiast, jak powyżej zostało już stwierdzone, instytucja separacji takiej możliwości nie wyklucza. Pominiecie pojęcia trwałości rozkładu pożycia w przypadku orzeczenia separacji ma zapewne służyć ewentualnemu pojednaniu małżonków. Zgodnie z przepisami k.r.o., separacja jest prawnym rozdzieleniem małżonków, które pociąga za sobą zasadniczo jednakowe skutki (jak rozwód), z tym że nie zostaje formalnie rozwiązany węzeł małżeński, ponieważ separacja pełni alternatywną funkcję wobec rozwodu. Separacja uchyla wspólnotę małżeńską, nie powodując przy tym całkowitego ustania małżeństwa, co skutkuje tym, że osoby, wobec których orzeczono separację, nie mogą zawrzeć nowego związku małżeńskiego w trakcie jej trwania.

Reasumując, należy zadać pytanie, która z tych instytucji stanowi lepsze rozwiązanie dla skonfliktowanych małżonków? Jeżeli małżeństwo i rodzina

są wielką wartością moralną i społeczną, to zdecydowanie łatwiej je odbudować po separacji niż po rozwodzie. Rozwód jest niemal zawsze nieodwracalny w stosunkach małżeńskich, separacja zaś stwarza znacznie większą nadzieję przywrócenia małżeństwa i także często spójności całej rodziny.

Instytucja separacji nie jest tak drastycznym środkiem jak rozwód. Idea separacji – z konieczności – jest wyborem mniejszego zła niż rozwód.

Wykaz literatury

- Bedełek J., Niemiałtowska G., [w:] J. Ignaczewski (red.), *Komentarz do spraw o separację*, wyd. pierwsze, Warszawa 2013, s. 15
- Bodnar A., Dąbrowska U., Ignaczewski J., Maciejowska J., Stempniak A., Śledzińska-Simon A., *Rozwód i separacja. Komentarz*, seria: *Sądowe komentarze tematyczne*, J. Ignaczewski (red.), wyd. trzecie, Warszawa 2014
- Ciepla H., Czech B., Domińczuk T., Kalus S., Piasecki K., Sychowicz M., *Komentarz k.r.o.*, Warszawa 2000.
- Ereciński T., Gudowski J., Jędrzejewska M., *Komentarz k.p.c.*, Warszawa 2002.
- Halaberda J., *Separacja – wybrane zagadnienia materialnoprawne (przesłanki, skutki)*, „Rejent” 2001, nr 11(127).
- Kasprzyk P., *Instytucja separacji małżeńskiej*, Lublin–Sandomierz 1999.
- Panowicz-Lipska J., *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991.
- Panowicz-Lipska J., *Instytucja separacji w polskim prawie rodzinnym*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 10.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.
- Winiarz J., Gajda J., *Prawo rodzinne*, wyd. drugie, Warszawa 2001.

Summary

Separation and divorce (similarities and differences)

Key words: separation, divorce, similarities, differences.

This article consists of theoretical considerations on legal issues of divorce and separation. Except for financial and legal issues that are settled in Family and Guardianship Code, legal and procedural issues are also included, while these two institutions are presented on displaying their similarities and differences.

Some doctrine statements are trying to compare separation with a divorce, pointing out pros and cons of these solutions, although, in reality, each of these institutions is completely different, has different goals, is also protecting different rights of the married ones.

Przemysław Siwior

Instytut Ochrony Środowiska Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie

ORCID: 0000-0002-1929-5094

Przemyslaw.Siwior@kobize.pl

Prawa człowieka a zmiany klimatu – perspektywa Organizacji Narodów Zjednoczonych*

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest analiza i ocena prawnomiędzynarodowego dorobku Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej jako ONZ) w zakresie łączenia praw człowieka ze zmianami klimatu oraz włączania praw człowieka do umów międzynarodowych z dziedziny ochrony klimatu przyjmowanych na forum ONZ. Zainteresowanie problematyką wzajemnych relacji pomiędzy zmianami klimatu a prawami człowieka znacznie wzrosło na całym świecie począwszy od roku 2005, kiedy to grupa Inuitów¹ mieszkających w Stanach Zjednoczonych i Kanadzie wystąpiło ze skargą do Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka przeciwko Stanom Zjednoczonym – największemu emitentowi gazów cieplarnianych. W przedmiotowej skardze Inuici zarzucili naruszenie postanowień Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka na sku-

* Artykuł powstał w wyniku realizacji projektu współfinansowanego ze środków pochodzących z Unii Europejskiej z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, realizowanego w Instytucie Ochrony Środowiska – Państwowym Instytucie Badawczym, w ramach umowy o dofinansowanie nr POIS.02.01.00.00-00-0007/17-00 z dnia 18 sierpnia 2017 r., zmienionej aneksem nr POIS.02.01.00.00-00-0007/17-01 z dnia 21 czerwca 2018 r., pod nazwą „Baza Wiedzy o zmianach klimatu i adaptacji do ich skutków oraz kanałów jej upowszechniania w kontekście zwiększania odporności gospodarki, środowiska i społeczeństwa na zmiany klimatu oraz przeciwdziałania i minimalizowania skutków nadzwyczajnych zagrożeń”.

Poglądy wyrażone w niniejszym artykule są poglądami osobistymi Autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem instytucji, w której jest on zatrudniony.

¹ Grupa rdzennych ludów zamieszkujących tereny Ameryki Północnej, Syberii oraz Grenlandii, żyjących w surowym, arktycznym klimacie. Lud ten znakomicie przystosował się do życia w ekstremalnie trudnych warunkach atmosferycznych. Tradycyjnie głównym źródłem pożywienia i surowców na odzież, namioty, łodzie są foki, morsy, wieloryby, ryby oraz karibu. Największe zagrożenie dla Inuitów stanowi wysoka emisja zanieczyszczeń docierających do terenów subpolarnych wraz z wiatrem i prądami morskimi.

tek zmian klimatu, będących – w ich ocenie – rezultatem emisji gazów cieplarnianych. Kilka lat później relacje pomiędzy zmianami klimatu a prawami człowieka stały się również przedmiotem zainteresowania Rady Praw Człowieka ONZ. W latach 2008–2016 Rada Praw Człowieka ONZ przyjęła 6 rezolucji dotyczących negatywnego wpływu zmian klimatu na korzystanie z praw człowieka. W niniejszym artykule zostaną wskazane te rezolucje, podobnie jak umowy międzynarodowe z dziedziny ochrony klimatu przyjęte na forum ONZ.

Zmiany klimatu

Tego, że klimat się zmienia, nikt już dziś praktycznie nie kwestionuje. Średnia globalna temperatura Ziemi wzrosła w okresie 1906–2005 o 0,74°C. Trend liniowy ocieplenia za ostatnie 50 lat (0,13°C na dekadę) jest prawie dwukrotnie większy niż za ostatnie 100 lat. Obserwacje satelitarne prowadzone od 1978 r. dowodzą, że średni roczny obszar lodu arktycznego zmniejsza się w tempie 2,7%. Wyraźnie zmniejsza się także obszar z sezonową pokrywą śnieżną. Zmianie uległa częstość i intensywność niektórych zjawisk pogodowych – zwiększyła się częstość występowania huraganów, powodzi, susz². Zmniejszyła się częstość dni chłodnych i mroźnych, wzrosła zaś częstość dni gorących oraz fal upałów³.

Zmiany klimatu uważane są za „główny problem naszych czasów”⁴ i za „największe wyzwanie w zakresie ochrony środowiska przed którym stoi obecnie społeczność międzynarodowa”⁵. Udowodniono w sposób naukowy, że katastrofy naturalne mają ścisły związek ze zmianami klimatu. Wnioski z badań zawarte w piątym raporcie Międzyrządowego Zespołu ds. Zmian Klimatu (ang. *Intergovernmental Panel on Climate Change* – IPCC) wskazują na bezprecedensowe tempo zmian klimatu, którego efekty bez wątpienia odczuwamy już teraz⁶.

² Obecnie susze stanowią najczęstszą przyczynę głodu na świecie, https://globalna.ceo.org.pl/sites/globalna.ceo.org.pl/files/m4_zmiany_klimatu_a_prawa_czlowieka.pdf (data dostępu: 3.12.2020)

³ IPCC [T.F. Stocker, D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex, P.M. Midgley (red.)], *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge and New York 2013, s. 1535.

⁴ D. Bodansky, *Introduction: Climate change and human rights: unpacking the issues*, „Georgia Journal of International Comparative Law” 2010, vol. 38(511), s. 512; R.S. Abate, *Climate change, the United States, and the Impacts of Arctic melting: A Case Study in the Need for Enforceable International Human Rights*, „Stanford Environmental Law Journal” 2007, vol. 26(1); M. Doelle, *Climate Change and Human Rights: The Role of the International Human Rights in Motivating States to Take Climate Change Seriously*, „Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law” 2004, vol. 1(2).

⁵ B. Lewis, *Environmental Human Rights and Climate Change. Current Status and Future Prospects*, Singapore 2018, s. 151.

⁶ IPCC, op. cit.

Prawa człowieka a zmiany klimatu

Jak już wspomniano, poczynając od roku 2005, w ostatnich latach zainteresowanie problematyką wzajemnych relacji pomiędzy zmianami klimatu a prawami człowieka znacznie wzrosło⁷. W 2005 r. 63 Inuitów zamieszkujących Stany Zjednoczone i Kanadę wystąpiło ze skargą do Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka przeciwko Stanom Zjednoczonym – największemu emitentowi gazów cieplarnianych. W skardze wymienili liczne skutki zmian klimatu, które są – w ich ocenie – efektem emisji gazów cieplarnianych, m.in. zmniejszenie dostępności do śniegu niezbędnego do budowy tradycyjnych igloo, co zmusza do używania mniej bezpiecznych i wygodnych namiotów, pojawienie się nieznanych wcześniej problemów zdrowotnych, erozja skutkująca tajeniem wiecznej zmarzliny i w rezultacie zmuszająca ich do zmiany siedzib. Inuici zarzucili USA naruszenie postanowień Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka, w tym prawa do nietykalności mieszkania i własności oraz prawa do ochrony zdrowia⁸. Wprawdzie skarga została odrzucona ze względu na brak dowodów na występowanie relacji pomiędzy globalnym ociepleniem a naruszeniami praw człowieka⁹. Doprowadziła ona jednak do prowadzenia badań nad relacjami pomiędzy prawami człowieka a zmianami klimatu na forum ONZ¹⁰.

Łączenie praw człowieka ze zmianami klimatu na forum międzynarodowym zainicjowały Malediwy¹¹, bowiem 14 listopada 2007 r. przedstawiciele

⁷ Zob. np. O. Quirico, M. Boumghar, *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective*, New York 2016; S. Duyck, S. Jodoin, A. Johl, *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, New York 2018; S. Humphreys, *Human rights and climate change*, Cambridge 2010; B. Lewis, op. cit.; S. McInerney-Lankford, M. Darrow, L. Rajamani, *Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions. A World Bank study*, Washington 2011; T. Koivurova, S. Duyck, L. Heinämäki, *Climate Change and Human Rights*, [w:] E.J. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, *Climate Change and the Law*, New York 2013, s. 287–325; J.H. Knox, *Climate Change and Human Rights Law*, „Virginia Journal of International Law” 2009, vol. 50(1); International Council on Human Rights Policy, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide*, 2008, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Submissions/136_report.pdf; O. Pedersen, *The Janus-Head of Human Rights and Climate Change: Adaptation and Mitigation*, „Nordic Journal of International Law” 2011, vol. 80(4); S. Atapattu, *Human Rights Approaches to Climate Change: Challenges and Opportunities*, New York 2015.

⁸ https://earthjustice.org/sites/default/files/library/legal_docs/summary-of-inuit-petition-to-inter-american-council-on-human-rights.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

⁹ T. Koivurova, E. Carina H. Keskitalo, N. Bankes, *Climate Governance in the Arctic*, Dordrecht 2009, s. 210.

¹⁰ Zob. M. Wagner, D.M. Goldberg, *An Inuit Petition to the InterAmerican Commission on Human Rights for Dangerous Impacts of Climate Change, 2004*, Paper presented at the 10th Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change, Buenos Aires, 15 Dec. 2004, http://www.ciel.org/Publications/COP10_Handout_EJCIEL.pdf (data dostępu: 3.12.2020); http://www.grocjusz.edu.pl/Materials/mw_k_pcz_2017-II.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

¹¹ E. Cameron, M. Limon, *Restoring the Climate by Realizing Rights: The Role of the International Human Rights Systems*, „Review of European Community & International Environmental Law” 2012, vol. 21(3), s. 205.

państw wyspiarskich w Malé na Maledwisch przyjęli Deklarację z Malé o ludzkim wymiarze globalnych zmian klimatu (ang. *Malé Declaration on the Human Dimension of Global Climate Change*)¹². Przedmiotowa deklaracja była pierwszym dokumentem przyjętym na forum międzynarodowym, w którym stwierdzono, że zmiany klimatu mają „wyraźny i bezpośredni wpływ na efektywne korzystanie z praw człowieka”, w tym m.in. prawo do życia, prawo do odpowiedniego standardu życia i prawo do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego¹³. W deklaracji wezwano Radę Praw Człowieka ONZ do zwołania w marcu 2009 r. debaty dotyczącej praw człowieka i zmian klimatu¹⁴.

W doktrynie wskazuje się, że najważniejszym powodem przyjęcia podejścia opartego na prawach człowieka (ang. *human rights-based approach*) jest brak międzynarodowego sądu ds. środowiska. Wobec braku takiego sądu oraz innego obowiązkowego mechanizmu rozstrzygania takich sporów, międzynarodowe organy ds. praw człowieka stanowią jedyną możliwość dochodzenia roszczeń w sprawach środowiskowych i praw człowieka na poziomie międzynarodowym przez jednostkę¹⁵. Perspektywa praw człowieka, koncentrująca się na prawie każdego do godnego życia, oparta na fundamentalnych zasadach równości i niedyskryminacji, wydaje się być szczególnie przydatna do zastanowienia się, jak zmiany klimatu wywierają różny wpływ na ludzi. Perspektywa ta podkreśla potrzebę międzynarodowej współpracy w celu rozwiązania problemu największego obciążenia negatywnymi skutkami zmian klimatu tych, którzy są w najmniejszym stopniu zdolni unieść ich ciężar¹⁶.

Jeśli chodzi o związek między zmianami klimatu a prawami człowieka, zasadniczo można wyróżnić dwa rodzaje relacji. Z jednej strony zmiany klimatu mają negatywny wpływ na korzystanie z praw człowieka, m.in. prawa do życia, prawa do samostanowienia, prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego, prawo do wody. Ten negatywny wpływ zmian klimatu na korzystanie z praw człowieka jest już dobrze udokumentowany w literaturze. O randze problemu świadczy wypowiedź M. Robinson, Wysokiej Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw praw człowieka w latach 1997–2002, która określiła zmiany klimatu mianem

¹² http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

¹³ A. Schapper, M. Lederer, *Introduction: Human rights and climate change: mapping institutional inter-linkages*, „Cambridge Review of International Affairs” 2014, vol. 27(4).

¹⁴ Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, 1 February 2016, A/HRC/31/52, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A%20HRC%2031%2052_E.docx (data dostępu: 3.12.2020).

¹⁵ J.H. Albers, *Human Rights and Climate Change. Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations, security and human rights*, „Security and Human Rights” 2017, no. 28, s. 118–119.

¹⁶ https://www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/docs/openingHRC_PanelHR15June2009.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

„największego zagrożenia dla praw człowieka w XXI wieku”¹⁷. Z drugiej strony realizacja inwestycji, mających na celu adaptację do zmian klimatu i prowadzenie działań mitygacyjnych mogą prowadzić do naruszeń praw człowieka, przykładowo: budowa odpowiedniej infrastruktury może wiązać się z przymusowym przesiedleniem ludności¹⁸.

Międzyrządowy Zespół ds. Zmian Klimatu (IPCC) – znaczenie i dotychczasowe osiągnięcia

IPCC to naukowe i międzyrządowe ciało doradcze z siedzibą w Genewie, utworzone w 1988 r. przez Światową Organizację Meteorologiczną (WMO) oraz Program Środowiskowy Organizacji Narodów Zjednoczonych (UNEP)¹⁹²⁰. Celem IPCC jest dostarczenie obiektywnej, naukowej informacji na temat zmiany klimatu, publikuje raporty na temat zmian klimatu, ich skutków, możliwości adaptacji i ograniczenia ocieplenia. IPCC nie dokonuje pomiarów, obserwacji oraz innego rodzaju badań. Opracowania IPCC bazują na opublikowanych wcześniej przez naukowców z całego świata artykułach naukowych²¹.

Dotychczas IPCC opublikowało 5 raportów podsumowujących, które stanowiły wszechstronny przegląd aktualnej wiedzy na temat zmiany klimatu. Raporty IPCC są wykorzystywane przy opracowywaniu krajowych i międzynarodowych programów klimatycznych oraz polityki finansowania badań zmian klimatycznych²². W swym pierwszym raporcie IPCC wskazała, że emisje gazów cieplarnianych związanych z działalnością człowieka potęgują efekt cieplarniany i spowodowały w latach 1890–1990 ocieplenie klimatu o 0,3–0,6°C. Prognozowano, że przy braku działań zmierzających do redukcji emisji gazów

¹⁷ D. Bodansky, J. Brunnée, L. Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford 2017, s. 296.

¹⁸ <https://klimada2.ios.gov.pl/akt-prawny/rezolucje-rady-praw-czlowieka-onz-dotyzace-relacji-pomiedzy-zmianami-klimatu-a-prawami-czlowieka/> (data dostępu: 3.12.2020).

¹⁹ Program Narodów Zjednoczonych do spraw Środowiska (UNEP) utworzono na podstawie rezolucji ZO 2997(XXVII) z 15 grudnia 1972 r. Rozpoczął on funkcjonowanie w styczniu 1973 r., a jego główną siedzibę usytuowano w Nairobi (Kenia). UNEP stanowi światowe forum debat i ośrodek inicjowania działań na rzecz środowiska. Do jego najważniejszych celów należy: przyczynianie się do rozwoju i upowszechniania wiedzy niezbędnej do racjonalnego i zintegrowanego gospodarowania zasobami biosfery, promowanie stosowania metod planowania rozwoju zapewniających osiąganie korzyści gospodarczych bez powodowania szkód w środowisku oraz wspieranie państw, przede wszystkim rozwijających się, we wszelkich działaniach zmierzających do ochrony i poprawy stanu środowiska.

²⁰ <https://www.ipcc.ch/about/> (data dostępu: 3.12.2020).

²¹ IPCC, *The IPCC and the Sixth Assessment cycle*, 2017, https://www.ipcc.ch/pdf/ar6_material/AC6_brochure_en.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

²² https://unfccc.int/resource/ed_roms/soge/start.htm (data dostępu: 3.12.2020).

cieplarnianych średnia temperatura w XXI w. ulegnie zwiększeniu w tempie ok. 0,3°C/10 lat²³.

Rezolucje Rady Praw Człowieka ONZ dotyczące relacji pomiędzy zmianami klimatu a prawami człowieka

Zauważając negatywny wpływ zmian klimatu na prawa człowieka, Rada Praw Człowieka ONZ²⁴ (dalej jako Rada) w latach 2008–2016 przyjęła 6 rezolucji, począwszy od bardziej ogólnych, a kończąc na rezolucjach o charakterze bardziej szczegółowym:

1) Rezolucja 7/23²⁵ z 28 marca 2008 r. – Rada stwierdziła, że zmiany klimatu „stanowią bezpośrednie i daleko sięgające zagrożenie dla ludzi i wspólnot na całym świecie” oraz zwróciła się do Biura Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Praw Człowieka (ang. OHCHR – *Office of High Commissioner for Human Rights*) z prośbą o przygotowanie badania dotyczącego relacji pomiędzy zmianami klimatu a prawami człowieka.

2) Rezolucja 10/4²⁶ z 25 marca 2009 r. – Rada wskazała, że „konsekwencje zmian klimatu mają zarówno bezpośredni, jak i pośredni wpływ na rzeczywiste korzystanie z praw człowieka i będą odczuwane najbardziej dotkliwie przez te grupy ludności, które już teraz znajdują się w trudnej sytuacji”.

3) Rezolucja 18/22²⁷ z 30 września 2011 r. – Rada zaakcentowała, że zobowiązania odnoszące się do praw człowieka oraz standardy i zasady w zakresie praw człowieka mają potencjał, by wzmocnić tworzenie międzynarodowych oraz krajowych polityk w obszarze zmian klimatu, promując spójność polityki, legitymizację oraz trwałe wyniki.

4) Rezolucja 26/27²⁸ z 15 lipca 2014 r. – Rada wskazała na konieczność wzmocnienia przez wszystkie państwa międzynarodowego dialogu oraz współpracy, by zająć się negatywnym wpływem zmian klimatu na korzystanie z praw człowieka, w tym z prawa do rozwoju. Wezwała również do dialogu, budowania potencjału, mobilizacji zasobów finansowych, transferu technologii

²³ https://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_ipcc_90_92_assessments_far.shtml (data dostępu: 3.12.2020).

²⁴ Rada Praw Człowieka ONZ (ang. *United Nations Human Rights Council*) jest organem pomocniczym Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Została utworzona w 2006 r. na mocy postanowień rezolucji 60/251 Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 15 marca 2006 r. i zastąpiła Komisję Praw Człowieka funkcjonującą od 1946 r. Rada liczy 47 państw-członków. W dniu 18 października 2019 r., Polska została wybrana w głosowaniu w Zgromadzeniu Ogólnym ONZ do Rady Praw Człowieka na kadencję obejmującą lata 2020 – 2022. Dotychczas Polska była członkiem Rady w latach 2006-2007 oraz 2011-2013, a w trakcie drugiej kadencji przez rok przewodnictwo w Radzie sprawował ambasador R. Henczel.

²⁵ https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/7/23 (data dostępu: 3.12.2020).

²⁶ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/10/4 (data dostępu: 3.12.2020).

²⁷ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/18/22 (data dostępu: 3.12.2020).

²⁸ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/27 (data dostępu: 3.12.2020).

i innych form współpracy, by ułatwić adaptację do zmian klimatu i mitygację w celu spełnienia szczególnych potrzeb krajów rozwijających się.

5) Rezolucja 29/15²⁹ z 22 lipca 2015 r. – Rada zaakcentowała konieczność dalszego zainteresowania się szkodliwymi skutkami zmian klimatu przez społeczność międzynarodową i wezwała do przeprowadzenia dyskusji panelowej i badań analitycznych poświęconych negatywnemu wpływowi zmian klimatu na korzystanie z prawa do zdrowia.

6) Rezolucja 32/33 z 18 lipca 2016 r. – Rada wezwała do włączenia praw człowieka do działań mitygujących i adaptacyjnych oraz zaapelowała o przeprowadzenia dyskusji panelowej dotyczącej negatywnego wpływu zmian klimatu na korzystanie z praw dziecka³⁰.

Rada Praw Człowieka ONZ zajęła się problemem wpływu zmian klimatu na prawa człowieka również w ramach prac nad rezolucjami zatytułowanymi „Prawa człowieka a środowisko”, w szczególności rezolucjami nr 16/11³¹ z 2011 r., nr 19/10³² z 2012 r., nr 25/21³³ z 2014 r. oraz nr 28/11³⁴ z 2015 r.

Dostrzeżenie przez Radę Praw Człowieka ONZ problemu zagrożeń, które zmiany klimatu i ich zwalczanie niosą dla poszanowania praw człowieka, ma bez wątpienia ogromne znaczenie dla rozwoju prawa klimatycznego. Rada cieszy się autorytetem, a poruszane przez nią zagadnienia są lepiej rozumiane, co wiąże się ze wzrostem ogólnego zainteresowania daną kwestią. Należy oczekiwać, że prawo międzynarodowe, a w dalszej kolejności prawo regionalne i krajowe będą systematycznie zmierzały w kierunku dalszego łączenia praw ze zmianami klimatu³⁵.

Ponadto 15 czerwca 2009 r. w Genewie odbyła się 11 sesja Rady Praw Człowieka, podczas której Kang Kyung-wha, ówczesna zastępca Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, wskazała, że „zmiany klimatu nie są tylko powiązane z czynnikami środowiskowymi, ale także z ubóstwem, dyskryminacją, dlatego też zmiany klimatu są też zagadnieniem praw człowieka”. Kang Kyung-wha stwierdziła, że każde nowe porozumienie dotyczące zmian klimatu powinno być „sprawiedliwe i zrównoważone”³⁶. Ponadto zwróciła uwagę, że – jak wskazuje badanie Biura Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka – przepisy praw człowieka uzupełniają Konwencję

²⁹ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/29/15 (data dostępu: 3.12.2020).

³⁰ <https://klimada2.ios.gov.pl/akt-prawny/rezolucje-rady-praw-czlowieka-onz-dotyczace-relacji-pomiedzy-zmianami-klimatu-a-prawami-czlowieka/> (data dostępu: 3.12.2020).

³¹ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/16/11 (data dostępu: 3.12.2020).

³² http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/19/10 (data dostępu: 3.12.2020).

³³ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/25/21 (data dostępu: 3.12.2020).

³⁴ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/28/11 (data dostępu: 3.12.2020).

³⁵ <https://klimada2.ios.gov.pl/akt-prawny/rezolucje-rady-praw-czlowieka-onz-dotyczace-relacji-pomiedzy-zmianami-klimatu-a-prawami-czlowieka/> (data dostępu: 3.12.2020).

³⁶ https://globalna.ceo.org.pl/sites/globalna.ceo.org.pl/files/m4_zmiany_klimatu_a_prawa_czlowieka.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

klimatyczną w jednym, ważnym aspekcie, mianowicie: wyraźnie uwypuklają negatywne skutki zmian klimatu, odczuwane są nie tylko przez państwa i ich gospodarki, lecz przede wszystkim przez jednostki oraz społeczności³⁷.

Konwencja klimatyczna a prawa człowieka i zmiany klimatu

Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu sporządzona została w Nowym Jorku 19 maja 1992 r. (dalej jako Konwencja klimatyczna)³⁸. Określa ona ramy współpracy międzyrządowej, mającej na celu sprostanie wyzwaniom zmian klimatu. Podstawowym celem Konwencji jest doprowadzenie, zgodnie z jej właściwymi postanowieniami, do ustabilizowania koncentracji gazów cieplarnianych w atmosferze na poziomie, który zapobiegałby niebezpiecznej antropogenicznej ingerencji w system klimatyczny. Dla uniknięcia zagrożenia produkcji żywności i dla umożliwienia zrównoważonego rozwoju ekonomicznego poziom taki powinien być osiągnięty w okresie wystarczającym do naturalnej adaptacji ekosystemów do zmian klimatu. Konwencja określa ogólne zasady, jakimi jej strony powinny się kierować w działaniach zmierzających do osiągnięcia celu Konwencji i wprowadzenia w życie jej postanowień, a także nakłada na strony konkretne obowiązki. Sygnatariuszami Konwencji jest 197 państw oraz Unia Europejska. Brak jest jednak w przedmiotowej konwencji jakichkolwiek postanowień dotyczących praw człowieka.

Protokół z Kioto a prawa człowieka i zmiany klimatu

Protokół z Kioto o Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (dalej jako protokół) uzupełnia Ramową konwencję Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu³⁹. Traktat ten przyjęto po długich negocjacjach podczas 3 sesji Konferencji Stron Konwencji (COP3) w Kioto 11 grudnia 1997 r., a wszedł w życie dopiero 16 lutego 2005 r., po uzyskaniu wymaganej liczby ratyfikacji⁴⁰. Stronami Protokołu są obecnie 192 państwa⁴¹.

³⁷ https://www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/docs/openingHRC_PanelHR15June2009.pdf (data dostępu: 3.12.2020).

³⁸ Dz.U. z 1996 r., Nr 53, poz. 238 z późn. zm.

³⁹ <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20052031684> (data dostępu: 3.12.2020).

⁴⁰ Art. 25 ust. 1 Protokołu: „Niniejszy protokół wchodzi w życie dziewięćdziesiątego dnia od daty, w której nie mniej niż 55 Stron Konwencji, obejmujących Strony wymienione w załączniku I, których emisje wynoszą co najmniej 55% całkowitych emisji dwutlenku węgla w 1990 r. Stron wymienionych w załączniku I, złoży dokumenty ratyfikacji, zatwierdzenia, przyjęcia lub przystąpienia”.

⁴¹ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-a&chapter=27&clang=_en#1 (data dostępu: 3.12.2020).

Na mocy art. 3 Protokołu, państwa wymienione w załączniku B do Protokołu – państwa rozwinięte (m.in. Wielka Brytania, Australia, Niemcy, Francja, Szwecja, Norwegia, Holandia) oraz państwa będące w procesie transformacji do gospodarki rynkowej (m.in. Polska, Bułgaria, Węgry, Czechy, Rosja, Ukraina, Rumunia, Litwa) zobowiązały się zredukować indywidualnie lub wspólnie w latach 2008–2012⁴² antropogeniczne emisje gazów cieplarnianych wymienionych w załączniku A do Protokołu⁴³, wyrażonych w ekwiwalencie dwutlenku węgla o przynajmniej 5% w stosunku do roku 1990. Państwa–strony wymienione w załączniku I do Konwencji, które znajdowały się w procesie przechodzenia do gospodarki rynkowej, mogły przyjąć jako rok bazowy datę inną niż rok 1990. Również w przedmiotowym Protokole brak jest jakichkolwiek postanowień dotyczących praw człowieka⁴⁴.

Porozumienie paryskie a prawa człowieka i zmiany klimatu

Porozumienie paryskie⁴⁵ zostało przyjęte w Paryżu 12 grudnia 2015 r., a weszło w życie 4 listopada 2016 r.⁴⁶ Jest trzecią umową międzynarodową z dziedziny ochrony klimatu po Konwencji klimatycznej i Protokole z Kioto do tej konwencji. Zarówno Protokół z Kioto, jak i Porozumienie paryskie funkcjonują w ramach prawnych Konwencji klimatycznej. Obecnie 189 państw jest stronami Porozumienia paryskiego⁴⁷.

Zgodnie z art. 2 Porozumienia paryskiego, jego celem jest wzmocnienie wdrażania Konwencji klimatycznej i dążenie do intensyfikacji globalnej odpowiedzi na zagrożenie związane ze zmianami klimatu, w kontekście zrównoważonego rozwoju i wysiłków na rzecz likwidacji ubóstwa, między innymi poprzez:

– ograniczenie wzrostu średniej temperatury globalnej do poziomu znacznie niższego niż 2°C powyżej poziomu przedindustrialnego oraz podejmowanie wysiłków mających na celu ograniczenie wzrostu temperatury do 1,5°C powyżej poziomu przedindustrialnego, uznając, że to znacząco zmniejszy ryzyka związane ze zmianami klimatu i ich skutki;

⁴² Tzw. pierwszy okres rozliczeniowy.

⁴³ Są to następujące gazy cieplarniane: dwutlenek węgla (CO₂), metan (CH₄), podtlenek azotu (N₂O), fluorowęgłowodory (HFC), perfluorowęgłowodory (PFC), sześćiofluorek siarki (SF₆).

⁴⁴ <https://klimada2.ios.gov.pl/akt-prawny/protokol-z-kioto-do-ramowej-konwencji-narodow-jednoczonych-w-sprawie-zmian-klimatu-sporzadzony-w-kioto-dnia-11-grudnia-1997-r/> (data dostępu: 3.12.2020).

⁴⁵ Dz.U. z 2017 r., poz. 36 z późn. zm.

⁴⁶ <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification> (data dostępu: 3.12.2020).

⁴⁷ https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280458f37&clang=_en (data dostępu: 3.12.2020).

– zwiększenie zdolności do adaptacji do negatywnych skutków zmian klimatu oraz wspieranie odporności na zmiany klimatu i rozwoju związanego z niską emisją gazów cieplarnianych w sposób niezagrażający produkcji żywności, a także

– zapewnienie spójności przepływów finansowych ze ścieżką prowadzącą do niskiego poziomu emisji gazów cieplarnianych i rozwoju odpornego na zmiany klimatu.

Prawa człowieka nie były kwestią kluczową podczas konferencji klimatycznej w Paryżu (COP21) w grudniu 2015 r., w trakcie której przyjęto Porozumienie paryskie. Zobowiązanie do poszanowania praw człowieka przy podejmowaniu działań dotyczących zmian klimatu znalazło się wyłącznie w preambule do Porozumienia paryskiego. Zgodnie z preambułą, „strony, podejmując działania dotyczące zmian klimatu, powinny respektować, promować i uwzględnić swoje odpowiednie zobowiązania dotyczące praw człowieka, prawa do zdrowia (...)”. Należy zauważyć, że stwierdzenie to nie ma odpowiednika w Konwencji klimatycznej ani w Protokole z Kioto. Jego umieszczenie w Porozumieniu paryskim jest w dużej mierze efektem działalności organizacji pozarządowych⁴⁸. W preambule znalazło się również stwierdzenie, że zmiany klimatu stanowią wspólny problem ludzkości. Ponadto słusznie podkreślono, że państwa–strony mogą odczuwać skutki nie tylko zmian klimatu, lecz również skutki działań podejmowanych w reakcji na te zmiany. Trzeba jednak zaznaczyć w tym miejscu, że preambuła umowy międzynarodowej nie może nakładać obowiązków na państwa–strony ani przyznawać praw.

Niektórzy uczestnicy konferencji klimatycznej wzywali do włączenia postanowień dotyczących praw człowieka do artykułu 2 Porozumienia paryskiego określającego cel tej umowy międzynarodowej⁴⁹. Jednakże inni zwolennicy podkreślenia roli praw człowieka w walce ze zmianami klimatu byli bardziej niechętni do poparcia odwołania do praw człowieka w art. 2 uważając, że traktat z zakresu zmian klimatu powinien mieć jasny „cel klimatyczny”, nie cel związany z poszanowaniem praw człowieka⁵⁰. Ponadto takie postanowienie mogłoby być uznane za nakładanie nowych obowiązków w zakresie praw człowieka w kontekście zmian klimatu, co spotkałoby się ze sprzeciwem m.in. Chin i państw Bliskiego Wschodu, które nie ratyfikowały wszystkich podstawowych umów międzynarodowych z zakresu praw człowieka⁵¹.

⁴⁸ B. Mayer, *Human Rights in the Paris Agreement*, „Climate Law” 2016, vol. 6, s. 109.

⁴⁹ Np. Climate Action Network: „Prawa człowieka muszą być włączone do części normatywnej (w szczególności art. 2) Porozumienia paryskiego, jako instrument ochrony praw ludzi i społeczności, które są najbardziej narażone i jednocześnie najmniej odpowiedzialne za zmiany klimatu”.

⁵⁰ B. Mayer, op. cit., s. 111.

⁵¹ B. Mayer, op. cit., s. 115.

Wnioski

Biorąc pod uwagę fakt, że zobowiązanie do poszanowania praw człowieka przy podejmowaniu działań dotyczących zmian klimatu zostało umieszczone w Porozumieniu paryskim, należy oczekiwać, że prawa człowieka będą włączane do umów międzynarodowych w sprawie zmian klimatu oraz że w najbliższym czasie Rada Praw Człowieka ONZ będzie przyjmować kolejne rezolucje o bardziej szczegółowym charakterze dotyczące zmian klimatu i praw człowieka.

Nie ulega wątpliwości, że to właśnie wspomniane Porozumienie paryskie stanowi najważniejszy krok w zakresie włączania praw człowieka do umów międzynarodowych z dziedziny ochrony klimatu przyjmowanych na forum ONZ. Jednakże jego postanowienia w zakresie praw człowieka są dość ogólne i znajdują się wyłącznie w preambule.

Mimo to można oczekiwać, że krajowe postępowania sądowe będą oparte lub będą odwoływać się do przywołanych postanowień Porozumienia paryskiego, znajdujących się w preambule, dotyczących konieczności poszanowania praw człowieka przy realizacji działań dotyczących zmian klimatu.

Dalsze negocjacje państw–stron Porozumienia paryskiego będą jednak konieczne, tak aby nadać tym postanowieniom znajdującym się w preambule precyzyjne, konkretne znaczenie. Konieczne wydaje się zwłaszcza zagwarantowanie, że międzynarodowe dofinansowywane projekty mitygacyjne nie będą pozbawione należytych gwarancji poszanowania praw człowieka przy ich realizacji. Na razie wpływ Porozumienia paryskiego na poszanowanie praw człowieka przy podejmowaniu działań dotyczących zmian klimatu wydaje się być bardzo ograniczony.

Wykaz literatury

- Abate R.S., *Climate change, the United States, and the Impacts of Arctic melting: A Case Study in the Need for Enforceable International Human Rights*, „Stanford Environmental Law Journal” 2007, vol. 26(1).
- Albers J.H., *Human Rights and Climate Change. Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations, security and human rights*, „Security and Human Rights” 2017, no. 28.
- Atapattu S., *Human Rights Approaches to Climate Change: Challenges and Opportunities*, Routledge, New York 2015.
- Bodansky D., Brunnée J., Rajamani L., *International Climate Change Law*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Bodansky D., *Introduction: Climate change and human rights: unpacking the issues*, „Georgia Journal of International Comparative Law” 2010, vol. 38(511).
- Cameron E., Limon M., *Restoring the Climate by Realizing Rights: The Role of the International Human Rights Systems*, „Review of European Community & International Environmental Law” 2012, vol. 21(3).

- Doelle M., *Climate Change and Human Rights: The Role of the International Human Rights in Motivating States to Take Climate Change Seriously*, „Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law” 2004, vol. 1(2).
- Duyck S., Jodoin S., Johl A., *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Routledge, New York 2018.
- Humphreys S., *Human rights and climate change*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- International Council on Human Rights Policy, *Climate Change and Human Rights: A Rough Guide*, 2008, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/Submissions/136_report.pdf.
- IPCC [Stocker T.F., Qin D., Plattner G.-K., Tignor M., Allen S.K., Boschung J., Nauels A., Xia Y., Bex V., Midgley P.M. (red.)], *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, Cambridge and New York 2013.
- IPCC, *The IPCC and the Sixth Assessment cycle*, 2017, https://www.ipcc.ch/pdf/ar6_material/AC6_brochure_en.pdf.
- Knox J.H., *Climate Change and Human Rights Law*, „Virginia Journal of International Law” 2009, vol. 50(1).
- Koivurova T., Duyck S., Heinämäki L., *Climate Change and Human Rights*, [w:] E.J. Hollo, K. Kulovesi, M. Mehling, *Climate Change and the Law*, Springer, New York 2013.
- Koivurova T., Carina E., Keskitalo H., Bankes N., *Climate Governance in the Arctic*, Springer, Dordrecht 2009.
- Lewis B., *Environmental Human Rights and Climate Change. Current Status and Future Prospects*, Springer Nature, Singapore 2018.
- Mayer B., *Human Rights in the Paris Agreement*, „Climate Law” 2016, no. 6.
- McInerney-Lankford S., Darrow M., Rajamani L., *Human Rights and Climate Change: A Review of the International Legal Dimensions. A World Bank study*, World Bank, Washington 2011.
- Pedersen O., *The Janus-Head of Human Rights and Climate Change: Adaptation and Mitigation*, „Nordic Journal of International Law” 2011, vol. 80(4).
- Quirico O., Boumghar M., *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective*, Routledge, New York 2016.
- Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, 1 February 2016, A/HRC/31/52, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A%20HRC%2031%2052_E.docx.
- Schapper A., Lederer M., *Introduction: Human rights and climate change: mapping institutional inter-linkages*, „Cambridge Review of International Affairs” 2014, vol. 27(4).
- Wagner M., Goldberg D.M., *An Inuit Petition to the InterAmerican Commission on Human Rights for Dangerous Impacts of Climate Change*, 2004, Paper presented at the 10th Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change, Buenos Aires, 15 Dec. 2004, http://www.ciel.org/Publications/COP10_Handout_EJCIEL.pdf.

Summary

Human rights and climate change – the UN perspective

Key words: climate change, human rights, United Nations, resolutions, Paris Agreement.

This article aims to analyse the UN acquis in the area of climate change and human rights and the inclusion of provisions on human rights in international agreements on climate change adopted within the UN.

For this purpose, the utmost attention is given to the Human Rights Council resolutions on climate change and human rights adopted between 2008–2016 and the Paris Agreement.

The Author of the article concludes that the Paris Agreement constitutes a step forward towards the promotion of the inclusion of provisions on human rights in international agreements on climate change. However, its provisions on human rights contained in the preamble are mostly vague. Further negotiations are necessary to give precise, concrete meaning to the purposes set out therein. Most notably, steps are necessary to ensure that international funding for mitigation projects does not lead to projects without adequate human rights safeguards. As so far its direct impact on the protection of human rights in climate action seems very limited.

Tetyana Subina

Uniwersytet Państwowej Fiskalnej Służby Ukrainy w Irpinii, Ukraina

ORCID: 0000-0001-7806-7828

subinatv@ukr.net

Janusz Orłowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-0345-9103

janusz.orlowski@op.pl

Правила налогообложения в украинском законодательстве

1. Конституция Украины является основным Законом Украины, в котором закреплено основные положения о принципах регулирования в сфере налогообложения. А также в ней закреплён целый ряд норм-принципов, которые определяют фундамент законодательного воздействия на налоговые отношения и содержат предписания, на которые должно опираться все налоговое законодательство¹.

Она является основным источником законодательного регулирования отношений в сфере налогообложения, осуществляет реализацию принципов деятельности субъектов налоговых отношений.

Нормативно-правовым актом является Налоговый кодекс Украины², который регулирует отношения налогообложения и определяет общие положения функционирования налоговой системы, регулирует администрирование налогов, сборов, платежей и механизм их уплаты, определяет ответственность за нарушение налогового законодательства и тому подобное.

¹ Ст. 15. Конституции Украины от 15 мая 2014 года (Официальный вестник Украины №72, пункт 1, 2010), стр. 15. Согласно Статии 8 Конституции: „В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується”.

² Податковий кодекс України станом на 01.01.2018 г. з урахунок внесених змін і доповнень, Издательство ДП «СВЦ», Киев 2018, стр. 400.

Виктория Чайка отмечает, что нормы Конституции Украины в качестве источника налогового права можно условно разделить на две группы:

1) общие нормы, которые являются основой для регулирования всех видов экономических отношений в государстве (то есть это нормы, которые косвенно регулируют налоговые отношения, оказывают косвенное влияние на них),

2) специальные нормы, которые прямо (непосредственно) регулируют налоговые отношения и определяют основополагающие принципы деятельности субъектов таких отношений³.

Можно уточнить: В.М. Шаповал отмечает, что принципы общества есть основными положениями социально-экономической организации и государственно-политического устройства, воплощенные в самой конституции, что содержат и устанавливают общее направление и наиболее существенные черты всех конституционно-правовых регулирующих норм⁴.

Б. В. Щетинин считал, что основные принципы конституции – это не только принципы государственного права, но и принципы всех других отраслей права, видя в этом их особенность как основных, в отличие от других принципов, закреплённых в конституции, так называемых «отраслевых»⁵.

Целиком поддерживаем мнение А. А. Величко: принципы налогового права наравне с принципами налогового законодательства являются частью принципов налогообложения, они несут разное содержательное наполнение. Последнее объясняется тем, что принципы налогового права являются основными положениями правовой теории и определяют правовую сущность налоговой системы. В то же время принципы налогового законодательства являются своеобразными регуляторами процесса применения налоговых норм в практической деятельности налогоплательщиков, налоговых органов и других субъектов налоговых правоотношений⁶.

³ В. Чайка, *Податкове право та конституційне: точки доступу*, „Jurnalul juridic national: teorie și practică” 2015, № 1, с. 75–79.

Ст. 76 Конституции Украины.

⁴ В. Шаповал, *Конституційні принципи (принципи конституції) як категорія науки конституційного права буржуазних країн*, Вестник Киевского университета имени Тараса Шевченко, Экономика №31, Киев 1990, с. 85.

⁵ Б.В. Щетинин, *Проблемы теории советского государственного права*, «Юридическая литература», Москва 1969, с. 138.

Обсуждение позиций в науке по данной теме, также в белорусской правовой системе, [в:] А.А. Пилипенко, *Финансовое право. Учебное пособие*, Книжный Дом, Минск 2007, с. 283–299.

⁶ А. Величко, *Щодо особливостей співвідношення понять «принципи оподаткування», «принципи податкового права», «принципи податкового законодавства»*, Правовые горизонты / Legal horizons, 2016, с. 72–77. Ст. 76 Конституции Украины.

2. Налоговый кодекс Украины выступает основным законодательным актом, регулирующим отношения налогообложения, налоговую систему в целом, ее основы, элементы правового механизма налога. В этом акте сочетаются материальные и процессуальные стороны регулирования налоговой системы, все аспекты взимания налогов и сборов⁷. Он закрепляет в статье 4: «Основные принципы налогового законодательства», где пункте 4.1 пункта 4, 1, 11 определено весь перечень и общее представление о содержании принципов, которые формируют регулирование отношений в сфере налогообложения, а также ряд исходных положений, которым должно отвечать законодательное регулирование взимания налогов, сборов и платежей в Украине⁸.

Налоги, сборы и платежи в совокупности представляют собой поступления в бюджеты и составляют налоговую систему Украины. В Налоговом кодексе Украины *универсальность налогообложения* стоит на первом месте среди других принципов, а именно *всеобщность налогообложения* (каждое лицо обязано уплачивать установленные настоящим Кодексом, законами по вопросам таможенного дела налоги и сборы, плательщиком которых она определяется)⁹. Данный принцип соответствует Конституции Украины, а именно в ст. 67: *каждый обязан платить налоги и сборы в порядке и размерах, установленных законом*. Все граждане ежегодно подают в налоговые инспекции по месту жительства декларации о своем имущественном состоянии и доходах за прошлый год в порядке, установленном законом¹⁰.

В Конституции Украины закреплён принципиальный подход к императивным принципам регулирования отношений налогообложения, обеспечивающих реализацию именно обязанности, а не обязательства налогоплательщика. Формально юридическим основанием возникновения такой обязанности является наличие подобного предписания в Налоговом кодексе, таможенном законодательстве (в случаях налогообложения операций по перемещению товаров через таможенную границу Украины) и законов по вопросам налогообложения. Закреплением этого принципа подчеркиваются два важных вывода.

Во-первых всеобщность налогообложения базируется на исполнении обязанности, а не регулировании отношений в рамках обязательства, которое порождает встречные права и обязательства противоположной стороны.

⁷ По общественность: М. Азаров (ред.), *Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України*, ООО «Новий друк», Киев 2010, Т. 1, с. 14.

⁸ По общественность: М. Азаров (ред.), *Податкова система України, Навчальний посібник України*, ООО «Новий друк», Киев 2011, с. 14.

⁹ По общественность: М. Азаров (ред.), *Науково-практичний коментар до Податкового кодексу...*, с. 20.

¹⁰ *Конституція України*, Центр учебной литературы, Киев 2019, с. 18.

Во-вторых, подобная обязанность может возникать только в отношении установленных налогов, сборов, платежей, какие законодательно определены и закреплены в соответствии с четкой процедурной формой¹¹.

Следующим основным принципом налогового законодательства Украины является *равенство всех плательщиков перед законом*, недопущение любых проявлений налоговой дискриминации – обеспечение одинакового подхода ко всем налогоплательщикам независимо от социальной, расовой, национальной, религиозной принадлежности, формы собственности юридического лица, гражданства физического лица, места происхождения капитала¹². Указанный принцип также обеспечивает реализацию и соблюдение основ конституционного строя. Конституция Украины в статье 24 определяет, что граждане имеют равные конституционные права и свободы и равны перед законом. Не может быть привилегий или ограничений по признакам расы, цвета кожи, политических, религиозных и других убеждений, пола, этнического и социального происхождения, имущественного состояния, местожительства, по языковым или другим признакам¹³.

Налоговый кодекс Украины раскрывает следующий принцип – это неотвратимость наступления определенной законом ответственности в случае нарушения налогового законодательства¹⁴. За нарушение налогового законодательства может наступать финансово-правовая ответственность, административная, дисциплинарная и уголовная ответственность. В Конституции Украины в статье 8, указано, что в Украине признается и действует принцип верховенства права. В частности, Конституция Украины имеет высшую юридическую силу. Законы и другие нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции Украины и должны соответствовать ей, являются нормами прямого действия. Обращение в суд для защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина непосредственно на основании Конституции Украины гарантируется¹⁵.

Пунктом 4.1.4. ст. 4 раскрывается следующий принцип это – *презумпция правомерности решений плательщика налога* в случае, если норма закона или другого нормативно-правового акта, изданного на основании закона, или если нормы разных законов или разных нормативно-правовых актов допускают неоднозначную (множественную) трактовку прав и обязанностей налогоплательщиков или контролирующих органов,

¹¹ По общественность: М. Азаров (ред.), *Податкова система України*, с. 15.

¹² *Податковий кодекс України*, Центр учебной литературы, Киев 2019, с. 7.

¹³ *Конституція України...*, с. 8.

¹⁴ *Податковий кодекс України ...*, с. 7.

¹⁵ *Конституція України ...*, с. 6.

вследствие чего есть возможность принять решение в пользу как налогоплательщика, так и контролирующего органа. Принцип объединения интересов государства, органов местного самоуправления и налогоплательщика, в правовом регулировании налогообложения является тем юридическим принципом, который органично присущ любой налоговой системе и любой системе налогового законодательства. Принцип вытекает из совокупности норм Конституции Украины, налоговых и других нормативных актов. Данный принцип предполагает неравенство субъектов налогообложения. В частности их неравенство проявляется в неравноправном положении налогоплательщиков при взыскании недоимок и штрафов и возврата переплаченных сумм налогов из бюджета. При этом право налогоплательщика на защиту переплетается с презумпцией невиновности¹⁶.

Фискальная достаточность является 5 принципом Налогового кодекса Украины. Фискальная достаточность – это установление налогов и сборов с учетом необходимости достижения сбалансированности расходов бюджета с его поступлениями. В ст. 1 Конституции Украины говорится: «Украина есть суверенное и независимое, демократическое, социальное, правовое государство».

В решении от 17 марта 2005 Конституционный Суд Украины выражает мнение, что социальное государство обязано соответствующим образом регулировать экономические процессы, устанавливать и применять справедливые и эффективные формы перераспределения общественного дохода с целью обеспечения благосостояния всех граждан. Одним из средств перераспределения общественного дохода с целью обеспечения благосостояния всех граждан есть предписания налогового и бюджетного законодательства. В частности, для обеспечения баланса такого перераспределения существует принцип фискальной достаточности¹⁷.

Принцип фискальной достаточности тесно связан с принципом социальной справедливости. Можно отметить зависимость налоговой базы от повышения ставок налога, а также зависимость бюджетных доходов от налогового бремени.

Социальная справедливость – это установление налогов и сборов в соответствии с платежеспособностью налогоплательщиков¹⁸.

Так, в ст. 61 Конституции Украины идея справедливости воплощается в положениях, которые предусматривают невозможность привле-

¹⁶ М. Кучерявенко, *Податкове право. Учебник*, Харьков 2012, с. 139.

¹⁷ *Принцип фискальної достатності у податковому законодавстві України*, Електронний ресурс, 2014, Режим доступа к ресурсу: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/26483/1/10-46-50.pdf>.

¹⁸ *Конституція України...*, с. 17.

чения дважды к юридической ответственности одного вида за одно и то же правонарушение. Такая связанность неизбежно приводит к выделению справедливости в правотворчестве и справедливости в судопроизводстве. И если с первой, все более или менее понятно, то со второй необходимо разбираться подробнее.

При рассмотрении вопросов посвященных исследованию принципа справедливости, однозначно на себя обращает внимание налогообложение пенсий в Украине. При рассмотрении данного вопроса необходимо более системно и детально проанализировать нормы Конституции Украины. В соответствии со ст. 46 Конституции Украины граждане имеют право на социальную защиту, в том числе право на обеспечение их в случае полной, частичной или временной потери трудоспособности, потери кормильца, безработицы по независящим от них обстоятельствам, а также в старости и в других случаях, предусмотренных законом. Это право гарантируется общеобязательным государственным социальным страхованием за счет страховых взносов граждан, предприятий, учреждений и организаций, а также бюджетных и других источников социального обеспечения; созданием сети государственных, коммунальных, частных учреждений для ухода за нетрудоспособными. Пенсии, другие виды социальных выплат и пособий, являющиеся основным источником существования, должны обеспечивать уровень жизни не ниже прожиточного минимума, установленного законом.

Интересным аспектом налогообложения пенсий в Украине может быть использование соответствующей эмпирической базы по этому вопросу. Так, в п. 3.2 Решения Конституционного Суда Украины от 9 июля 2007 № 6- рп/2007 указано: «утверждая и обеспечивая права и свободы граждан, государство отдельными законами Украины установило определенные социальные льготы, компенсации и гарантии, которые являются составляющей конституционного права на социальную защиту и юридическими средствами осуществления этого права, а потому в соответствии с частью второй ст. 6, ч. 2 ст. 19 ч. 1 ст. 68 Конституции Украины они являются общеобязательными, в одинаковой степени должны соблюдаться органами государственной власти, местного самоуправления, их должностными лицами. Невыполнение государством своих социальных обязательств в отношении отдельных лиц ставит граждан в неравные условия, подрывает принцип доверия лица к государству, что закономерно приводит к нарушению принципов социального, правового государства¹⁹.

¹⁹ Д.С. Винцова, *Співвідношення принципів фінансової достатності та економічності оподаткування*, электронный ресурс, / Д.С. Винцова, 2015, режим доступа к ресурсу, https://kneu.edu.ua/userfiles/d-26.006.09/2016/vincova_diss.pdf.

Следующим принципом является *экономичность налогообложения* – это установление налогов и сборов, объем поступлений от уплаты которых в бюджет значительно превышает расходы на их администрирование.

Закрепление на конституционном уровне обязанности платить налоги и сборы свидетельствует об особой важности и значения налоговых обязательств для функционирования общества и государства, о необходимости участия всех граждан в финансировании государства.

Поскольку налог представляет собой ограничение свободы и права собственности налогоплательщика, то власть в сфере налогообложения должна быть ограничена четкими конституционными нормами и принципами. «Присутствие» конституционных норм и принципов обладающих высшей юридической силой в системе налогового права, придает этой системе повышенную легитимность и одновременно лишает права органы государственной власти произвольно решать на уровне отраслевого налогового законодательства важнейшие вопросы налоговой системы. Конституционные принципы и нормы налоговой системы имеют двуединую природу: во-первых, это руководящие начала, определяющие основные направления правового регулирования налоговой системы; во-вторых, это конституционные гарантии соблюдения прав и свобод человека и гражданина.

Налоговая деятельность страны должна четко содержаться и отображаться в ее конституционных принципах, ибо благодаря им обеспечивается насыщение государственной казны.

Конституции требуют, чтобы все доходы и расходы государства включались в бюджет. Это общий принцип, выполнение которого во всех странах строго контролируется²⁰.

В Украине согласно ст. 116 Конституции, на Кабинет Министров возложены обязанности составления проекта бюджета и проекта Закона о Государственном. Он организует работу по составлению бюджета через Министерство финансов Украины. Министерство финансов Украины на основании макропоказателей экономического и социального развития Украины и анализа исполнения бюджета текущего бюджетного периода определяет общий уровень доходов и расходов бюджета, дает оценку объема финансирования бюджета. На основании этих показателей производится проект Основных направлений бюджетной политики на предстоящий бюджетный период, который не позднее 1 июня заслушивается Верховной Радой Украины²¹.

²⁰ В. Устименко, Р. Джабраилов, В. Кампо, Г. Коваленко, М. Свечение, *Конституційні засади економічної системи України*, монографія, ООО «Юго-Восток, Донецк 2011, с. 190.

²¹ Н. Теремцова, *Актуальні питання щодо правових основ бюджетного процесу в Україні та Канаді (порівняльний аспект)*, Экономика и управление, Таврический национальный университет имени В.И. Вернадского, Симферополь 2010, Т. 23 (62): № 1, с. 429–433.

Восьмым принципом налогообложения в соответствии с Налоговым кодексом Украины есть *нейтральность налогообложения* – это установление налогов и сборов способом, который не влияет на увеличение или уменьшение конкурентоспособности налогоплательщика. В связи с тем, что обязанность уплатить налог или сбор в соответствии с Конституцией Украины ст. 67 обуславливает уменьшение состояния плательщика, уплата налогов не должна приносить непредсказуемые итоги для его существования и развития. Отношения налогообложения нацелены прежде всего на формирование фондов публичных средств, в том числе для удовлетворения потребности плательщиков. При этом налоговое бремя должно быть беспристрастным и равной мерой относиться ко всем однотипным категориям налогоплательщиков. Установление и введение налогов и сборов включает предоставление преимуществ одним плательщикам в сравнении с налоговыми режимами относительно других категорий обязательственных лиц²².

Принцип *стабильности* – это когда изменения в любые элементы налогов и сборов не могут вноситься позднее чем за шесть месяцев до начала нового бюджетного периода, в котором будут действовать новые правила и ставки. Налоги и сборы, их ставки, а также налоговые льготы не могут изменяться в течение бюджетного года.

Принцип стабильности иногда противопоставляется *принципу гибкости*. Согласно ему, реформирование налоговой системы должно чередоваться с периодами относительной неизменности условиям налогообложения. Налоговая система функционирует по единовременно установленной законодательной схеме. При том, принцип гибкости (или динамичности) предусматривает непрерывное эволюционное развитие налоговой системы в соответствии с изменением экономической ситуации на национальном и внешнем рынке на основе непрерывных согласований по вопросам налоговой политики между органами законодательной и исполнительной власти, а также общественными организациями. При определении условий налогообложения обязательно должны приниматься во внимание изменения в составе налогоплательщиков, и налоговая способность, отношение к своим налоговым обязанностям и т.д.²³.

Комментарий к Налоговому кодексу определяет, что налоговое законодательство считается стабильным при его неизменности в течение одного года, хотя в большинстве других стран этот срок устанавливается в пределах 5–10 лет. Принцип стабильности можно рассматривать как предоставленные налогоплательщику гарантии для реализации

²² По общественность: М. Азаров (ред.), *Податкова система України...*, с. 17.

²³ А. Барин, *Правові основи податкової системи України: сучасний стан, основні елементи, принципи*, диссертация, Национальный университет «Одесская юридическая академия», Одесса 2018, с. 116.

его экономических прав, в первую очередь ст. 42 Конституции Украины права на занятие предпринимательской деятельностью. Этот принцип рассматривается законодателем в двух аспектах:

– во-первых, его связывают со сроками вступления в силу изменений, внесенных в течение года к основным элементам налога. Соответствующие изменения могут быть внесены не позднее чем за шесть месяцев до начала нового бюджетного года и вступают в силу не ранее 1 января нового бюджетного года;

– во-вторых, стабильность связывают с неизменностью налогов, сборов, налоговых ставок и налоговых льгот²⁴.

Принцип равномерности и удобства оплаты означает установление сроков уплаты налогов и сборов, исходя из необходимости обеспечения своевременного поступления средств в бюджеты для осуществления расходов бюджета и удобства их уплаты плательщиками²⁵. Нормативно закрепляются основы установления налоговых периодов и сроков уплаты налогов и сборов, исходя из необходимости обеспечения своевременного поступления средств в бюджеты, с учетом удобства выполнения плательщиком налогового долга и уменьшения расходов на администрирование налогов и сборов.

Очевидно, что понятие «равномерность» и «удобство» – это разные явления. И если сущность «равномерности» раскрывается через императивное установление сроков уплаты налогов и сборов для обеспечения своевременного поступления средств в бюджеты. Также можно отметить, что равенство всех налогоплательщиков перед законом, недопущение любых проявлений дискриминации; неотвратимость наступления определенной законом ответственности в случае нарушения налогового законодательства; презумпция правомерности решений налогоплательщика в случае множественного определения прав и обязанностей налогоплательщиков или контролирующих органов нормой права; единый подход к установлению налогов и сборов (или наличие всех элементов налога в законе)²⁶.

Принцип *равного налогового бремени* определяет общеобязательность уплаты налогов, сборов, обязательных платежей и равенство всех плательщиков перед налоговым законом. Этот принцип сформулирован в Конституции Украины.

Относительно понятия «удобства» то законодатель его не раскрывает, но А. Смит отмечает, что принцип удобства это – налог должен

²⁴ Г. Месхия, *Поняття та сутність принципів податкового права*, „Научные записки Института законодательства Верховной Рады” 2013, № 3, с. 88.

²⁵ *Податковий кодекс України* ..., с. 8.

²⁶ А. Лобач, *Принципи права: особливості в податковому праві*, „Научные записки НаУКМА, Юридические науки” 2018, Т. 1, с. 40–49.

взиматься в такое время и таким образом, которые являются наиболее удобными для налогоплательщиков²⁷. Другие исследователи тоже раскрывают содержание «удобства» через сроки уплаты налогов, установленные государством, и через созданные со стороны государства специальные сервисы (электронная отчетность и т.д.) для налогоплательщиков²⁸.

Последний принцип Налогового кодекса Украины это – *единый подход к установлению налогов и сборов* – это определение на законодательном уровне всех обязательных элементов налога. Установление налога в соответствии со ст. 7 Налогового Кодекса предусматривает обязательное определение таких элементов как объект налогообложения, налогооблагаемая база, ставка налога, порядок исчисления налога, налоговый период, сроки и порядок уплаты налога, срок и порядок представления отчетности об исчислении и уплате налога.

Данный принцип соответствует конституционному требованию, закрепленному в ч. 2 ст. 92 Конституции Украины относительно установления налогов исключительно законом.

Можно сказать, что в Украине содержание принципа обязательности трактуется следующим образом: «внедрение норм по уплате налогов и сборов (обязательных платежей), определенных на основании достоверных данных об объектах налогообложения за отчетный период, и установление ответственности налогоплательщиков за нарушение налогового законодательства».

3. Из вышеизложенного можно сделать вывод, что нами были проанализированы все *одиннадцать принципов налогообложения Налогового кодекса Украины* и отношение их к Конституции Украины, которая занимает главное положение в правовой науке и непосредственно влияет на налоговое право Украины установленными общегосударственными принципами. Таким образом, налоговое право и конституционное право дополняют друг друга, а именно закреплены общие принципы, закрепленные в Конституции определяются в Налоговом кодексе Украины. Нормы могут действовать и осуществлять регулятивное действие лишь при наличии других норм, что позволяет отметить системность отношений в сфере налогообложения.

4. Проанализировав принципы налогообложения и сравнив их с Конституцией Украины исследуем данные вопросы и в Российской

²⁷ М.Н. Скворцов, *Податковий менеджмент, Кн. 2: Налоговый менеджмент в условиях становления и развития рыночной экономики*, Кондор, Киев 2007, с. 416.

²⁸ Д.А. Гетманцев, *Теорія, принципи та історія податку, правовий аспект: науково-практичної. Пособие*, Одиссей, Киев 2015, с. 496.

Федерации. Согласно Налоговому кодексу России²⁹ указано восемь принципов налогообложения: 1) обязательность; 2) всеобщность; 3) справедливость; 4) определенность; 5) равенство; 6) законность; 7) презумпционность; 8) недискриминационность.

Полностью поддерживаем Полякова В.В., Косова А.А., Кудряшова Е.Н., которые отмечают что одна из основ построения правовой системы современной России – признание в качестве ее базы общечеловеческих ценностей. Налоговое право как неотъемлемая часть системы не чуждо идеям социальной справедливости, демократическим принципам, выработанным тысячелетней историей финансов и сформулированным в эпоху буржуазных революций. Само появление и развитие налогового права связано с демократизацией общества, с идеей правового государства.

Еще А. Смит [A. Smith] сформулировал и обосновал четыре принципа, ставших впоследствии знаменитыми, которые должны быть реализованы в налоговой системе демократического государства: справедливость; определенность; удобство; эффективность³⁰. Которые на сегодняшний день раскрываются в таких формах:

– *обязательность* этот принцип предусматривает закрепление обязанности налогоплательщиков платить законодательно установленные налоги, и тем самым, участвовать в финансировании государственных расходов. Если лицо определяется плательщиком определенного налога, то такое лицо не имеет возможности в одностороннем порядке отказаться от его уплаты. Не имеет права освободить налогоплательщика от обязанности платить налоги и ни один государственный орган, если только такие полномочия ему не предоставлено налоговым законодательством;

– *всеобщность* налогообложения предусматривает, что на каждого члена общества возлагается обязанность по уплате налогов и сборов наравне с другими членами общества. Обязанность платить законодательно установленные налоги и сборы распространяется на всех лиц, которые признаются актами налогового законодательства плательщиками соответствующих налогов и сборов;

– принцип *справедливости* предусматривает, что распределение индивидуального налогового бремени должно осуществляться в соответствии с индивидуальным экономическим потенциалом налогоплательщика. Этот принцип направлен на то, чтобы максимально учесть фактическую способность налогоплательщика платить налог;

²⁹ *Налоговый кодекс Российской Федерации Часть первая и вторая: текст с последними изменениями и дополнениями на 1 октября 2018 года*, Издательство ООО «Эксмо», Москва 2018, 1120 ст. (Законы и кодексы).

³⁰ В.В. Полякова, А.А. Косов, Е.Н. Кудряшова, *Налоговое право. Учебник для вузов*, В.М. Фокин (ред.), Альпина Диджитал 2015, с. 79.

– *определенность* – этот принцип предполагает необходимость четкого определения всех элементов налогообложения при установлении налогов. Нормы по определенности направлены непосредственно в законодательные органы в сфере налогообложения, которые должны обеспечить четкость, ясность и определенность формулировок в актах законодательства о налогах и сборах. Такие требования устанавливаются в первую очередь на защиту прав налогоплательщика, который не должен пострадать от возможного двойного толкования правовой нормы, которая определяет его налоговую обязанность.

Принцип *равенства* означает равенство юридических лиц перед законом независимо от формы собственности, а физических лиц – независимо от пола, расы, национальности, языка, религии, социального происхождения, убеждений, личного и общественного положения.

Принцип *законности* предусматривает, что налогоплательщики обязаны уплачивать налоги в порядке и в размерах, установленных налоговым законодательством. Состав налогов, порядок их установления, изменения или отмены осуществляется законодательным путем. Любые платежи, не предусмотренные законами, не могут признаваться налогами.

Презумпционность – который определен Налоговым кодексом России – является толкованием в пользу налогоплательщика всех сомнений, которые не могут быть устранены, противоречий и неясностей актов законодательства о налогах и сборах. А именно «все сомнения, которые не могут быть устранены, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика».

Последний принцип налогообложения – это *недискриминационность*. Налоги и сборы не могут иметь дискриминационный характер и различно применяться исходя из социальных, расовых, национальных, религиозных и иных подобных критериев.

В России предусмотрено, что «налоги и сборы не могут иметь дискриминационный характер и различно применяться исходя из социальных, расовых, национальных, религиозных и иных подобных критериев. Запрещается устанавливать дифференцированные ставки налогов в зависимости от формы собственности или гражданства физических лиц или места происхождения капитала»³¹.

Сущность выделенных нами восьми принципов налогообложения заключается в следующем: а) обязательность – закрепление обязанно-

³¹ Полный сборник Кодексов Российской Федерации с изм. и доп. на 15 октября 2011 г., Российское законодательство, Эксмо, Москва 2011, стр. 1440.

Налоговый кодекс Российской Федерации. Части 1 и 2: текст с посл. изм. и доп. на 2 февраля 2020 г. (+ путеводитель по судебной практике), Издательство ООО «Эксмо», Москва 2020, 1264 с. (Актуальное законодательство).

сти налогоплательщиков платить законодательно установленные налоги; б) всеобщность – возложение на каждого члена общества обязанности по уплате налогов и сборов наравне с другими членами общества; в) справедливость – распределение индивидуального налогового бремени в соответствии с индивидуальным экономическим потенциалом налогоплательщика; г) определенность – четкое определение всех элементов налогообложения при установлении налогов; г) равенство – равенство перед законом: юридических лиц – независимо от формы собственности, а физических лиц – независимо от пола, расы, национальности, языка, религии, социального происхождения, убеждений, личного и общественного положения; д) законность – законодательное установление обязанности налогоплательщиков платить налоги в определенном порядке и размерах; е) презумпционность – толкование в пользу налогоплательщика всех сомнений, которые не могут быть устранены, противоречий и неясностей актов законодательства о налогах и сборах; 8) недискриминационность – налоги и сборы не могут иметь дискриминационный характер и различно применяться исходя из социальных, расовых, национальных, религиозных и иных подобных критериев³².

5. Под принципом права, понимают исходное нормативно-руководящее начало (императивное требование), определяющее общую направленность правового регулирования общественных отношений. *Principium* = *начало*. Вопрос о том, что же является источником принципов права, может быть разрешен, исходя из позиции В.В. Михайлова: главным, содержательной точки зрения, атрибутом современной системы социальных ограничений является концепция реализуемого этим обществом социокультурного проекта, содержащая его главные ценностно-целевые установки иконстанты, в особенностях которых концепция и находит свое выражение³³.

References

Азаров М. (ред.), *Науково – практичний коментар до Податкового кодексу України* [Научно практический комментарий к Налоговому кодексу; Scientific and practical commentary on the Tax Code; Naukovo-practicznij komentar do Podatkovogo kodeksu], ООО «Новий друж», Киев 2010, Т. 1.

³² В.Ф. Столяров, О.В. Музиченко, *Принципи оподаткування в національних податкових системах країн з транзитивними економіками*, ТОВ «ДКС-центр», Киев 2010, с. 25.

³³ Д.В. Тютин, *Налоговое право. Курс лекций*, Электронный ресурс; режим доступа к ресурсу: http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/tiutin_dv_nalogovoe_pravo.pdf#page=15&zoom=auto,-47,696

- Азаров М. (ред.), *Податкова система України, Навчальний посібник України* [Налоговая система Украины. Учебное пособие Украины; Tax system of Ukraine, Textbook of Ukraine; Podatkova sistema Ukraini, Navčalniy posibnik Ukraini], ООО «Новий друк», Киев 2011.
- Барин А., *Правові основи податкової системи України: сучасний стан, основні елементи, принципи* [Правовые основы налоговой системы Украины: современное состояние, основные элементы, принципы; Legal foundations of the tax system of Ukraine: current state, main elements, principles; Pravovi osnovi podatkovoj sistemi Ukraini: sučasnij stan, osnovni elementi, principij], диссертация, Национальный университет «Одесская юридическая академия», Одесса 2018.
- Величко А., *Щодо особливостей співвідношення понять «принципи оподаткування», «принципи податкового права», «принципи податкового законодавства»* [Об особенностях соотношении понятий «принцип налогообложения», «Принципы налогового права» и «Принципы налогового законодательства»; On the peculiarities of the relationship between the concepts of «principle of taxation», «Principles of tax law» and «Principles of tax legislation»; Šodo osoblivostej spivvidnosennija poniat' „princip opodatkuvannâ”, „princip podatkovogo prava”, „princip podatkovogo zakonodavstva”], „Правовые горизонты / Legal horizons” 2016.
- Винцова Д.С., *Співвідношення принципів фінансової достатності та економічності оподаткування* [Соотношение принципов фискальной достаточности и экономичности налогообложения; Correlation of principles of fiscal sufficiency and economy of taxation; Spivvidnoszennja principov fiskalnoj dostatnosti ta ekonomicznosti opodatkuvannja], электронный ресурс, / Д.С. Винцова, 2015, режим доступа к ресурсу: https://kneu.edu.ua/userfiles/d-26.006.09/2016/vincova_diss.pdf.
- Гетманцев Д.А., *Теорія, принципи та історія податку, правовий аспект: науково-практичної. Пособіє* [Теория, принципы и история налога. Правовой аспект: научно-практической. Пособие; Theory, principles and history of tax, Legal aspect: scientific and practical. Manual; Teorija, principij ta istorija podatku, pravovij aspekt: nauczno-practiczeskoj. Posobije; Teorijâ, principij ta istoriâ podatku, pravovij aspekt: nauczno-practiczeskoj. Posobie], Одиссей, Киев 2015.
- Чайка В., *Податкове право та конституційне: точки доступу* [Налоговое право конституционное право: точки соприкосновения; Tax law and constitutional law: points of contact; Podatkove pravo ta konstitucijne: točki dostupu], „Jurnalul juridic national: teorie și practică” 2015, № 1.
- Конституція України* [Конституция Украины; Ukrainy; Constitution of Ukraine; Konstituciâ Ukraïny], Центр учебной литературы, Киев 2019.
- Кучерявенко М., *Податкове право. Учебник* [Налоговое право. Учебник; Tax law. Textbook; Podatkove pravo. Učebnik;], Харьков 2012.
- Лобач А., *Принципи права: особливості в податковому праві* [Принципы права: особенности в налоговом праве; Principles of Law: Features in Tax Law; Principij prava: osoblivosti v podatkovomu prave], „Научные записки НаУКМА, Юридические науки” 2018, Т. 1.
- Месхия Г., *Поняття та сутність принципів податкового права* [Понятие и сущность принципов налогового права; The concept and essence of the principles of tax law; Poniattâ ta sušnist' principiv podatkovogo prava], „Научные записки Института законодательства Верховной Рады” 2013, № 3.

- Податковий кодекс України* [Налоговый кодекс Украины; The Tax Code of Ukraine; Podatkovij kodeks Ukraïni], Центр учебной литературы, Киев 2019.
- Пилипенко А.А., *Финансовое право. Учебное пособие* [Financial Law. Handbook; Finansovoe pravo. Učebnoe posobie], Книжный Дом, Минск 2007.
- Полякова В.В., Косов А.А., Кудряшова Е.Н., *Налоговое право. Учебник для вузов*, Фокин В.М. (ред.), [Tax law. Textbook for universities; Nalogovoe pravo. Učebnik dla vuzov], Альпина Диджитал 2015.
- Принцип фінансової достатності у податковому законодавстві України* [Принцип фискальной достаточности в налоговом законодательстве Украины; The principle of fiscal sufficiency in the tax legislation of Ukraine; Princip fiskalnoï dostatnosti u podatkovomu zakonodavstvi Ukraïni], Электронный ресурс, 2014, Режим доступа к ресурсу: <http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/26483/1/10-46-50.pdf>.
- Скворцов М.Н., *Податковий менеджмент, Кн. 2; Налоговый менеджмент в условиях становления и развития рыночной экономики* [Налоговый менеджмент, Кн. 2: Налоговый менеджмент в условиях становления и развития рыночной экономики; Tax management, Book 2: Tax management in the conditions of the formation and development of a market economy; Podatkovij menedžment, kn. 2: Nalogovij menedžment v usloviâh stanoveniâ i razvitiâ rinočnoj ekonomiki], Кондор, Киев 2007.
- Столяров В.Ф., Музиченко О.В., *Принципи оподаткування в національних податкових системах країн з транзитивними економіками* [Принципы налогообложения в национальных налоговых системах стран с транзитивными экономиками; Principles of taxation in the national tax systems of countries with transition economies; Principi opodatkovannâ v nacjonalnih podatkovih sistemach kraïn z tranzitivnimi ekonomikami], ТОВ «ДКС-центр», Киев 2010.
- Шаповал В., *Конституційні принципи (принципи конституції) як категорія науки конституційного права буржуазних країн* [Конституционные принципы (принципы конституции) как категория науки конституционного права буржуазных стран; Constitutional principles (constitutional principles) as a category of the science of constitutional law in bourgeois countries; Konstitucijni principii (principii konstitucii) âk kategorijâ nauki konstitucijnogo prava buržuaznih kraïn], Вестник Киевского университета имени Тараса Шевченко, Экономика № 31, Киев 1990.
- Щетинин Б.В., *Проблемы теории советского государственного права* [Problems o the theory of Soviet state law; Problemy teorii sovestskogo gosudarstvennogo prava], «Юридическая литература», Москва 1969.
- Теремцова Н., *Актуальні питання щодо правових основ бюджетного процесу в Україні та Канаді (порівняльний аспект)* [Актуальные вопросы правовых основ бюджетного процесса в Украине и Канаде (сравнительный аспект); Topical issues of the legal foundations of the budgetary process in Ukraine and Canada (comparative aspect); Aktualni pitannâ šodo pravovih osnov būdžetnogo procesu v Ukraïni ta Kanadi (porivnâlnij aspekt)], Экономика и управление, Таврический национальный университет имени В.И. Вернацького, Симферополь 2010, Т. 23 (62): № 1, с. 429–433.
- Тютин Д.В., *Налоговое право. Курс лекций*, [Tax law. Lecture course; Nalogovoe pravo. Kurs lekciï] Электронный ресурс; Режим доступа к ресурсу: http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/tiutin_dv_nalogovoe_pravo.pdf#page=15&zoom=auto,-47,696

Устименко В., Джабраилов Р., Кампо В., Коваленко Г., Свечение М., *Конституційні засади економічної системи України* [Конституционные основы экономической системы Украины; Constitutional foundations of the economic system of Ukraine; Konstitucijni zasady ekonomicznoї sistemi Ukraїni], монографія, ООО «Юго-Восток, Донецк 2011.

Summary

Taxation rules in Ukrainian legislation

Key words: tax law, constitutional principles, principles of tax law, tax code, tax obligation.

The study aims to present the principles of taxation (introduction and collection of taxes) in the contemporary Ukrainian legal system. These regulations are based mainly on the Ukrainian Constitution of 2014 and developed in the Tax Code. The principles of generality, universality and equal tax burden, budgetary sufficiency and tax efficiency, as well as social justice, follow directly from the Constitution. In Article 4 and next of the Tax Code are made more specific, including by introducing the principles of equality of all taxpayers before the law, the presumption of legality of taxpayer's actions, neutrality, stability and flexibility of taxation, equality and convenience of taxation, unified approach to the determination of taxes and fees. For comparative legal purposes, a brief comparison of taxation rules with the contemporary legislation of the Russian Federation (RF Tax Code) is also presented. Based on the analyzed legal provisions and the positions of the doctrine, a dozen or so main principles of taxation in the contemporary Ukrainian legal system were discussed.

Streszczenie

Zasady opodatkowania w prawodawstwie ukraińskim

Słowa kluczowe: prawo podatkowe, zasady konstytucyjne, zasady prawa podatkowego, kodeks podatkowy, obowiązek podatkowy.

Celem opracowania jest przedstawienie zasad opodatkowania (wprowadzania i poboru podatków) we współczesnym ukraińskim systemie prawnym. Unormowania te mają podstawy przede wszystkim w Konstytucji Ukrainy z 2014 roku i są rozwinięte w Kodeksie podatkowym. Wprost z Konstytucji wynikają zasady ogólności, powszechności i równego obciążenia podatkowego, wystarczalności budżetowej i wydajności podatków, a także sprawiedliwości społecznej. W art. 4 i nast. Kodeksu podatkowego zostają skonkretyzowane,

w tym poprzez wprowadzenie zasad: równości wszystkich podatników wobec prawa, domniemania zgodności z prawem działań podatnika, neutralności, stabilności i elastyczności opodatkowania, równomierności i dogodności opodatkowania, ujednoliconego podejścia do ustalania podatków i opłat. Dla celów prawnoporównawczych przedstawiono też krótkie zestawienie zasad opodatkowania ze współczesnym prawodawstwem Federacji Rosyjskiej (Kodeks podatkowy RF). Na podstawie przeanalizowanych przepisów prawnych oraz stanowisk doktryny omówiono kilkanaście głównych zasad opodatkowania we współczesnym ukraińskim systemie prawnym.

Asayonak Barys Valer`evich

Military Academy of the Republic of Belarus

ORCID: 0000-0002-4490-7646

boris.asayonok@gmail.com

Cheshka Uladzimir Yur`evich

Military Academy of the Republic of Belarus

ORCID: 0000-0002-1650-2465

vladimir_cheshko@mail.ru

Криминалистическое обеспечение деятельности органа дознания

Деятельность правоохранительных органов по борьбе преступлением как часть двуединого объекта является актуальной и значимой для криминалистической науки, поскольку только в результате научных исследований, проведенных на основании обоснованной методологии, можно сформировать знания, умения и навыки сотрудников данных органов для эффективного выполнения своих функций.

К сожалению, в настоящее время еще сложно говорить о наличии системного подхода с позиций криминалистической теории к данному вопросу, что существенно влияет и на практическую составляющую данного вопроса. Так, крайне мало исследований, посвященных особенностям организации работы органа дознания на этапе выявления и пресечения преступлений с учетом их административно-юрисдикционных полномочий (контрольно-надзорной, регулирующей, дисциплинарной деятельности). Все это, в свою очередь, не позволяет комплексно рассматривать средства и методы борьбы органа дознания с противоправной деятельностью. Такие исследования, как видится, в определенной мере затруднены в силу неразработанности самого понятия криминалистического обеспечения деятельности органа дознания и его структурных составляющих.

По причине недостаточной научной разработанности методологической основы криминалистического обеспечения деятельности органа дознания в государственных органах, которые наделены полномочиями

на проведение дознания, наблюдаются и нарушения уголовно-процессуального законодательства при проведении дознания. Так, к примеру, Генеральная прокуратура Республики Беларусь в своем представлении Министерству обороны Республики Беларусь обращает внимание на то, что имеют место случаи принятия необоснованных процессуальных решений, а также не проведение первоначальных следственных и иных процессуальных действий, имеющих существенное значение для установления обстоятельств происшедшего, что затрудняло доказывание фактов совершения преступлений¹. Причиной указанного является, в том числе, отсутствие теоретической разработанности данного научного направления. Особенно наглядно это проявляется в государственных органах, в которых проведение дознания не является основной функцией.

Термин «криминалистическое обеспечение» был впервые введен В.Г. Коломацким и рассматривается им как «система внедрения в практическую деятельность должностных лиц, подразделений, служб и органов внутренних дел по охране общественного порядка и борьбе с преступностью криминалистических знаний, воплощенных в умение работников органов внутренних дел использовать научные, методические и тактические рекомендации, технико-криминалистические средства и технологии их применения в целях предотвращения, раскрытия и расследования преступлений»².

В последующем многие ученые в Беларуси, России, Украине внесли и иных государствах внесли свой вклад в исследование данного понятия.

Разработка криминалистического обеспечения расследования преступлений стало ответом на многочисленные претензии практиков правоохранительной деятельности об излишней теоретизации криминалистических рекомендаций, в силу чего усложняется их практическое применение. Таким образом, криминалистическое обеспечение расследования преступлений в широком его смысле явилось учением о применении на практике достижений криминалистики в различных сферах.

В дальнейшем данное учение рассматривалось различными учеными в зависимости от выбранного ими подхода. Так, классификация таких подходов выглядит следующим образом:

1) криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования отдельных видов и групп преступлений, а также отдельных этапов рас-

¹ Архив учреждения образования «Военная академия Республики Беларусь» за 2017 г. – Представление Генеральной прокуратуры Республики Беларусь «Об устранении нарушений законодательства в деятельности органов дознания Вооруженных Сил» от 19.04.2017 г. – № 1400-05д/89. – 8 с.

² В.Г. Коломацкий, *Криминалистическое обеспечение деятельности органов внутренних дел по расследованию преступлений*, *Криминалистика*, том 1, Москва 1994, с. 62.

следования (является основным, в русле которого осуществлено абсолютное большинство изученных исследований);

2) криминалистическое обеспечение проведения отдельных следственных и иных процессуальных действий;

3) криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений, совершенных определенными категориями лиц;

4) криминалистическое обеспечение судебного разбирательства;

5) криминалистическое обеспечение хозяйственного (арбитражного) и гражданского судопроизводства, а также ведения административного процесса (производства по делам об административных правонарушениях);

6) криминалистическое обеспечение деятельности определенных субъектов осуществления криминалистически значимой деятельности правоохранительных органов и спецслужб, криминальной милиции и органов предварительного расследования, прокурора и другие³.

При этом с позиций методологии исследования криминалистического исследования использованы такие подходы, как объектный, субъектный и деятельностный. В настоящее время изучаемое учение стало хорошо структурированным и разветвленным, что позволяет ставить вопрос о развитии криминалистического обеспечения в целом правоохранительной деятельности в ее широком смысле.

Однако в рамках данного учения, как и в русле отдельных его направлений, пока еще нашлось места исследованиям, посвященным криминалистическому обеспечению дознания (или деятельности органов дознания).

Присутствуют только исследования криминалистического обеспечения отдельных субъектов, в компетенцию которых входит осуществление предварительного расследования: криминальной милиции и органов предварительного расследования, прокурора, таможенных органов и др.⁴ Но дознание по уголовно-процессуальному законодательству Республики Беларусь не есть всего лишь ограниченная во времени, но идентичная по объему форма предварительного расследования.

³ В.А.Талалаев, Б.В. Асаёнок, *Криминалистическое обеспечение деятельности организаций внутренних войск Министерства внутренних дел Республики Беларусь как органов дознания*, "Право в Вооруженных Силах – Военно-правовое обозрение" 2020, № 6, с. 81–86.

⁴ Т.В. Аверьянова [и др.], *Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования*, [б:] Т.В. Аверьяновой, Р.С. Белкина (ред.), *Новый юрист*, Москва 1997, 400 с.; А.С. Рубис, *Основы теории криминалистического обеспечения деятельности прокурора в сфере борьбы с преступностью*, Харвест, Минск 2006, 416 с.; М.М. Колесникова, *Криминалистическое обеспечения деятельности таможенных органов по выявлению, предупреждению и пресечению таможенных преступлений*, автореферат диссертации кандидата юридических наук, Иркутск 2008, 24 с.

В уголовно-процессуальном законодательстве нашего государства дознание следует рассматривать более как этап предварительного расследования, который, вместе с тем, обладает соответствующей спецификой по сравнению с предварительным следствием. Вместе с тем, учитывая криминалистический закон связи и преемственности, между существующими и возникающими криминалистическими концепциями⁵, мы считаем, что наиболее эффективным и целесообразным способом разработки криминалистических рекомендаций, специализированных под орган дознания, является исследование в русле концепции криминалистического обеспечения.

Но до начала такого исследования следует четко определиться с объектом и предметом исследования. Объектом исследования являются общественные отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в ходе выявления и пресечения органом дознания различных противоправных деяний. Мы настаиваем именно на формулировке «противоправных деяний», поскольку на начальном этапе работы органа дознания в ситуации информационной определенности не всегда возможно установить даже отраслевую принадлежность правонарушения, а не только дать точную его квалификацию.

Предметом же исследования следует определить деятельность органа дознания по выявлению и пресечению противоправных деяний. Возможны, конечно, и иные варианты, но они существенно ограничивают или увеличивают объем исследования, что влияет на его объективность и эффективность. Если предметом исследования определить само дознание как процессуальная деятельность, то вне изучения остается как непроцессуальная деятельность органа дознания, так и оказание содействия органу предварительного следствия по уже переданному уголовному делу. Если же предметом исследования определить сам орган дознания со всеми свойственными ему видами деятельности, то тогда следует признать, что криминалистическому обеспечению подвергается кадровая, финансово-хозяйственная, организационная деятельность и другие виды деятельности органа дознания. Таким образом, оба последних подхода нами признаны неэффективными.

Но и отвергать субъектный подход, в основе которого лежат процессуальные, криминалистические и иные организационно-тактические особенности органа дознания по сравнению с органом предварительного следствия, а также функциональная специфика самих органов дознания, мы считаем не только нецелесообразным, но и лишаящим такое исследование любой перспективы.

⁵ Р.С. Белкин, *Криминалистическая энциклопедия*, Мегатрон XXI, Москва 2000, с. 70–71.

На наш взгляд, именно определение термина «криминалистическое обеспечение деятельности органа дознания» позволит сформировать основу для дальнейшего исследования особенностей различных органов дознания по выполнению своих функций по борьбе с преступлениями и правонарушениями.

Данная статья ориентирована не только на деятельность в сфере дознания как составной части предварительного расследования, а на выполнение функций органа дознания в сфере борьбы с преступностью с учетом его дополнительных функций, способствующих более качественному осуществлению выявления, пресечения и расследования преступлений (правонарушений) и их профилактики. В связи с чем предлагаемый авторами подход дополняет имеющиеся сейчас в криминалистической науке определения криминалистического обеспечения с учетом следующих особенностей:

- рассмотрение криминалистического обеспечения деятельности органа дознания не только как составной части предварительного расследования, но и в сочетании с другими видами осуществляемой им деятельности;

- построение общего подхода криминалистического обеспечения деятельности органа дознания в целом и создание фундамента для проведения исследований особенностей криминалистического обеспечения всех субъектов проведения дознания.

Как показано выше, при рассмотрении криминалистического обеспечения используются три основных подхода:

- 1) субъектный – рассматривается отдельный орган, его правовой статус, функции, задачи и, исходя из этого, выстраивается необходимая структура криминалистического обеспечения;

- 2) объектный – в данном подходе рассматривается отдельная группа или вид преступлений и на этой основе подбираются соответствующие рекомендации по криминалистическому обеспечению;

- 3) деятельностный – при использовании этого подхода авторы берут за основу какой-либо вид деятельности (расследование преступлений, ведение административного процесса, проведение процессуальных действий).

Как мы считаем, каждый из приведенных подходов эффективен и оправдан по-своему. Однако считаем необходимым описать основные недостатки, без разрешения которых достаточно затруднительно подойти к разработке термина «криминалистическое обеспечение деятельности органа дознания» в контексте борьбы данного органа с преступлениями (правонарушениями).

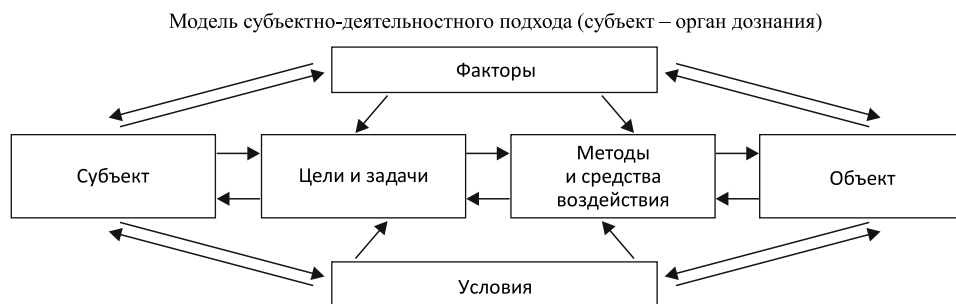
Объектный подход направлен на разработку конкретных рекомендаций для расследования определенного вида или группы преступлений

и не способствует выстраиванию общей структуры криминалистического обеспечения. Как видится общая компетенция конкретного государственного органа, его структура, качественно-количественная характеристика его персонала дают основания для возложения на него функции дознания по отдельным видам преступлений, а не наоборот. Не орган дознания создается под конкретные виды преступлений. Отметим даже больше, этот подход имеет утилитаристскую направленность и не может быть использован для экстраполяции на другие виды органов дознания.

Субъектный подход будет охватывать только конкретный вид органа дознания, что не позволит сформировать целостное представление о данном правовом явлении и описать его основу. В будущем видится перспективным рассмотрение специфики всех видов дознания с выстраиванием не только оптимальной модели для каждого из них, но с рассмотрением единой законодательной и криминалистической модели субъекта данной формы расследования.

Однако и деятельностный подход, взятый в отрыве от других, не позволяет раскрыть систему деятельности органа дознания по борьбе с преступлениями и правонарушениями, поскольку в таком случае речь будет идти только об отдельном направлении деятельности. Борьба с преступлениями не всегда является приоритетной и основной для конкретного вида органа дознания (в этом, например, состоит отличие органа внутренних дел от воинской части Министерства обороны Республики Беларусь или другого государственного органа, в котором предусмотрена военная служба).

В связи с этим нами при формировании криминалистического взгляда на деятельность органа дознания был использован системно-деятельностный подход в сочетании с субъектным подходом, что в целом мы определили как субъектно-деятельностный подход. При такой методологии учитываются вопросы статуса, структуры и полномочий органа дознания по борьбе с преступлениями и правонарушениями в сочетании с видами осуществляемой им деятельности.



Субъектом будут выступать соответствующие виды органов дознания (закреплены в ст. 37 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь)⁶.

Под факторами следует понимать внешние условия, на которые не может повлиять самостоятельно орган дознания: введение особых правовых режимов (военное положение, чрезвычайное положение и др.) или иные события.

Целью в данной модели будет выступать полное и своевременное выполнение функций органа дознания с соблюдением законности, прав и свобод человека. Задачами выступают задачи по расследованию преступлений.

Методы и средства воздействия определены в соответствующих нормативных правовых актах (процессуальные действия, средства профилактики, административно-юрисдикционные действия, формы таможенного контроля и т.п.).

Объектом будет выступать противоправная деятельность и ее результат в виде преступления или правонарушения.

К видам такой деятельности, по мнению отдельных авторов, отнесены:

- криминалистическая деятельность по раскрытия и расследованию преступлений;
- криминалистическая профилактическая деятельность;
- оперативно-розыскная деятельность;
- криминалистическая научно-педагогическая деятельность;
- экспертно-криминалистическая деятельность⁷.

Соглашаясь в целом с вышеуказанным мнением, отметим, что при рассмотрении данных видов деятельности на примере органов дознания не приходится вести речь об осуществлении ими экспертно-криминалистической деятельности, поскольку судебно-экспертную деятельность в Республике Беларусь осуществляют юридические лица и индивидуальные предприниматели на основании лицензии, выдаваемой Государственным комитетом судебных экспертиз Республики Беларусь, а также подразделениями данного государственного органа, которые не являются органами дознания⁸.

⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г., № 295-З (в редакции от 09.01.2019 г.) // КонсультантПлюс. Беларусь /ООО «ЮрСпектр», Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск 2020.

⁷ Н.П. Яблоков (ред.), *Криминалистика: учебник*, Юрист, Москва, с. 24.

⁸ О лицензировании отдельных видов деятельности: Указ Президента Республики Беларусь от 1 сент. 2010 г., № 450 (в редакции от 31.12.2019 г.) // КонсультантПлюс. Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск 2020, п.п. 422³, 422⁵.

Необходимо отметить, что данный подход основан на исключительном понимании деятельности по выявлению, пресечению, расследованию и предупреждению преступлений. В случае же с органом дознания такой подход несколько ограничивает понимание деятельности органа дознания в комплексе по борьбе не только с преступлениями, но и с другими правонарушениями. Поэтому первый вид деятельности предлагается именовать процессуальным (выявление, пресечение, расследование), а также полагаем нужным дополнить данные виды деятельности еще двумя:

административно-юрисдикционная деятельность. Данный вид деятельности по борьбе с административными правонарушениями наиболее широко представлен среди различных органов дознания (органы внутренних дел, органы пограничной службы, органы финансовых расследований и др.). Дополнение данным видом деятельности обусловлено тем, что изначально органы дознания выявляют все противоправные деяния и только после их квалификации применяется определенный инструментарий по расследованию преступления или подготовке дела об административном правонарушении, хотя разница между противоправного деяния будет только в размере вредных последствий;

дисциплинарное производство. Данную деятельность следует выделить, прежде всего, поскольку отдельные органы дознания при получении информации о противоправной деятельности своих сотрудников проводят внутренние проверки данной информации (например, служебная проверка в органах внутренних дел)⁹, либо в случае с воинскими преступлениями командир воинской части может назначать служебное расследование и при выявлении признаков преступного деяния должен переходить уже в процессуальную деятельность¹⁰.

Кроме того, криминалистическую научно-педагогическую деятельность в деятельности органа дознания по нашему мнению следует понимать, как научно-методическую деятельность органа дознания, направленную на формирование единых рекомендаций по проведению процессуальных действий, использованию техники и т.д.

Условиями в данной модели следует выделять те обстоятельства, на которые орган дознания уполномочен и имеет возможность влиять. Среди таких условий следует выделить следующие условия:

⁹ О порядке организации и проведения служебной проверки в органах внутренних дел: приказ Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 26 янв. 2017 г., № 23, Минск, 29 с.

¹⁰ Об утверждении Инструкции о порядке проведения служебного расследования в Вооруженных Силах: приказ Министерства обороны Республики Беларусь от 5 нояб. 2014 г., № 1192 // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, Минск 2020.

- криминалистические (знания, умения, навыки, технологии, рекомендации и др.)¹¹;
- процессуальные (компетенция, закрепленная в процессуальном законодательстве и ее качественное состояние);
- организационные (структура органа дознания, порядок взаимодействия, распределение функциональных обязанностей органа дознания, полномочий должностных лиц, создание специализированных групп и др.);
- иные условия, на которые может оказывать воздействие орган дознания в целях создания более благоприятного осуществления своих функций.

Таким образом, криминалистическое обеспечение деятельности органа дознания представляет собой систему криминалистических знаний, умений и навыков, основанных на них рекомендаций, используемых органом дознания в целях эффективного выполнению функций по выявлению, пресечению, расследованию и предупреждению преступлений и правонарушений в соответствии со своей компетенцией.

Рассмотрение криминалистического обеспечения деятельности органа дознания необходимо осуществлять в научном плане с позиций субъектно-деятельностного подхода, что позволяет одновременно учитывать и специфику органа дознания по сравнению с органом предварительного следствия, и особенности каждого из органов дознания.

References

- Arhiv učreždeniâ obrazovaniâ "Voennaâ akademiâ Respubliki Belarus' za 2017 g." Predstavlenie General'noj prokuratury Respubliki Belarus' "Ob ustranении narušeniј zakonodatel'stva v deâtel'nosti organov doznaniâ Vooružennyh Sil" ot 19.04.2017 g. [Submission of the General Prosecutor's Office of the Republic of Belarus "On elimination of violations of the law in the activities of the bodies of inquiry of the Armed Forces"], № 1400-05d/89.
- Aver'anova T. V., (i dr.), *Kriminalističeskoe obespečenie deâtel'nosti kriminal'noj milicii i organov predvaritel'nogo rassledovaniâ* [Criminalistic support of the activities of criminal police and preliminary investigation bodies, [in:] T.V. Averyanova and R.S. Belkin (eds.)], [в:] T.V. Aver'ánovoj, R.S. Belkina (red.), *Novyj ūrist*, Moskva 1997.
- Belkin R.S., *Kriminalističeskaâ ènciklopediâ* [Criminalistic Encyclopedia], Megatron XXI, Moskva 2000.
- Kolesnikova M.M., *Kriminalističeskoe obespečenie deâtel'nosti tamožennyh organov po vyâvleniŭ, predupreždeniŭ i presečeniŭ tamožennyh prestuplenij, avtoreferat*

¹¹ Т.В. Шутемова, Криминалистическая деятельность и криминалистическое обеспечение: соотношение понятий, "Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации" 2016, № 2 (52), с. 118.

- dissertacii kandidata ūridičeskih nauk* [Criminalistic support of the activities of customs authorities on the identification, prevention and suppression of customs crimes, abstract of the dissertation of the candidate of legal sciences], Irkutsk 2008.
- Kolomackij V.G., *Kriminalističeskoe obespečenie deâtel'nosti organov vnutrennih del po rassledovaniû prestuplenij*, [v:] Kriminalistika, v 3 tomah, tom 1 [Criminalistic Support for the Activities of the Internal Affairs Bodies for the Investigation of Crimes, [in:] Criminalistics, in 3 volumes, volume 1], Moskva 1994.
- Kriminalistika: učebnik [Criminalistics: a textbook, [in:] N.P. Yablokov (Ed.)], [v:] N.P. Âblokov (red.), Ūrist", Moskva.
- O licenzirovanii otidel'nyh vidov deâtel'nosti: Ukaz Prezidenta Respubliki Belarus' ot 1 sent. 2010 g., № 450 (v redakcii ot 31.12.2019 g.) [On licensing of certain types of activities: Decree of the President of the Republic of Belarus] // Konsul'tantPlûs. Belarus' / OOO «ŪrSpektr», Nacional'nyj centr pravovoj informacii Respubliki Belarus', Minsk 2020.
- O porâdke organizacii i provedeniâ služebnoj proverki v organah vnutrennih del: prikaz Ministerstva vnutrennih del Respubliki Belarus' ot 26 ânv. 2017 g., № 23 [On the procedure for organizing and conducting an internal audit in internal affairs bodies: an order of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus], Minsk.
- Ob utverždenii Instrukcii o porâdke provedeniâ služebnogo rassledovaniâ v Vooružennyh Silah: prikaz Ministerstva oborony Respubliki Belarus' ot 5 noâb. 2014 g., № 1192 [On approval of the Instruction on the procedure for conducting an internal investigation in the Armed Forces: order of the Ministry of Defense of the Republic of Belarus] // ÊTALON. Zakonodatel'stvo Respubliki Belarus' / Nacional'nyj centr pravovoj informacii Respubliki Belarus', Minsk 2020.
- Rubis A.S., *Osnovy teorii kriminalističeskogo obespečeniâ deâtel'nosti prokurora v sfere bor'by s prestupnost'û* [Fundamentals of the theory of criminalistic support the activities of the prosecutor in the fight against crime], Harvest, Minsk 2006.
- Talalaev V.A., Asajonok B., *Kriminalističeskoe obespečenie deâtel'nosti organizacij vnutrennih vojsk Ministerstva vnutrennih del Respubliki Belarus' kak organov doznaniâ* [Criminalistic support of the activities of organizations of internal troops of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus as bodies of inquiry], "Pravo v Vooružennyh Silah – Voenno-pravovoe obozrenie" 2020, № 6.
- Ugolovno-processual'nyj kodeks Respubliki Belarus' ot 16 iûlâ 1999 g., № 295-Z (v redakcii ot 09.01.2019 g.) [The Code of Criminal Procedure of the Republic of Belarus] // Konsul'tantPlûs. Belarus' / OOO «ŪrSpektr», Nacional'nyj centr pravovoj informacii Respubliki Belarus', Minsk 2020.
- Šutemova T.V., *Kriminalističeskââ deâtel'nost' i kriminalističeskoe obespečenie: sootnošenie ponâtij* [Criminalistic activity and criminalistic support: correlation of concepts], "Vestnik Akademii General'noj prokuratury Rossijskoj Federacii" 2016, № 2 (52).

Summary

Criminalistic support of the activities of the inquiry body

Key words: inquiry, criminalistic support, subjective approach, activity approach.

The doctrine of the criminalistic support of the investigation has now significantly outgrown its original content and includes many areas. However, there is still insufficient attention paid to the criminalistic support of the inquiry. This article aims to initiate the elimination of this trend and draw scientific attention to the scientific definition of the criminalistic support of the body of inquiry and approaches to the study of its content. The study of the issues under consideration was carried out from the standpoint of the subject-activity approach, as a result of which the features, elements of the criminalistic support of the activity of the inquiry body were revealed and its concept was given.

Streszczenie

Wsparcie kryminalistyczne działań organu dochodzeniowego

Słowa kluczowe: zapytanie, wsparcie sądowe, podejście subiektywne, podejście do aktywności.

Doktryna sądowego wsparcia dochodzenia znacznie przerosła pierwotną treść i obejmuje wiele dziedzin. Nadal jednak niewystarczającą uwagę przywiązuje się do sądowego wsparcia dochodzenia. Artykuł ten ma na celu zapoczątkowanie eliminacji tego trendu i zwrócenie uwagi na naukową definicję wsparcia kryminalistycznego organu dochodzeniowego i podejście do badania jego treści. Badanie rozważanych zagadnień przeprowadzono z punktu widzenia podejścia podmiotowo-czynnościowego, w wyniku którego ujawniono cechy i elementy wsparcia kryminalistycznego działań organu dochodzeniowego oraz zdefiniowano jego koncepcję.

Janusz Wiśniewski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-7795-3868

jw47@ukw.edu.pl

Kilka refleksji w kwestii prawa pracodawcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej

Prawo pracodawcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej zasługuje na uwagę ze względu na fakt, że dotychczas w literaturze, zarówno prawa pracy, jak i prawa gospodarczego, ten aspekt nie był przedmiotem głębszej analizy¹.

De lege lata fundamentalne znaczenie w tej materii posiada art 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców. Ów przepis stanowi, że z uprawnienia do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej może skorzystać również przedsiębiorca, zatrudniający wyłącznie pracowników przebywających na urlopie macierzyńskim, urlopie na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopie wychowawczym lub urlopie rodzicielskim, niełączących korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy w pracodawcy udzielającego tego urlopu (dalej jako urlopy związane z rodzicielstwem). Uwagę zwraca fakt, że wśród wyszczególnionych urlopów brak jest urlopu ojcowskiego. Wprawdzie przebywanie ojca wyłącznie na urlopie ojcowskim, z uwagi na jego wymiar (2 tygodnie), uniemożliwia w świetle art. 23 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców

¹ Problematyka zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę niezatrudniającego pracowników, zarówno wcześniej, jak i po wejściu w życie ustawy a dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r., poz. 646) została poddana gruntownej analizie w literaturze prawa gospodarczego, w szczególności przez G. Lubeńczuk, W. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019; M. Wierzbowski, L. Bielecki, K. Horubski, *Konstytucja dla biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019; A. Pawłowski, *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej*, [w:] A. Pawłowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2015; C. Kosikowski, M. Etel, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Białystok 2014; A. Dobaczewska, A. Pawłowski, H. Wolska, *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, 2013, LEX; M.A. Waligórski, *Prawo przedsiębiorcy do zawieszenia i wznowienia wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 8, s. 2–10.

zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej. Z drugiej jednak strony, m.in. art. 182⁴ k.p.² stanowi, że pracownik może złożyć pisemny wniosek o udzielenie mu bezpośrednio po urlopie na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu rodzicielskiego w pełnym wymiarze, wynikającym z art 182^{1a} § 1 k.p. Nie ma przykładów przeszkód normatywnych, żeby ojciec wychowujący dziecko, bezpośrednio po urlopie rodzicielskim skorzystał z prawa do urlopu ojcowskiego. Dlatego autor niniejszego artykułu postuluje *de lege ferenda* rozszerzenie zakresu uprawnień przedsiębiorcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej również w przypadku, gdy zatrudnia wyłącznie pracowników przebywających na urlopie ojcowskim, jeżeli wykorzystanie tego urlopu jest zharmonizowane z wykorzystaniem przez ojca pozostałych urlopów związanych z rodzicielstwem.

W związku z powyższym należy podkreślić, że przedsiębiorca, zatrudniający pracowników, ma w świetle art 3 k.p. status pracodawcy. Na tym tle powstaje wątpliwość, czy zatrudnianie przez przedsiębiorcę jednego pracownika skutkuje nabyciem statusu pracodawcy, w sytuacji gdy art. 22 ust. 2 – Prawo przedsiębiorców posługuje się liczbą mnogą. Kierując się wykładnią celowościową, uzasadnione jest zastosowanie *interpretatio extensiva* i przyjęcie szerszego znaczenia przepisu od zakresu językowego wedle formuły *minus dixit quam voluit*. Skutkuje to objęciem statusem pracodawcy również przedsiębiorcę, który zatrudnia tylko jednego pracownika. Nie ma przy tym znaczenia, czy następuje to w pełnym lub też ograniczonym wymiarze czasu pracy i na jakiej podstawie z art. 2 k.p. W konsekwencji z uprawnienia do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej może również skorzystać pracodawca, zatrudniający wyłącznie jednego pracownika, przebywającego na urlopach związanych z rodzicielstwem. Warto również zaakcentować, że określenie „pracownicy przebywający na urlopach związanych z rodzicielstwem” odnosi się zarówno do pracownicy, pracownika ojca wychowującego dziecko, pracownika innego członka najbliższej rodziny³, jak i pracownika, który przyjął dziecko na wychowanie i wystąpił do sądu opiekuńczego z wnioskiem o wszczęcie postępowania w sprawie przysposobienia dziecka oraz pracownika, który przyjął dziecko na wychowanie jako rodzina zastępcza, z wyjątkiem rodziny zastępczej zawodowej.

² Por. także art. 180 § 4 pkt 1 w związku z art. 182 § 2 k.p.

³ Po raz pierwszy ustawodawca przyznał prawo do skorzystania z urlopu macierzyńskiego również najbliższemu członkowi rodziny. Ustawodawstwo pracy nie definiuje tego pojęcia. Z pojęciem członka rodziny spotykamy się natomiast w art. 32 ust. 2 tej ustawy. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, obowiązującym od 14 sierpnia 2015 r., za członków rodziny uważa się małżonka, rodziców, rodzica dziecka, ojczyma, macochę, teściów, dziadków, wnuki, rodzeństwo oraz dzieci poniżej 14 lat. Warto również w tym miejscu odwołać się do orzecznictwa Sądu Najwyższego z 13 kwietnia 2005 r., sygn. akt IV CK 648/04. Sąd Najwyższy stwierdził, że „pokrewieństwo nie stanowi wyłącznego kryterium zaliczenia do najbliższych członków rodziny w rozumieniu art. 446 § 3 k.c.” Szerzej na temat pojęcia członka najbliższej rodziny zob.: B. Godlewska-Bujok, *Uprawnienia związane z rodzicielstwem – nowa odsłona*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2015, nr 9, s. 18.

Po przedstawieniu aspektu terminologicznego, szczegółowej analizie należy poddać sferę przedmiotową art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców. Szczególne, teoretyczne i praktyczne znaczenie mają zagadnienia związane z zakończeniem czy też rezygnacją z urlopów związanych z rodzicielstwem w okresie zawieszenia działalności gospodarczej. Istotna jest również kwestia praw i obowiązków pracodawcy i pracownika w przypadku, gdy w okresie zawieszenia działalności gospodarczej pracownik złoży wniosek, dotyczący łączenia korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy, czy też odniesienie się do sytuacji nieuregulowanej w analizowanym przepisie złożenia przez pracownika wniosku, dotyczącego łączenia korzystania z urlopu wychowawczego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu.

Celowe wydaje się wskazanie istoty instytucji „zawieszenia” wykonywania działalności gospodarczej. Według Michała A. Waligórskiego⁴, „zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej można traktować najogólniej jako przerwę lub zastój w jej prowadzeniu, wymuszoną przez okoliczności, które uniemożliwiają prowadzenie tej działalności w sposób zorganizowany i ciągły dla dobra realizacji celu zarobkowego. Wskazane cechy pozwalają przyjąć, że zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej to stan, w którym nadal istnieje przedsiębiorstwo i powstałe stosunki, zarówno prywatnoprawne (np. umowy cywilnoprawne, umowy spółki cywilnej, itp.), jak również publicznoprawne (np. koncesje, wpis do rejestru regulowanej działalności gospodarczej), aczkolwiek działalność gospodarcza zostaje wstrzymana”.

Przepisy prawa pozytywnego nie wskazują przyczyn zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej⁵. Zatem zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej może wynikać z różnych przyczyn, które są jednak obojętne z punktu widzenia możliwości skorzystania z tej instytucji. Godzi się jednak zaakcentować, że zdarzenie hamujące prowadzenie działalności gospodarczej powinno mieć charakter przejściowy, wszak tylko w takich przypadkach istnieje możliwość kontynuowania działalności gospodarczej w przyszłości. Pozwala to również odróżnić zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej od jej zakończenia, które następuje wówczas, gdy przeszkoda w wykonywaniu działalności jest trwała, czyli mimo upływu czasu nie można jej usunąć⁶.

W związku z powyższym, oczywista wydaje się być konstatacja, że przebywanie pracowników na urloпах związanych z rodzicielstwem, w świetle art. 22 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy – Prawo przedsiębiorców, co do zasady,

⁴ M.A. Waligórski, op. cit., s. 2.

⁵ W literaturze wskazywano, że przeszkodę w nieprzerwanym wykonywaniu działalności gospodarczej może stanowić: urlop, choroba, wyjazd za granicę, służba wojskowa, krótkotrwale pozbawienie wolności, brak zamówień (zob. M.A. Waligórski, op. cit., s. 2). Warto podkreślić, że w poprzednim stanie prawnym zawiesić wykonywanie działalności gospodarczej mógł wyłącznie przedsiębiorca niezatrudniający pracowników.

⁶ M.A. Waligórski, op. cit., s. 3.

nie stanowi przyczyny, a jedynie uprawnienie pracodawcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej. Chociaż w praktyce możliwa wydaje się sytuacja, gdy pracodawca ma trudności (np. w związku z sytuacją na rynku pracy) w zatrudnieniu pracowników w celu zastępstwa nieobecnych pracowników – wówczas przebywanie pracowników na urloпах związanych z rodzicielstwem może stanowić również przyczynę zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej.

Ustawodawca nie wskazał, czy pracodawca ma prawo zawiesić działalność jeden raz czy wielokrotnie. Autor niniejszego artykułu wyraża przekonanie, że pracodawca może zawiesić działalność gospodarczą wielokrotnie pod warunkiem, że korzysta z tego uprawnienia tylko wówczas, gdy zatrudnia wyłącznie pracowników przebywających na urloпах związanych z rodzicielstwem. Zaś w przypadku przebywania na urlopie rodzicielskim, pracownik nie może jednocześnie korzystać z uprawnienia, wynikającego z art. 182^{1e} k.p. W świetle powyższego, istotne znaczenie posiadają również postanowienia art. 23 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców, z których wynika, że minimalny okres zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej nie może być krótszy niż 30 dni, zaś maksymalny w przypadku pracodawcy wpisanego do KRS – 24 miesiące.

Wracając do głównego nurtu rozważań, należy wskazać na ważki problem, jakim jest aspekt zakończenia korzystania przez pracowników z urloпów związanych z rodzicielstwem. W tym kontekście istotne wydaje się podkreślenie, że w takiej sytuacji, zgodnie z art. 183² i 186⁴ k.p., pracodawca dopuszcza pracownika do pracy. Jeżeli tego nie czyni, z uwagi na fakt zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej, to zgodnie z art. 22 ust. 2 zdanie drugie ustawy – Prawo przedsiębiorców, pracownik ma prawo do wynagrodzenia jak za przestój (art. 81 k.p.) do zakończenia okresu zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej.

Punktem wyjścia do dalszych wywodów będzie konstatacja, że zakończenie korzystania z urloпów związanych z rodzicielstwem oznacza nie tylko wykorzystanie urloпów w wymiarze określonym we wniosku pracownika, ale również rezygnację pracownika z całości lub części urloпу⁷. Rezygnacja z całości lub części urloпу następuje na wniosek pracownika; gdy jest składany z odpowiednim wyprzedzeniem⁸ przez przystąpieniem do pracy, wówczas pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek. Znając termin rezygnacji pracownika z całości lub części urloпу, pracodawca może ten termin zharmonizować ze wznowieniem wykonywania działalności gospodarczej.

⁷ Por. art. 179¹ § 2 i art. 180 § 4 k.p.

⁸ Zgodnie z art. 179¹ § 4 pkt 1 k.p., pisemny wniosek dotyczący rezygnacji z korzystania z urloпу rodzicielskiego w całości lub w części i powrotu do pracy pracownik składa pracodawcy w terminie nie krótszym niż 21 dni przed przystąpieniem do pracy. Zaś w przypadku rezygnacji pracownicy z części urloпу macierzyńskiego (art. 180 § 4 k.p.), termin ten wynosi co najmniej 14 dni (art. 180 § 9 k.p.).

Zasadą jest bowiem, że zawieszenie oraz wznowienie wykonywania działalności gospodarczej następuje na wniosek pracodawcy. Jeżeli więc pracodawca skorzysta z tego prawa i wznowi wykonywania działalności, wówczas uniknie konsekwencji wynikających z art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców, tj. wypłaty wynagrodzenia jak za przestój (art. 81 § 1 k.p.).

Analizując problematykę prawa pracownika do rezygnacji z korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej, warto podkreślić, że pracownik może zrezygnować z korzystania z urlopu rodzicielskiego (art. 186³ pkt 1 k.p.) w każdym czasie za zgodą pracodawcy i powrócić do pracy. Zgoda pracodawcy na powrót pracownika do pracy, przy jednoczesnym niewznowieniu wykonywania działalności gospodarczej, skutkuje prawem pracownika do wynagrodzenia jak za przestój (art. 81 § 1 k.p.) do zakończenia okresu zawieszenia.

Prawo do wynagrodzenia jak za przestój ma również pracownik w przypadku złożenia wniosku, dotyczącego łączenia korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu (art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców). Ustawodawca w tym przepisie wyraźnie nawiązuje do art 182^{1c} § 2 k.p., który stanowi, że pracownik może łączyć korzystanie z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu w wymiarze nie wyższym niż połowa pełnego wymiaru czasu pracy.

Z literalnego brzmienia art. 22 ust. 2 – Prawo przedsiębiorców zdaje się wynikać, że pracownik ma prawo do wynagrodzenia jak za przestój już w momencie złożenia wniosku o łączenie korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu. W tym kontekście należy podkreślić, że zgodnie z art 182^{1e} § 2 k.p. podjęcie pracy następuje na pisemny wniosek pracownika, składanym w terminie nie krótszym niż 21 dni przed rozpoczęciem pracy. Ów przepis ma zastosowanie również w przypadku regulacji, wynikającej z art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców. W konsekwencji pracodawca dysponuje czasem na rozważenie możliwości wznowienia wykonywania działalności; jeżeli ją wznowi, wówczas uniknie konsekwencji wynikających z art. 81 k.p.

W związku z powyższym warto zaakcentować, że zgodnie z art. 182^{1e} § 2 k.p. pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika o łączenie korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy, chyba że nie jest to możliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Przyczyna hamująca wykonywanie działalności gospodarczej wydaje się być równie istotna jak przyczyna odnosząca się do organizacji pracy lub rodzaju wykonywanej pracy przez pracownika. Zatem uprawniona wydaje się konstatacja, że pracodawca, który zawiesił wykonywanie działalności gospodarczej, również powinien mieć możliwość nieuwzględnienia wniosku pracownika, dotyczącego łączenia korzystania z urlopu rodzicielskiego

z wykonywaniem pracy, jeżeli przyczyny hamujące jej prowadzenie nie ustały. Wypada także zauważyć, że w razie nieuwzględnienia wniosku, pracownik w dalszym ciągu korzysta z urlopu rodzicielskiego i otrzymuje zasiłek macierzyński⁹.

Kontynuując rozważania odnośnie prawa pracownika do wynagrodzenia jak za przestój w przypadku zakończenia korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem lub złożenia przez pracownika wniosku, dotyczącego łączenia korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu, warto zauważyć, że zaistnienie wymienionych przypadków nie stanowi wprost podstawy uprawniającej pracownika do wynagrodzenia jak za przestój. Z art. 81 § 1 k.p. wynika bowiem, że pracownikowi przysługuje wynagrodzenie, jeżeli był gotów do wykonywania pracy, a doznał przeszkód z przyczyn dotyczących pracodawcy¹⁰.

Analizując problematykę regulacji wynikającej z art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców w odniesieniu do pracowników przebywających na urlopie wychowawczym, *de lege lata* powstaje problem ich wykluczenia. Z art. 186² k.p. wynika bowiem, że w czasie urlopu wychowawczego pracownik ma prawo podjąć pracę zarobkową w pierwszej kolejności u pracodawcy udzielającego tego urlopu. Artykuł 22 ust. 2 ustawy – Prawo przedsiębiorców tej sytuacji nie reguluje. Natomiast z kontekstu tego przepisu wynika, że w przypadku złożenia przez pracownika wniosku dotyczącego łączenia korzystania z urlopu wychowawczego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu pracownik powinien mieć również prawo do wynagrodzenia jak za przestój do zakończenia okresu zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej, zwłaszcza że pracownik korzystający z urlopu wychowawczego nie ma prawa do zasiłku macierzyńskiego. Oczywiście, jeżeli pracodawca zharmonizowałby moment przystąpienia pracownika do pracy ze wznowieniem wykonywania działalności gospodarczej, to wówczas uniknąłby konsekwencji wynikających z art. 81 k.p.

W świetle poczynionych rozważań należy podkreślić, że przebywanie pracowników na urlopach związanych z rodzicielstwem, w rozumieniu art. 22

⁹ Art. 184 k.p. stanowi, że za okres urlopu rodzicielskiego przysługuje zasiłek macierzyński na zasadach określonych w ustawie z dnia 25 czerwca 1990 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz.U. z 2017 r., poz. 1368 ze zm.). Miesięczny zasiłek macierzyński ustalony przepisami Kodeksu pracy jako okres urlopu rodzicielskiego wynosi 100% podstawy wymiaru zasiłku – w okresie do 6 tygodniu urlopu rodzicielskiego, w przypadku urodzenia jednego dziecka przy jednym porodzie, i 60% podstawy wymiaru zasiłku – za pozostały okres urlopu rodzicielskiego. Natomiast zasiłek macierzyński za cały okres, odpowiadający okresowi urlopu macierzyńskiego i urlopu rodzicielskiego, wynosi 80% podstawy wymiaru zasiłku, gdy pracownica zgodnie z art. 179¹ § 1 k.p. nie później niż 21 dni po porodzie złoży pisemny wniosek o udzielenie bezpośredniego do urlopie macierzyńskim, urlopu rodzicielskiego w pełnym wymiarze, wynikającym z art. 182^{1a} § 1 k.p.

¹⁰ Szersza analiza art. 81 § 1 k.p. zob. P. Prusinowski, *Wynagrodzenie za pracę i inne świadczenia*, [w:] K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 636–645.

ust. 2 zdanie pierwsze ustawy – Prawo przedsiębiorców co do zasady nie stanowi przyczyny, a jedynie uprawnienie pracodawcy do zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej. Pracodawca może bowiem zatrudnić inną osobę na podstawie umowy na czas określony w celu zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy. Do umowy tej nie stosuje się ograniczeń o których mowa w art. 25¹ § 1 k.p. Zaś do średniorocznego zatrudnienia nie uwzględnia się pracowników przebywających na urlopach, związanych z rodzicielstwem (art. 7 ust. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców).

Warto także zaakcentować, że wymieniane w literaturze przyczyny zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę nie zatrudniającego pracowników, np. choroba, urlop, wyjazd za granicę, służba wojskowa, krótkotrwale pozbawienie wolności, bezczynność¹¹ niewątpliwie w znacznie węższym zakresie stanowią zdarzenia hamujące prowadzenie działalności przez przedsiębiorcę, mającego status pracodawcy. Stąd też jedyną normatywną przesłanką zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przez pracodawcę jest jednocześnie przebywanie pracowników na urlopach związanych z rodzicielstwem (art. 22 ust. 2 zdanie 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców).

Wykaz literatury

- Dobaczewska A., Pawłowski A., Wolska H., *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018.
- Godlewska-Bujok B., *Uprawnienia związane z rodzicielstwem – nowa odsłona*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2015, nr 9.
- Kosikowski C., Etel M., *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Białystok 2014.
- Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka W., Zdyb M., *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Pawłowski A., *Zawieszenie wykonywania działalności gospodarczej*, [w:] A. Pawłowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2005.
- Prusinowski P., *Wynagrodzenie za pracę i inne świadczenia*, [w:] K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Waligórski M.A., *Prawo przedsiębiorcy do zawieszenia i wznowienia wykonywania działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 8.
- Wierzbowski M., Bielecki L., Horubski K., *Konstytucja dla biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Zdyb M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, 2013, LEX.

¹¹ M.A. Waligórski, op. cit., s. 2.

Summary

Some reflections on the employer's right to suspend the pursuit of economic activity

Key words: entrepreneur, employer, economic activity, suspension of the pursuit of economic activity, leaves related to parenthood, downtime, remuneration for downtime, sickness benefit.

The paper discusses the employer's right to suspend the pursuit of their economic activity by taking into account applicable provisions outlined in the Act of 6 March 2018: Business Entities Law. So far this issue has been closely analysed neither in labour law literature nor in economic law scholarly writings. For this reason, it seemed appropriate to attempt to establish to what extent mechanisms contained in the mentioned Act make possible a rational exercise of the right to suspend the pursuit of economic activity by an employer.

The analysis has shown that Article 22 of the Business Entities Law does not have a quality of completeness. *De lege lata* it seems therefore reasonable to assume that to matters not covered by the provision in question rules of the Labour Code regulating leaves connected to parenthood should apply. In particular, these matters include issues related to rights and duties of an employee and an employer that come into play in the case where an employee finishes taking advantage of a leave related to parenthood or in the case where an employee applies to combine the parental leave or the leave for raising a child with carrying out a job for an employer who has granted such leave. A different interpretation of Article 22 of the Law of Business Entities would cause that due to its general character it could become a dysfunctional factor in applying the mechanism of suspension of economic activity in practice. In my opinion, a different interpretation would also result in the breach of the principle of equal treatment of employers.

Furthermore, it seems appropriate to consider the subjective scope of Article 22 para. 2 of the act: Business Entities Law. I am of the view that in its subjective dimension the discussed provision in principle refers to employees that under Article 7 para. 1, sentence 2 of the act in question have been awarded the status of a micro employer¹².

¹² According to Article 7 para. 1 of the act: Business Entities Law a microemployer is an employer that in at least one out of two last financial years jointly met the following conditions: a) he/she employed, on annual average, less than 10 employees; b) he/she reached the net turnover from sales of goods, products, services and financial operations that does not exceed the equivalent in PLN of two million Euro or the sums of the assets of his/her balance sheet drawn up in the end of one of these years did not exceed the equivalent in PLN of 2 million Euro. Under Article 7 para. 3 of the act in question the average annual employment is determined in conversion to full-time posts without including the employees who are on maternity leave, on leave granted on terms of maternity leave, on fatherhood leave and on leave for raising a child, as well as employees employed for their professional preparation.

It should also be noted that the mechanism of suspension of economic activity directly serves the interests of the employer, although it contains some instruments of the protection of the interests of the employee. The said protection results in particular from Article 22 para. 2, sentence 2 of the act: Business Entity Law which provides that where an employee finishes taking advantage of leaves or submits an application for combining the parental leave with carrying out a job for an employer who has granted such leave, he or she is entitled to receive remuneration as in case of a downtime, determined in the provisions of the Labour Code. until the termination of the suspension of economic activity.

Krystyna Ziółkowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-4825-0597

krystyna.holdynska@uwm.edu.pl

Ochrona pracy dzieci i młodocianych na polskim rynku pracy

Wstęp

Praca dzieci była zjawiskiem powszechnym w epoce przedindustrialnej. Zatrudniane były przede wszystkim w rolnictwie oraz jako pomoc przy wychowywaniu młodszych dzieci. Rewolucja przemysłowa w XVIII i XIX w. w Wielkiej Brytanii zaowocowała między innymi zwróceniem uwagi na problem zatrudniania osób małoletnich. Pierwszym aktem, który regulował pracę dzieci była ustawa *Cotton Mill and Factories Act*¹ uchwalona przez Parlament Wielkiej Brytanii w 1819 r. Na mocy tej ustawy, fabryki miały zakaz zatrudniania osób w wieku poniżej 9 lat, natomiast dzieci od 9 do 16 lat mogły pracować w wymiarze maksymalnie 12 godzin dziennie. Akt ten dotyczył jedynie przemysłu włókienniczego, jako że ta gałąź gospodarki rozwijała się wówczas najintensywniej i problem braku rąk do pracy dotyczył jej najmocniej. Kolejny akt prawny, wydany w 1833 r. *Factory Act*², zakazywał pracy dzieci poniżej 9 roku życia (z wyjątkiem fabryk jedwabiu), natomiast dzieci w wieku 9–13 lat mogły być zatrudniane w wymiarze 48 godzin tygodniowo i 8 godzin dziennie. Na mocy tegoż aktu zakazano zatrudniania dzieci do lat 18 w porze nocnej liczonej od godz. 20.30 do 5.30. W 1878 r. kolejny akt prawny, *Factory and Workshop Act 1878*, ponownie zmienił zasady zatrudniania dzieci. Wprowadził podniesienie dopuszczalnego wieku zatrudnienia do 10 lat, ale jednocześnie zwiększono limit czasu pracy do 56,5 godziny tygodniowo w fabrykach przemysłu tekstylnego i 60 godzin tygodniowo w pozostałych³. Natomiast na mocy *Factory and*

¹ Statutes at Large, 59 Geo. III, c. 66, LXXIII, pp. 418–419.

² 3 & 4 Will. IV, c. 103.

³ 41 & 42 Vic. c. 16.

*Workshop Act 1901*⁴ nastąpiła znacząca poprawa, ponieważ podniesiono dopuszczalny wiek pracy do 12 roku życia.

Dalsza ewolucja w zakresie zakazu zatrudniania dzieci nastąpiła z chwilą powołania Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej jako MOP). Miało to miejsce 28 czerwca 1919 r., a wśród założycieli znalazła się również Polska⁵. Jednym z podstawowych celów działalności MOP było ograniczenie zatrudniania dzieci. Dzięki uchwalanym przez tę organizację konwencjom, udało się podnieść wiek pracy dzieci do 14 lat⁶. Kolejnym etapem było wprowadzenie zasady, że praca dzieci, o ile ma miejsce, nie może kolidować z nauką szkolną⁷. Po II wojnie światowej Międzynarodowa Organizacja Pracy uchwaliła kolejne dwie konwencje, w których podniesiono wiek do lat 15 przy pracach w rybołówstwie i do lat 16 w górnictwie⁸.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej⁹ zabrania stałego zatrudniania osób poniżej 16 roku życia. Obecnie, na podstawie Kodeksu pracy¹⁰, pracownikiem może być osoba, która ukończyła 18 lat, można natomiast zatrudniać młodocianych, jeżeli ukończyli 15 rok życia. Ustawodawca zastrzegł jednakże (art. 304⁵ k.p.), że do ukończenia 16 roku życia młodociany może świadczyć pracę jedynie na rzecz podmiotów prowadzących działalność kulturalną, artystyczną, sportową i reklamową. Nie wolno zatem zatrudniać takich osób w przemyśle, rolnictwie czy rybołówstwie.

Istniejący w polskim porządku prawnym zakaz pracy dzieci wynika z licznych norm prawa międzynarodowego, w tym Konwencji MOP nr 138¹¹, Europejskiej karty społecznej¹² z 1961 r. oraz unijnej dyrektywy Rady 94/33/WE z 22 czerwca 1994 r. w sprawie ochrony pracy osób młodych¹³. W pełni wiążące dla Polski są postanowienia przytoczonej wyżej dyrektywy. Wprowadza

⁴ 1 Edw. VII, c. 22.

⁵ Pozostali założyciele to: Belgia, Kuba, Czechosłowacja, Japonia, Stany Zjednoczone Ameryki i Wielka Brytania.

⁶ Zob. Konwencje: nr 5 z 1919 r. w sprawie określenia najniższego wieku dopuszczania dzieci do pracy przemysłowej (Dz.U. z 1925 r., Nr 54, poz. 366), nr 7 z 1920 r. określającą najniższy wiek dopuszczania dzieci do pracy w marynarce (Dz.U. z 1925 r., Nr 54, poz. 370 z późn. zm.), nr 10 z 1921 r. w sprawie wieku dopuszczania dzieci do pracy w rolnictwie (Dz.U. z 1925 r., Nr 54, poz. 376), nr 15 z 1921 r. ustalającą najniższy wiek dopuszczania młodocianych do pracy w pomieszczeniach podpokładowych i w kotłowniach (Dz.U. z 1925 r., Nr 54, poz. 386).

⁷ Art. 1 Międzynarodowej Konwencji Nr 10 w sprawie wieku dopuszczania dzieci do pracy w rolnictwie.

⁸ Zob. Konwencje: nr 112 z 1959 r. dotyczącą najniższego wieku dopuszczania do pracy w rybołówstwie (Dz.U. z 1966 r., Nr 32, poz. 192, załącznik) oraz nr 123 z 1965 r. dotyczącą najniższego wieku dopuszczania do pracy pod ziemią w kopalniach (Dz.U. z 1970 r., Nr 8, poz. 62, załącznik).

⁹ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483

¹⁰ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1040.

¹¹ Dz.U. z 1978 r., Nr 12, poz. 53.

¹² Dz.U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67.

¹³ Dz. Urz. UE L 216 z 20 sierpnia 1994 r.

ona dwie kategorie osób poniżej 18 roku życia, które łącznie określa terminem „młoda osoba”. Zgodnie z dyrektywą 94/33, termin „dziecko” oznacza osobę w wieku poniżej 15 lat lub osobę podlegającą obowiązkowi szkolnemu, a termin „młodociany” odnosi się do osoby w wieku co najmniej 15 lat, ale poniżej 18 lat, która zgodnie z prawem krajowym nie podlega obowiązkowi szkolnemu. Dyrektywa ustanawia generalny zakaz pracy dzieci, czyli osób poniżej 15 roku życia lub nawet starszych, ale objętych zgodnie z przepisami prawa krajowego powszechnym obowiązkiem szkolnym. Od tego zakazu przewidziane są jednak wyjątki obejmujące:

- 1) zatrudnienie dzieci do udziału w działalności kulturalnej, artystycznej i sportowej lub reklamowej,
- 2) dzieci w wieku co najmniej 14 lat, które mogą pracować w systemach kształcenia połączonego z pracą,
- 3) dzieci w wieku co najmniej 14 lat, jeżeli wykonują prace lekkie, określone w ustawodawstwie krajowym¹⁴.

Na potrzeby niniejszej publikacji zostały przyjęte definicje wynikające z przytoczonej wyżej dyrektywy. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie prawnych możliwości wykonywania pracy przez dzieci i młodzież na gruncie aktualnych przepisów prawnych w Polsce.

Prawne podstawy zatrudniania młodocianych

Treść artykułu 304⁵ k.p. wskazuje, w jakich gałęziach gospodarki dopuszcza się pracę osób poniżej 16 roku życia. Zbigniew Góral akcentuje, że poszczególne fazy rozwojowe w życiu człowieka – dzieciństwo, wiek młodzieńczy i dorosłość wyznaczają zakres możliwości uczestnictwa w aktywności na rynku pracy¹⁵. Ustawodawca ograniczył zatem możliwości zatrudniania osób niepełnoletnich. Każdorazowo podmiot zatrudniający dziecko musi uzyskać zgodę właściwego inspektora pracy, który może jej odmówić, jeżeli wykonywanie pracy lub innych działań zarobkowych powoduje zagrożenie dla życia, zdrowia i rozwoju psychofizycznego dziecka (np. dziecko miałoby brać udział w kręceniu zdjęć do filmu grozy, obciążane ponad siły fizyczne itp.) lub zagraża wypełnianiu obowiązku szkolnego przez dziecko (kiedy np. zajęcia zarobkowe są na tyle absorbujące, że dziecko nie ma czasu, ani siły na wypełnianie obowiązków szkolnych). Inspektor pracy podejmuje decyzję, mając do dyspozycji materiał opiniotwórczy. Do wniosku należy bowiem dołączyć opinię po-

¹⁴ M. Derlacz-Wawrowska, *Komentarz do art.190 k.p.*, [w:] M. Derlacz-Wawrowska, M. Latos-Milkowska, M. Wujczyk, *Kodeks pracy. Komentarz w perspektywie europejskiej i międzynarodowej*, Warszawa 2014, LEX (data dostępu: 7.07.2020).

¹⁵ Z. Góral, *Dopuszczalności pracy dzieci w polskim prawie pracy w świetle prawa międzynarodowego i europejskiego*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 6, s. 151.

radni psychologiczno-pedagogicznej, dotycząca braku przeciwwskazań do wykonywania przez dziecko pracy lub innych zajęć zarobkowych, orzeczenie lekarza stwierdzające brak przeciwwskazań do wykonywania przez dziecko pracy lub innych zajęć zarobkowych, a także opinię dyrektora szkoły, do której dziecko uczęszcza, dotycząca możliwości wypełniania przez dziecko tego obowiązku w czasie wykonywania przez nie pracy lub innych zajęć zarobkowych (jeśli dziecko podlega obowiązkowi szkolnemu)¹⁶. Należy tu również podkreślić, że art. 304⁵ pozwala na pracę dzieci, ale na jego podstawie nie można nawiązać stosunku pracy. Dziecko za zgodą przedstawiciela ustawowego oraz inspektora pracy może nawiązać jedynie cywilnoprawny stosunek świadczenia usług¹⁷. Inaczej kwestię tę komentuje Jakub Stelina, zdaniem którego zdolność pracowniczą, a więc szczególny przymiot nadany przepisami prawa, umożliwiający nawiązywanie i pozostawanie stroną stosunku pracy, przysługuje osobom o co najmniej ograniczonej zdolności do czynności prawnych, co w aspekcie wieku oznacza posiadanie zdolności pracowniczej przez osoby, które ukończyły 13 lat¹⁸. W literaturze przeważa jednak pogląd, że na podstawie art. 304⁵ nie można nawiązywać z dzieckiem stosunku pracy. Argumentem na poparcie tego punktu widzenia jest umieszczenie tegoż artykułu w dziale piętnastym Kodeksu pracy, który reguluje niepracownicze formy zatrudnienia¹⁹. Również fakt, że w art. 304⁵ mowa jest o „wykonywaniu pracy i innych działań zarobkowych”, a nie o „zatrudnieniu” wskazuje na niepracownicze formy wykonywania pracy. Podobne stanowisko zajęła Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego w postanowieniu z 22 listopada 1979 r.: „Granica wieku jest również warunkiem, od którego prawo uzależnia możliwość uzyskania przymiotu pracownika”²⁰. Andrzej M. Świątkowski idzie w swoich rozważaniach jeszcze dalej stwierdzając, że podstawę prawną zatrudnienia dziecka może stanowić terminowa umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna, a brak ograniczeń prawnych w wyborze podstaw zatrudnienia sprawia, że wyjątek od zakazu zatrudniania dzieci stwarza podstawę do uznania art. 304⁵ § 1 k.p. za normę prawną niezgodną z Konstytucją RP oraz sprzeczną z art. 190 § 1 k.p.²¹ Autor zwraca uwagę, że jedynym wyjątkiem wymienionym w judykaturze od wyraźnie sformułowanego w art. 190

¹⁶ P. Prusinowski, *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] K. W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, Art. 114–304(5), Warszawa 2020, LEX (data dostępu: 8.07.2020).

¹⁷ Zob. A. Rycak, *Komentarz do art. 304⁵ k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis (data dostępu: 8.07.2020).

¹⁸ J. Stelina *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis (data dostępu: 8.07.2020).

¹⁹ Por. J. Wrątny, *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] idem, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis (data dostępu: 8.07.2020).

²⁰ Postanowienie SN z 22 listopada 1979 r., sygn. akt III PZ 7/79, OSNCP z 1980 r., Nr 4, poz. 83.

²¹ A.M. Świątkowski, *Konstytucyjne paradygmaty prawa pracy*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10, Lex (data dostępu: 8.07.2020).

§ 2 k.p. zakazu zatrudniania dzieci jest postanowienie SN z 11 grudnia 1979 r., w którym stwierdzono, że do wykonywania przez dzieci rolnika „czynności związanych z prowadzeniem gospodarstwa rolnego” nie mają zastosowania ograniczenia wiekowe w zatrudnieniu młodocianych z art. 190 § 2 i 191 k.p., jako dotyczące tylko zatrudnienia w ramach stosunku pracy²².

Co do zasady, zatrudnianie dzieci jest w polskim prawie zabronione. Natomiast dopuszczalne jest zatrudnianie osób młodocianych, tj. takich, które ukończyły 15 rok życia, ale nie ukończyły 18 roku życia. Treść artykułu 191 k.p. doprecyzowuje możliwości prawne zatrudniania młodocianych. Wolno zatem zatrudniać młodocianego, który ukończył co najmniej 8-letnią szkołę podstawową (do czasu reformy systemu szkolnego przepis art. 191 k.p. pozwalał na zatrudnienie osoby będącej co najmniej absolwentem gimnazjum) oraz przedstawił świadectwo lekarskie stwierdzające, że praca danego rodzaju nie zagraża jego zdrowiu. Ten warunek zatrudniania młodocianych ma charakter bezwzględny, nie przewidziano od niego żadnych wyjątków. Pozostają z nim w związku następujące obowiązki pracodawcy:

- 1) skierowanie młodocianego na wstępne badania lekarskie przed dopuszczeniem do pracy na określonym stanowisku, a następnie na badania okresowe i kontrolne;

- 2) prowadzenie akt osobowych młodocianych, w ramach których należy przechowywać zaświadczenia (orzeczenia) lekarskie dotyczące zdrowia danego młodocianego;

- 3) prowadzenie przez pracodawcę, w którego zakładzie pracy występują czynniki szkodliwe dla zdrowia, rejestru wyników badań i pomiarów czynników szkodliwych dla zdrowia na stanowiskach pracy, z wyodrębnieniem stanowisk pracowników młodocianych;

- 4) wprowadzenie do regulaminu pracy (lub zakładowego układu zbiorowego pracy) wykazu prac wzbronionych młodocianym, rodzaju prac i wykazu stanowisk pracy dozwolonych pracownikom młodocianym w celu odbywania przygotowania zawodowego, wykazu lekkich prac dozwolonych pracownikom młodocianym zatrudnionym w innym celu niż przygotowanie zawodowe²³.

Poza zatrudnieniem w celu przygotowania zawodowego, młodociany może być zatrudniony przy pracach lekkich. Ich wykaz musi zostać sporządzony przez pracodawcę, a on sam zobowiązany jest do poinformowania młodocianego o dozwolonych pracach przed jego zatrudnieniem. Wykonywane przez młodocianego prace nie mogą stanowić zagrożenia dla jego rozwoju zarówno fizycznego, jak i psychicznego.

²² Postanowienie SN z 11 grudnia 1979 r., sygn. akt III UZP 10/79, OSNCP z 1980 r., Nr 5, poz. 101.

²³ Por. E. Suknarowska-Drzewiecka, *Komentarz do art. 191 k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), op. cit.

Osobną kwestię stanowi wymiar czasu pracy młodocianego. W art. 200² k.p. ustalono, że tygodniowy wymiar czasu pracy młodocianego w okresie odbywania zajęć szkolnych nie może przekraczać 12 godzin. W dniu, w którym młodociany uczestniczy w zajęciach szkolnych, nie może być zatrudniony dłużej niż w wymiarze 2 godzin. Ponadto, w okresie ferii szkolnych, czas pracy młodocianego nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin w tygodniu. Jeżeli natomiast młodociany nie ukończył 16 roku życia, dobowy wymiar czasu pracy nie może przekraczać 6 godzin. Korzystniejsze niż w przypadku pracownika dorosłego są również uprawnienia urlopowe młodocianych. Nabywają oni prawa do 12 dni urlopu po przepracowaniu 6 miesięcy i do 26 dni po przepracowaniu roku, przy czym oba te wymiary sumują się, wobec czego po 12 miesiącach pracy, młodocianemu przysługuje 38 dni urlopu wypoczynkowego. Ustawodawca wskazuje ponadto, że młodocianemu uczęszczającemu do szkoły należy udzielać urlopu w czasie ferii szkolnych, a gdyby jeszcze nie nabył prawa urlopowego – pracodawca może udzielić mu zaliczkowego urlopu w tym okresie, przy czym zgoda pracodawcy na takie udzielenie urlopu ma charakter uznaniowy²⁴.

Wykaz prac wzbronionych młodocianym

Młodociani, jak już wspomniano, mogą być zatrudniani jedynie przy pracach lekkich. Na pracodawcy ciąży obowiązek sporządzenia wykazu prac, przy których młodociani pracownicy nie mogą być zatrudniani. Szczegółowy wykaz wszystkich prac wzbronionych młodocianym ustalono na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 sierpnia 2004 r. w sprawie wykazu prac wzbronionych młodocianym i warunków ich zatrudniania przy niektórych z tych prac²⁵. Załącznik nr 1 do powyższego rozporządzenia zawiera bardzo szczegółowy wykaz stanowisk i miejsc pracy w których zatrudnianie młodocianych jest niedozwolone. Są one podzielone ze względu na charakter pracy na następujące grupy:

1) prace związane z nadmiernym wysiłkiem fizycznym – zalicza się do nich prace związane z podnoszeniem, przenoszeniem, załadunkiem i wyładunkiem przedmiotów o znacznym ciężarze, a także ręczne i nożne obsługiwane dźwigni, przenośników itp.;

2) prace wymagające stale wymuszonej i niewygodnej pozycji ciała, tj. czynności wykonywane w nietypowej pozycji: na kolanach, leżącej, w przyśiadzie lub przykłęk;

²⁴ Zob. P. Wąż, *Zatrudnianie młodocianych*, Warszawa 2009, Legalis (data dostępu: 8.07.2020).

²⁵ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz.1509.

3) prace zagrażające prawidłowemu rozwojowi psychicznemu – tutaj wykaz jest bardzo szeroki, obejmuje prace przy produkcji, reklamie i sprzedaży wyrobów alkoholowych i tytoniowych, prace w miejscach mogących wywierać silny wpływ na psychikę, takich jak ubojnie zwierząt, rakarnie, szpitale itp., ale także np. prace tancerzy w zakładach gastronomicznych;

4) prace w narażeniu na szkodliwe działanie czynników chemicznych, fizycznych i biologicznych, do których należą np. prace w środowisku zapylenia (kopalnie, żwirownie, ale również zakłady przetwórstwa spożywczego, w których odbywa się proces suszenia rozpyłowego); prace w miejscu o dużym natężeniu hałasu; prace w których zatrudniony ma kontakt z drobnoustrojami chorobotwórczymi, alergenami itp.;

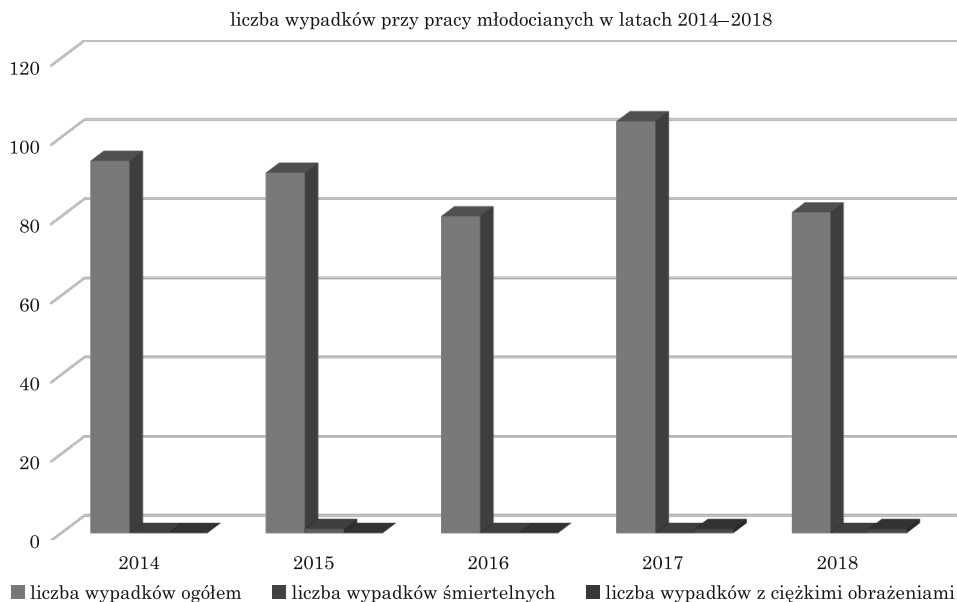
5) prace stwarzające zagrożenia wypadkowe, np. przy obsłudze młotów, pras, nożyc hydraulicznych i innych maszyn i urządzeń, które mogą spowodować ciężkie obrażenia ciała; prace w gospodarstwie rolnym przy obsłudze młoc-karni, sieczkarni, rozdrabniaczy, rozrzutników i innych podobnych maszyn; uruchamianie maszyn bezpośrednio po naprawie itp.; prace ze sprężonymi gazami, ze zwierzętami dzikimi, jadowitymi, ogierami, buhajami, trykami i knurami; prace pod ziemią lub na wysokościach powyżej 3 metrów i wiele innych.

Przy niektórych z wyżej wymienionych prac można zatrudniać młodocianych powyżej 16 roku życia w ograniczonym wymiarze czasu pracy i wówczas, gdy wymaga tego przygotowanie zawodowe. W takich przypadkach pracodawcy są obowiązani zapewnić specjalną ochronę stanu zdrowia młodocianych, a w szczególności: organizować pracę i zajęcia młodocianych w taki sposób, by na terenie zakładu pracy znajdowali się zawsze pod opieką wyznaczonej osoby, organizować przerwy w pracy młodocianych dla ich odpoczynku w pomieszczeniach izolowanych od czynników uciążliwych, występujących na danym stanowisku pracy oraz przestrzegać stosowania przez młodocianych właściwej odzieży ochronnej i sprzętu ochrony osobistej, zasad bezpieczeństwa i higieny pracy²⁶. W treści art. 281 §5 k.p. stwierdza się ponadto, że osoba będąca pracodawcą lub działająca w jego imieniu, która narusza przepisy o czasie pracy lub przepisy o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem i zatrudnianiu młodocianych, podlega karze grzywny od 1000 do 30 000 złotych.

²⁶ E. Maniewska, *Komentarz do art. 204 k.p.*, [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX (data dostępu: 8.07.2020).

Zagrożenia dla zdrowia i życia młodocianych związane z wykonywaniem pracy

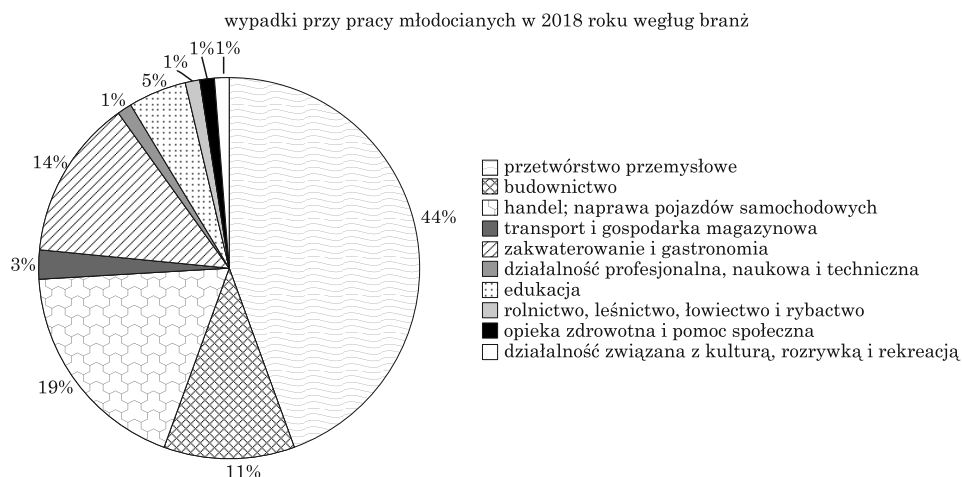
Młodociani nie mogą być zatrudniani do wykonywania prac zagrażających ich zdrowiu i życiu, o ile nie jest to konieczne z punktu widzenia przygotowania zawodowego. Oznacza to, że w pewnych uzasadnionych sytuacjach niepełnoletni pracownicy są w równym stopniu narażeni na wypadki przy pracy jak pracownicy „dorośli”. Główny Urząd Statystyczny publikuje co roku m.in. statystyki wypadków przy pracy. Jakkolwiek w ogólnej liczbie wypadków przy pracy zdarzenia dotyczące pracowników młodocianych stanowią niewielki odsetek, tym niemniej każdego roku jest to znaczna liczba. Na rys. 1 przedstawiono liczbę wypadków przy pracy pracowników w wieku poniżej 18 lat w latach 2014–2018.



Rys. 1. Liczba wypadków przy pracy, którym ulegli młodociani w latach 2014–2018

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego.

Z danych GUS wynika, że liczba wypadków z udziałem młodocianych jest mniej więcej stała. Najgorszy pod tym względem był rok 2017, gdy liczba zdarzeń przekroczyła 100. Najtragiczniejszy był z kolei rok 2015, gdy doszło do wypadku ze skutkiem śmiertelnym młodocianego. Młodociani ulegali wypadkom będąc zatrudnionymi w różnych gałęziach gospodarki.



Rys. 2. Udział procentowy wypadków przy pracy, którym ulegli młodociani w 2018 roku według branż

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Głównego Urzędu Statystycznego.

Przedstawione dane są dość zaskakujące. Mogłoby się wydawać, że najbardziej niebezpieczną dziedziną gospodarki będzie rolnictwo, ponieważ praca w gospodarstwach rolnych wykonywana przez dzieci na rzecz swoich rodziców nie stanowi naruszenia zakazu zatrudniania dzieci. Tymczasem praca w rolnictwie, łowiectwie, leśnictwie i rybołówstwie stanowi marginalną przyczynę występowania wypadków przy pracy – w 2018 r. miał miejsce jeden wypadek podczas prac rolnych. Blisko połowa zdarzeń z udziałem młodocianych w roku 2018 miała miejsce w przetwórstwie przemysłowym. Dane GUS mają dość ogólny charakter, tym niemniej należy przypomnieć, że prace w przemyśle przetwórczym mogą znajdować się w wykazie prac wzbronionych młodocianym. Warto dodać, że to pracodawca, a nie pracownik – zwłaszcza młodociani – zobowiązany jest do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Sąd Najwyższy stwierdził wprost, że pracodawca zobowiązany jest nie tylko do realizowania powszechnie obowiązujących przepisów bhp, jego zadanie sprowadza się również do zagwarantowania faktycznego bezpieczeństwa²⁷. Obowiązek zakładu pracy, wynikający z unormowania zawartego w treści art. 94 pkt 4, a także w art. 15 k.p., podniesiony do rangi podstawowej zasady prawa pracy, ma niewątpliwie na celu zapewnienie pracownikowi bezpiecznych warunków pracy²⁸. Ze względu na duży odsetek wypadków przy pracy młodocianych, które mają miejsce w przemyśle przetwórczym, a także w handlu i naprawie samochodów – blisko dwie trzecie wszystkich wypadków – można domniemywać, że dochodzi do nich podczas wykonywania

²⁷ Wyrok SN z 13 września 2016 r., sygn. akt III PK 146/15, OSP z 2017 r., Nr 5, poz. 51.

²⁸ Wyrok SN z 19 grudnia 1980 r., sygn. akt I PR 87/80, Legalis nr 22412.

prac związanych z przygotowaniem zawodowym, ponieważ w innych przypadkach zatrudnianie osób poniżej 18 roku życia nie powinno mieć miejsca. Fakt ten dodatkowo obciąża pracodawców, jako że zatrudniając młodocianych w celu przygotowania ich do zawodu, są w szczególny sposób odpowiedzialni za zapewnienie im bezpieczeństwa podczas pracy. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę jeszcze na jeden aspekt – umowę o pracę można zawierać jedynie z osobami pełnoletnimi. Umowa zawarta z nieletnim jest nieważna, jednak nie pozbawia to młodocianego prawa do dochodzenia swoich roszczeń. Małoletni, który nie ukończył 14 lat zawarł umowę o pracę i doznał w związku z zatrudnieniem na skutek wypadku uszczerbku na zdrowiu, uprawniony jest do dochodzenia – przed organami powołanymi do rozstrzygania sporów o roszczenia pracowników ze stosunków pracy – świadczeń na podstawie przepisów ustawy²⁹ z dnia 12 czerwca 1975 r. o świadczeniach pieniężnych z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych³⁰.

Podsumowanie i wnioski *de lege ferenda*

Międzynarodowa Organizacja Pracy nie była w stanie osiągnąć celu, jakim miało być wyeliminowanie pracy dzieci, ustanowionego prawie sto lat temu (w 1919 r.). Mimo powszechnego porozumienia co do potrzeby wyeliminowania szkód w pracy dzieci, światowy raport MOP z 2017 r. wskazuje na spowolnienie redukcji pracy dzieci w latach 2012–2016 i szacuje, że nadal ponad 150 milionów dzieci pracuje³¹. Przyjmuje się, że 48% pracujących dzieci na świecie jest w wieku 5–11 lat, a 28% – w wieku 12–14 lat. Według raportu MOP dzieci pracują głównie w rolnictwie (ponad 70%), usługach (około 20%) i przemyśle (około 10%). Niestety, istnieje też swoista szara strefa, tj. praca dzieci w warunkach zagrażających życiu. Do tej kategorii MOP zalicza: handel dziećmi, pracę niewolniczą, uczestnictwo w konfliktach zbrojnych, pracę w przemyśle pornograficznym i prostytucję oraz uczestnictwo w nielegalnych czynnościach, przez co należy rozumieć np. przemyt, handel narkotykami itp. Uważa się, że w 2016 r. w takich formach nielegalnego zatrudnienia na całym świecie pracowało ponad 73 mln dzieci³².

Sytuacja dzieci i młodocianych na polskim rynku pracy wydaje się w tych warunkach znacznie korzystniejsza, co nie oznacza, że jest idealna. Prawo polskie chroni dzieci i młodzież przed nadmiernym obciążeniem pracą.

²⁹ Dz.U. z 1975 r., Nr 20, poz. 105.

³⁰ Uchwała SN (7) – zasada prawna z 26 stycznia 1982 r., sygn. akt V PZP 8/81, OSNCP z 1982 r., Nr 7, poz. 94.

³¹ M. Bourdillon, R. Carothers, *Policy on Children's Work and Labour*, „Children & Society” 2019, vol. 33, s. 387.

³² *Global estimates of child labour: Results and trends, 2012–2016*, International Labour Office, Geneva 2017.

W odpowiednich aktach prawnych wskazuje się nadrzędność wypełnienia obowiązku szkolnego, a także konieczność zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i psychicznego osoby nieletniej, ażeby w przyszłości była ona w stanie przyjąć na siebie obowiązki wynikające z wykonywania pracy. Ustawa zasadnicza wprost zabrania stałego zatrudniania dzieci do lat 16. Kodeks pracy, jako wskazana w Konstytucji RP ustawa szczegółowa, regulująca zasady zatrudniania młodocianych, zezwala na podpisywanie umów cywilnoprawnych z dziećmi lub ich prawnymi opiekunami. Rozwiązania prawne obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej są jednak niedoskonałe i dają możliwości do szerokiej ich interpretacji. Brak jest np. uregulowań precyzyjnych czas pracy osób niepełnoletnich.

W ramach zmian *de lege ferenda* Autorka proponuje sięgnąć do ustawodawstwa innych państw członkowskich Unii Europejskiej. W Polsce brak jest przepisów, takich jak chociażby w Niemczech, gdzie wprowadzono wymóg, aby dzieci mające co najmniej 6 lat, uczestniczące w przedstawieniach teatralnych, pracowały maksymalnie 4 godziny pomiędzy godziną 10.00 a 23.00, zaś dzieci między 3 a 6 rokiem życia mogą uczestniczyć w przedstawieniach i nagraniach, a także w próbach maksymalnie w wymiarze 2 godzin między godziną 8.00 a 17.00. Kolejnym wymogiem jest, aby po wykonanej pracy dzieci korzystały z 14 godzin nieprzerwanego odpoczynku. W prawie greckim istnieje wymóg, według którego, aby dziecko mogło być zatrudnione w jakiegokolwiek formie, musi mieć ukończone 2 lata i bezwzględnie nie może pracować między godziną 22.00 a 6.00. Należy mu także zapewnić 12 godzin nieprzerwanego wypoczynku. W Wielkiej Brytanii dzieci wykonujące prace w kulturze zostały podzielone na trzy grupy wiekowe:

- najmłodsze (poniżej 5 lat) mogą pracować wraz z próbami maksymalnie 2 godziny między godziną 9.30 a 16.30, przy czym jednorazowo praca nie może trwać dłużej niż 30 minut;

- w przypadku dzieci między 5 a 13 rokiem życia praca może być wykonywana w wyżej wskazanych godzinach (jeżeli dziecko skończyło 10 lat, praca może zakończyć się o godz. 17.00), przy czym maksymalna całkowita długość pracy nie może przekraczać 3 godzin, a jednorazowo nie więcej niż 45 minut;

- w przypadku dzieci powyżej 13 roku życia praca może być wykonywana między godziną 9.00 a 19.00 (lub od godziny 8.30, pod warunkiem że poprzedniego dnia dziecko opuściło pracę o godzinie 18.30). W przypadku tych dzieci maksymalny czas pracy wynosi 3,5 godziny, a jednorazowo jedną godzinę³³.

Najbardziej korzystne dla rozwoju dzieci wydają się rozwiązania brytyjskie. Uwzględniają one istotne różnice w rozwoju dzieci w różnych okresach życia. Nieco kontrowersyjne wydaje się jednak połączenie w jednej grupie dzieci w wieku od 5 do 13 lat. W opinii Autorki pięciolatków i sześciolatków bliżej

³³ Por. K. Walczak, *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy, komentarz*, Warszawa 2019, Legalis (data dostępu: 11.07.2020).

jest do dzieci z pierwszej grupy. Dlatego wprowadzając podobne przepisy, należałoby optować za podziałem na grupy wiekowe: poniżej 7 lat, 7–13 lat i 13–15 lat.

Kolejnym zagadnieniem dotyczącym pracy młodocianych, które w opinii Autorki niniejszego artykułu wymaga uregulowania prawnego, jest zatrudnianie dzieci w gospodarstwach rolnych swoich rodziców. Sąd Najwyższy stwierdził, że doraźna pomoc w wykonywaniu typowych obowiązków domowych, zwyczajowo wymaganych od dzieci jako członków rodziny rolnika, nie stanowi stałej pracy w gospodarstwie rolnym zaliczanej do stażu ubezpieczeniowego³⁴. Sąd w cytowanym wyroku nie sprecyzował, które obowiązki domowe uznaje za „zwyczajowe”. Jest faktem bezspornym, że dzieci rolników są przez nich wykorzystywane jako pomoc w gospodarstwie i wykonują szereg specjalistycznych prac rolniczych. Wsparcie rodziców w gospodarstwie jest traktowane jak pewna norma, tymczasem doświadczenia z ostatnich lat pokazują, że kosztem pewnej niefrasobliwości rodziców i braku prawnej ochrony są choćby wypadki, którym dzieci ulegają, pracując przy maszynach rolniczych czy w ich pobliżu³⁵. Dlatego, nie negując konieczności pomocy rodzicom przez dzieci w prowadzeniu gospodarstwa rolnego, należy dolożyć wszelkich starań, aby nie były one narażone na niebezpieczeństwo. Prawo zabrania wykonywania przez dzieci prac na wysokościach, z dużymi zwierzętami, w szczególności z wymienionymi w cytowanym rozporządzeniu Rady Ministrów oraz z gnojowicą i obornikiem. Dzieci nie powinny brać udziału w uboju gospodarskim oraz pracach przy patroszeniu i rozbiorze mięsa. Przede wszystkim jednak zabroniona jest obsługa przez młodocianych maszyn rolniczych bez nadzoru. Najwięcej wypadków związanych z pracami rolniczymi ma bowiem miejsce właśnie w związku z maszynami rolniczymi. Niezbędne jest zatem wprowadzenie regularnych kontroli w gospodarstwach pod kątem zapewnienia młodocianym bezpiecznych warunków pracy.

Wykaz literatury

- Bourdillon M., Carothers R., *Policy on Children's Work and Labour*, „Children & Society” 2019, vol. 33.
- Derlacz-Wawrowska M., *Komentarz do art. 190 k.p.*, [w:] M. Derlacz-Wawrowska, M. Latos-Miłkowska, M. Wujczyk, *Kodeks pracy. Komentarz w perspektywie europejskiej i międzynarodowej*, Warszawa 2014, LEX.
- Góral Z., *Dopuszczalności pracy dzieci w polskim prawie pracy w świetle prawa międzynarodowego i europejskiego*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 6.
- Maniewska E., *Komentarz do art. 204 k.p.*, [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2019, LEX.

³⁴ Wyrok SN z 10 maja 2000 r., sygn. akt II UKN 535/99, OSNP z 2001 r., Nr 21, poz. 650.

³⁵ P. Rojek-Socha, *Prawo nie chroni pracujących dzieci*, 2019, LEX (data dostępu: 11.07.2020).

- Prusinowski P., *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] K.W. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, Art. 114–304(5), Warszawa 2020, LEX.
- Rojek-Socha P., *Prawo nie chroni pracujących dzieci*, 2019, LEX.
- Rycak A., *Komentarz do art. 304⁵ k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.
- Stelina J., *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.
- Suknarowska-Drzewiecka E., *Komentarz do art. 191 k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.
- Świątkowski A.M., *Konstytucyjne paradygmaty prawa pracy*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 10, Lex.
- Walczak K., *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy, komentarz*, Warszawa 2019.
- Waż P., *Zatrudnianie młodocianych*, Warszawa 2009, Legalis.
- Wrątny J., *Komentarz do art. 304⁵*, [w:] idem, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.

Summary

Protection of children and young employees labour on the Polish labour market

Key words: prohibition of employing children, young workers, apprenticeships, prohibited work, labour law.

One of the main goals of the International Labor Organization established after World War I is to fight with the exploitation of children for work. This problem has existed in the world since the beginning of history, but it was noticed only during the industrial revolution. Numerous international conventions signed under the auspices of the ILO have led to the establishment of a minimum age at which work can be undertaken. By ratifying ILO Convention No. 138, European Social Charter and Council Directive No. 94/33/EC, Poland has committed itself to guarantee a legal ban on child employment. The Constitution of the Republic of Poland states that the employment of persons under 16 for permanent work is prohibited. The purpose of this article is to present legal opportunities for children and young people to work under current legal provisions in Poland.

Rafał Mizerski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-7192-1374

rafal.mizerski@uwm.edu.pl

Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 28 sierpnia 2018 r. w sprawie *Savva Terentyev p. Rosji* (10692/09)

Na przestrzeni ostatnich kilkunastu miesięcy zapadło lub stało się ostatecznymi kilka rozstrzygnięć Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako Trybunał lub ETPC), które rozwijają strasburską adaptację koncepcji mowy nienawiści¹. Jest wśród nich wyrok w sprawie *Savva Terentyev p. Rosji*, będący przedmiotem tej glosy. Mimo że rozstrzygnięcie to zostało ogłoszone w sierpniu 2018 r., stając się ostatecznym w lutym 2019 r., dotąd nie doczekało się gruntownego omówienia w polskiej literaturze przedmiotu². Tymczasem w sprawie tej Trybunał po raz pierwszy tak wyraźnie wskazał, kto – w świetle standardów akceptowanych w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako EKPC)³ – powinien, a kto nie, być beneficjentem prawa sankcjonującego mowę nienawiści.

Stan faktyczny

Sprawa dotyczyła nałożenia sankcji karnej za komentarz internetowy wymierzony w rosyjską milicję⁴ i jej funkcjonariuszy. Zamieścił go w lutym

¹ Por. zwłaszcza wyrok ETPC z 13 marca 2018 r., 51168/15, 51186/15, *Stern Taulats i Roura Capellera p. Hiszpanii*; decyzję ETPC z 22 stycznia 2019 r., 20373/17, *Šimunović p. Chorwacji*; wyrok ETPC z 14 stycznia 2020 r., 41288/15, *Beizaras i Levickas p. Litwie*; decyzję ETPC z 12 maja 2020 r., 29297/18, *Lilliendahl p. Islandii*.

² Krótkie omówienie zamieszczono na portalu Lex: K. Warecka, *Strasburg: skazanie za nienawiść do policji sprzeczne z Konwencją. Savva Terentyev przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 28 sierpnia 2018 r., skarga nr 10692/09*, 2018, LEX.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁴ Na mocy ustawy federalnej z 7 lutego 2011 r. nr 3-FZ o policji (S.Z.R.F. 2011, nr 7, s. 900), milicję zastąpiła policja.

2007 r. Savva Terentyev – rosyjski bloger i muzyk, późniejszy skarżący w postępowaniu przed Trybunałem – pod wpisem na blogu znajomego dziennikarza, który krytykował przeszukanie przez milicję redakcji opozycyjnej wobec władz regionalnych gazety, do którego doszło w trakcie kampanii wyborczej do parlamentu Republiki Komi. Odnosząc się do tego wpisu oraz innych związanych ze sprawą opinii, skarżący napisał: „Nie zgadzam się z koncepcją, że »milicjanci nadal mają mentalność represyjnej pałki w rękach tych, którzy mają władzę«. Po pierwsze, nie są to milicjanci, tylko gliniarze; po drugie, ich mentalność jest nieuleczalna. Świnia zawsze pozostaje świnia. Kto zostaje gliniarzem? Tylko prymitywy i bandziory – najdurniejsi i najmniej wykształceni przedstawiciele świata zwierząt. Byłoby wspaniale, gdyby w centrum każdego rosyjskiego miasta, na rynku głównym był piec, jak w Auschwitz, w którym uroczyste, każdego dnia, a jeszcze lepiej dwa razy dziennie (po-wiedzmy w południe i o północy) spalano by niewiernych gliniarzy. Ludzie by ich palili. Byłby to pierwszy krok do oczyszczenia społeczeństwa z tego glino-bandyckiego brudu”.

Za słowa te postawiono skarżącemu zarzut z art. 282 ust. 1 rosyjskiego kodeksu karnego, który w owym czasie zakazywał działań mających na celu podżeganie do nienawiści lub wrogości oraz upokarzanie godności osoby lub grupy osób ze względu na m.in. „przynależność do grupy społecznej”⁵. Gdy przyczyna wszczęcia postępowania karnego stała się mu znana, skarżący usunął kontrowersyjny komentarz, a w trakcie procesu przeprosił za niego „uczciwych milicjantów”. Dowodził on przy tym, że słowa, których użył, były emocjonalną i spontaniczną reakcją na wiadomość o przeszukaniu w redakcji opozycyjnej gazety, a przesada, której się dopuścił, miała służyć wyrażeniu przekonania, że „niewierni” milicjanci powinni być surowo ukarani.

Argumenty te nie przekonały rosyjskiego wymiaru sprawiedliwości. Sąd I instancji uznał zasadność aktu oskarżenia, orzekając, że skarżący jest winny publicznego popełnienia czynów, mających na celu podżeganie do nienawiści i wrogości oraz upokarzania godności grupy osób, tj. milicjantów, ze względu na ich przynależność do grupy społecznej, tj. grupy funkcjonariuszy milicji, których łączy wspólna działalność. Zdaniem sądu, popełnione przez niego przestępstwo było szczególnie rażące i stanowiło zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego, ponieważ uderzało w fundamenty porządku konstytucyjnego i bezpieczeństwa państwa. W konsekwencji, sąd wymierzył skarżącemu karę roku pozbawienia wolności w zawieszeniu.

W apelacji skarżący kwestionował m.in. rozszerzenie zakresu znaczeniowego terminu „grupa społeczna” na milicjantów. Mimo to, Sąd Najwyższy Republiki Komi utrzymał wyrok zapadły w pierwszej instancji.

⁵ Ustawa federalna z 13 czerwca 1996 r. nr 63-FZ Kodeks karny Federacji Rosyjskiej (S.Z.R.F. z 1996 r., Nr 25, s. 2954).

W 2011 r. Savva Terentyev uzyskał azyl polityczny w Estonii i zamieszkuje obecnie poza granicami Rosji.

Wyrok Trybunału

Wzorcem normatywnym w postępowaniu przed Trybunałem był w tej sprawie art. 10 EKPC. Skarżący oraz pozwana przez niego Rosja zgodzili się, że skazanie tego pierwszego za komentarz internetowy było ingerencją w jego wolność ekspresji, chronioną przez ten przepis. Strony podzieliła natomiast ocena, czy była to ingerencja odpowiadająca wymogom ust. 2 art. 10 EKPC – skarżący kwestionował jej zgodność z prawem oraz konieczność w demokratycznym społeczeństwie.

W zakresie pierwszego z tych zarzutów podniósł on, nawiązując do ugruntowanych w orzecznictwie Trybunału poglądów⁶, że art. 282 rosyjskiego kodeksu karnego, który był podstawą prawną jego skazania, nie spełniał standardów jakościowych, tzn. nie był przewidywalny. Możliwa była bowiem zarówno jego nadinterpretacja, rozciągająca znaczenie pojęcia „grupa społeczna” na funkcjonariuszy publicznych, jak i jego selektywne i arbitralne stosowanie.

Pozwane państwo zaprzeczyło, by ingerencja była niezgodna z prawem, ale nie rozwinęło w tym zakresie argumentacji prawnej.

Trybunał przyznał natomiast, że w obszarze regulacji art. 282 rosyjskiego kodeksu karnego może być trudno o ujęcie normy z absolutną precyzją, a nawet wskazana jest pewna elastyczność pozwalająca sądom na dokonywanie oceny, co jest wzniecaniem nienawiści i wrogości. Poza tym zwykle znaczenie słów „grupa społeczna” nie stoi w sprzeczności z odnoszeniem ich także do milicji, a pozwane państwo nie może być karane za to, że w czasie rozstrzygania sprawy skarżącego nie wykształciła się jeszcze spójna praktyka interpretacji podstawy prawnej jego skazania. W konsekwencji Trybunał oddalił pierwszy z zarzutów skarżącego.

Zarzut drugi dotyczył braku konieczności ingerencji w wolność ekspresji. Skarżący powoływał się na to, że jego komentarz skierowany był tylko przeciwko nieuczciwym milicjantom, że stały za nim poważne powody związane z nadużywaniem władzy przez milicję, że wpis miał charakter spontanicznej reakcji w trakcie dyskusji o kolejnym takim przypadku oraz że w żadnym

⁶ W orzecznictwie ETPC zgodność z prawem ingerencji w konwencyjne uprawnienia oznacza nie tylko oparcie jej na podstawie prawnej, ale też zapewnienie odpowiedniej jakości tej podstawy, na co składa się jej dostępność, przewidywalność oraz zapewnienie efektywnego środka kontroli. Drugi z tych wymogów jest spełniony wówczas, gdy obywatel jest w stanie – jeśli trzeba korzystając z porady prawnej – przewidzieć, w rozsądnym w danych okolicznościach zakresie, konsekwencje, które może pociągnąć za sobą podjęte działanie. Szerzej zob. R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2009, s. 231–246.

razie nie było to wezwanie do stosowania przemocy. Jego słowa o uroczystym paleniu niewiernych gliniarzy były tylko metaforą, a za nawiązanie do Auschwitz skarżący przeprosił. Poza tym jego komentarz dotarł do bardzo wąskiej grupy użytkowników Internetu.

Rząd reprezentujący pozwane państwo utrzymywał natomiast, że ingerencja była konieczna. Słowom skarżącego, opublikowanym na ogólnie dostępnym blogu, przyświecał bezpośredni zamiar podżegania do nienawiści i wrogości wobec funkcjonariuszy milicji oraz poniżenia godności osób należących do tej grupy, więc nie sposób ich uznać za część debaty publicznej.

Trybunał przyznał, że w kwestionowanym komentarzu internetowym skarżący użył bardzo mocnych słów. Obrażliwy język może znaleźć się poza zakresem ochrony wolności ekspresji, ale nie przesądza o tym samo posłużenie się wulgarnymi sformułowaniami. W tej sprawie kluczową kwestią było to, czy wypowiedź skarżącego, czytana jako całości i z uwzględnieniem kontekstu jej sformułowania, mogła być postrzegana jako propagująca przemoc, nienawiść lub nietolerancję.

Odpowiadając na to pytanie, Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że skarżący sformułował swój komentarz w ramach dyskusji o wykorzystywaniu milicji do nękania w okresie kampanii wyborczej kandydatów opozycyjnych wobec władzy. Komentarz ten wyrażał dezaprobatę wobec takich nadużyć, zawierając sceptyczną i sarkastyczną ocenę panujących wśród funkcjonariuszy milicji standardów moralnych. Jakkolwiek zdanie o uroczystym paleniu niewiernych gliniarzy w piecach, podobnych do tych z Auschwitz, brzmi szczególnie agresywnie i wrogo, to jednak Trybunał nie był przekonany, że można je potraktować jako wezwanie do fizycznej eksterminacji milicjantów. W jego opinii była to raczej prowokacyjna metafora wyrażająca pragnienie oczyszczenia milicji ze skorumpowanych i nadużywających władzy milicjantów i emocjonalny apel o podjęcie działań w tym kierunku.

Komentarz nie był atakiem wymierzonym w żadnego konkretnego funkcjonariusza, a dotyczył raczej milicji jako instytucji publicznej. W tym kontekście Trybunał zwrócił uwagę, że trudno znaleźć powody – a nie wskazały ich także sądy rosyjskie – dla których służba ta powinna korzystać ze zwiększonej ochrony przed znieważaniem, ośmieszaniem lub zniesławianiem. Nie jest to bowiem mniejszość bądź grupa, która ma za sobą historię prześladowań bądź nierównego traktowania, która musi mierzyć się z głęboko zakorzenionymi uprzedzeniami, wrogością lub dyskryminacją, bądź która z innych powodów jest podatna na atak. Co więcej, milicja jako część sił bezpieczeństwa państwa powinna wykazywać szczególnie wysoki stopień tolerancji dla obraźliwych wypowiedzi, chyba że jest prawdopodobne, że takie wypowiedzi sprowokują nieuchronne, bezprawne działania w stosunku do funkcjonariuszy i narażą ich na realne ryzyko przemocy fizycznej. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał tylko wyjątkowo był skłonny stwierdzić istnienie takiego ryzyka,

a co za tym idzie – zaaprobować ingerencję w wolność ekspresji. Zawsze było to w bardzo wrażliwym kontekście napięć, konfliktów zbrojnych, walki z terroryzmem lub buntów więziennych z ofiarami śmiertelnymi. Tymczasem istnienie takiego kontekstu w przedmiotowej sprawie nie było powoływane ani w decyzjach sądów krajowych, ani w stanowisku pozwanego państwa, przedłożonym w postępowaniu przed Trybunałem. Ten ostatni nie dał się wobec tego przekonać, że inkryminowany komentarz był zdolny zachęcić do przemocy, wystawiając funkcjonariuszy milicji na ryzyko jej doświadczenia.

Trybunał nie podzielił też opinii pozwanego państwa o szerokim zakresie oddziaływania słów skarżącego zauważając, że należy czynić dystynkcję między mainstreamowymi stronami internetowymi, a tymi o niskim czytelnictwie, do których należała strona, na której znalazł się inkryminowany komentarz. Poza tym skarżący nie był ani rozpoznawalnym blogerem, ani popularnym użytkownikiem mediów społecznościowych, ani też wpływową osobistością; zainteresowanie tym, co napisał, wzmoгло dopiero wszczęcie postępowania karnego przeciwko niemu.

Trybunał dopatrywał się za to istotnych braków w rozumowaniu rosyjskich sądów, które skupiły się na formie i brzmieniu wypowiedzi skarżącego. Nie podjęły one natomiast wysiłku rozważenia kontekstu dyskusji, w trakcie której skarżący sformułował swój komentarz ani sedna jego opinii; pozostawiły bez jakiegokolwiek uzasadnienia twierdzenie, że komentarz stanowił zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego, ponieważ uderzał w fundamenty porządku konstytucyjnego i bezpieczeństwo państwa; w końcu, nie oceniły szkodliwego potencjału słów skarżącego z uwzględnieniem ich politycznego i społecznego tła oraz zakresu oddziaływania.

Jednocześnie sankcja nałożona na skarżącego została uznana za poważną. Trybunał tylko wyjątkowo dopuszcza bowiem możliwość orzeczenia kary więzienia za wypowiedź w debacie dotyczącej kwestii stanowiących przedmiot uzasadnionego zainteresowania publicznego. Chodzi zwłaszcza o sytuacje, gdy sankcjonowane wypowiedzi poważnie szkodzą prawom fundamentalnym, jak ma to miejsce w przypadku mowy nienawiści i podżegania do przemocy. W tym jednak wypadku nie mieliśmy do czynienia ze słowami, które by stanowiły „wyraźne i bezpośrednie niebezpieczeństwo” sprowokowania takiej przemocy.

W tym kontekście Trybunał uznał za stosowne wyrażenie swoich oczekiwań co do jakości prawa i praktyki karnej wymierzonych w wypowiedzi wzniecające, promujące bądź uzasadniające przemoc, nienawiść bądź nietolerancję. Otóż takie prawo powinno „jasno i precyzyjnie definiować zakres odnośnych przestępstw” oraz być „ściśle interpretowane w celu uniknięcia sytuacji, w której dyskrecjonalność państwa w zakresie ścigania takich przestępstw staje się zbyt szeroka i potencjalnie może być obszarem nadużyć związanych z jego wybiórczym egzekwowaniem”.

Ostatecznie Trybunał jednomyślnie orzekł⁷, że doszło do naruszenia wolności ekspresji skarżącego. Skazanie go za internetowy komentarz nie odpowiadało bowiem pilnej potrzebie społecznej i było nieproporcjonalne wobec celu prawowitego przyświecającemu ingerencji, tj. ochronie dobrego imienia i praw funkcjonariuszy milicji, a zatem nie może być uznane za konieczne w społeczeństwie demokratycznym. Trybunał nie zdecydował się jednak na zasądzenie na rzecz skarżącego słusznego zadośćuczynienia, będąc zdania, że samo stwierdzenie pogwałcenia art. 10 EKPC powinno być w tym przypadku wystraszającym satysfakcjonujące.

Komentarz

Znaczenie wyroku *Savva Terentyev p. Rosji* uwidacznia się przede wszystkim w tym obszarze orzecznictwa strasburskiego, który związany jest z mową nienawiści. Z punktu widzenia EKPC, mowa nienawiści rodzi trzy problemy wewnątrzsystemowe, tj. strasburskie rozumienie tej kategorii wypowiedzi, jej konwencyjną kwalifikację prawną oraz tryb procedowania Trybunału w razie rozpoznawania zarzutu jej głoszenie. Głosowany wyrok ma precedensowe znaczenie dla pierwszego z nich. Jednocześnie z orzecznictwa strasburskiego, dotyczącego mowy nienawiści, wynikają wskazania, które powinny kształtować literę prawa oraz praktykę jego stosowania w państwach–stronach EKPC. Także z tego powodu wyrok *Savva Terentyev p. Rosji* zasługuje na uwagę.

Pojęcie mowy nienawiści nie jest obecne ani w treści EKPC, ani w protokołach dodatkowych do niej. Nie jest to sytuacja odbiegająca od tej znanej z innych traktatów praw człowieka, z tą jednak różnicą, że wiele spośród tych z nich, które gwarantują wolność ekspresji, wskazuje jednocześnie treści, których głoszenie objęte musi być zakazem⁸ bądź wręcz sankcją karną⁹. EKPC jest pozbawiona analogicznych przepisów zawierając jedynie ogólny zakaz nadużycia praw człowieka (art. 17)¹⁰, z którego wynika także zakaz nadużycia wolności ekspresji.

⁷ ETPC orzekał w następującym składzie sędziowskim: przewodnicząca H. Jäderblom (wybrana z ramienia Szwecji), B. Lubarda (Serbia), D. Dedov (Rosja), P. Pastor Vilanova (Andora), A. Poláčková (Słowacja), J. Schukking (Holandia), M. Elósegui (Hiszpania). Wyrok stał się ostateczny 4 lutego 2019 r., po odrzuceniu przez Wielką Izbę wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

⁸ Zob. np. art. 20 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPOP, Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

⁹ Zob. np. art. 13 ust. 5 Amerykańskiej konwencji praw człowieka (AKPC), tekst polski [w:] M. Zubik (red.), *Wybór dokumentów międzynarodowych dotyczących praw człowieka*, Warszawa 2008.

¹⁰ Artykuł 17 wyklucza taką interpretację EKPC, która przyznawałaby państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzających do zniweczenia konwencyjnych praw i wolności lub ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje EKPC. Tymczasem takie ogólne zakazy nadużycia prawa znane są też tym traktatom, które wprost precyzują, jakie treści wypowiedzi nie są objęte ich ochroną, zob. np. art. 5 ust. 1 MPPOP oraz art. 29a AKPC.

Koncepcja mowy nienawiści przeniknęła zatem do systemu EKPC w drodze orzecznictwa Trybunału, przede wszystkim na gruncie tych spraw, w których ingerencja krajowa w wolność chronioną przez art. 10 EKPC motywowana była zwalczaniem mowy nienawiści. Widomym znakiem tego procesu są rozstrzygnięcia, w których Trybunał wprost określa pewne wypowiedzi jako mowę nienawiści bądź odmawia takiego ich zakwalifikowania¹¹. Niekiedy jednak termin ten w ogóle nie pada, ale Trybunał, charakteryzując wypowiedzi, których oceną się zajmuje, odwołuje się do desygnatu tego terminu zaczerpniętego z definicji mowy nienawiści wykorzystywanych w jego orzecznictwie¹². Chodzi tu zwłaszcza o zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97)20 z 30 października 1997 r. w sprawie „mowy nienawiści”¹³, które wraz z zaleceniem nr 7 Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji o ogólnej polityce ECRI w sprawie prawodawstwa krajowego dotyczącego zwalczania rasizmu i dyskryminacji rasowej z 13 grudnia 2002 r.¹⁴ stało się podstawą pierwszego, zuniwersalizowanego ujęcia mowy nienawiści w orzecznictwie strasburskim. Doszło do tego w 2003 r. w wyroku *Gündüz p. Turcji*, w którym Trybunał stwierdził, że „tolerancja i poszanowanie równej godności wszystkich istot ludzkich tworzy podstawy demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa. Wobec tego, w niektórych społeczeństwach demokratycznych może co do zasady zostać uznane za konieczne sankcjonowanie lub nawet zapobieganie wszelkim formom wypowiedzi, które szerzą, podżegają, promują lub uzasadniają nienawiść opartą na nietolerancji (w tym nietolerancji religijnej), pod warunkiem, że nałożenie jakichkolwiek »formalności«, »warunków«, »ograniczeń« czy »kar« jest proporcjonalne do dochodzonego celu prawowitego”¹⁵. Tę charakterystykę – niekiedy uzupełnianą o wypowiedzi, które szerzą, podżegają, promują lub uzasadniają przemoc – Trybunał przywoływał wielokrotnie w swoim późniejszym orzecznictwie dotyczącym mowy nienawiści¹⁶, w tym także w głosowanym wyroku¹⁷.

¹¹ Por. np. wyrok z 16 czerwca 2015 r., 64569/09, *Delfi AS p. Estonii*, pkt 140 (ETPC nazwał niektóre sporne wypowiedzi mową nienawiści); wyrok ETPC z 19 marca 2019 r., 43624/14, *Hoiness p. Norwegii*, pkt 69 (ETPC zakwestionował, że sporne wypowiedzi były mową nienawiści).

¹² Np. w sprawie *Stasiów p. Polsce* (decyzja ETPC z 7 lutego 2006 r., 6880/02) ETPC uznał zarzut naruszenia art. 10 EKPC za oczywiście bezzasadny, określając słowa skarżącej, których dotyczył spór, jako mające cechy słów oszczerczych, obelżywych i rasistowskich, których użycie stanowi przestępstwo.

¹³ <https://rm.coe.int/1680505d5b> (data dostępu: 20.06.2020).

¹⁴ CRI(2003)8, <https://rm.coe.int/0900001680927dce> (data dostępu: 20.06.2020).

¹⁵ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2003 r., 35071/97, *Gündüz p. Turcji*, pkt 40.

¹⁶ Por. np. wyrok ETPC z 6 lipca 2006 r., 59405/00, *Erbakan p. Turcji*, pkt 56; wyrok ETPC z 31 lipca 2007 r., 41551/98, *Karatepe p. Turcji*, pkt 25; wyrok ETPC z 29 kwietnia 2008 r., 73715/01, *Kutlular p. Turcji*, pkt 47; wyrok ETPC z 16 lipca 2009 r., 15615/07, *Féret p. Belgii*, pkt 64; wyrok ETPC z 17 grudnia 2013 r., 27510/08, *Perinçek p. Szwajcarii*, pkt 107; wyrok ETPC z 9 maja 2018 r., 52273/07, *Stomakhin p. Rosji*, pkt 92 (tu w wersji mówiącej o szerzeniu, podżeganiu, promowaniu lub uzasadnianiu przemocy, nienawiści lub nietolerancji).

¹⁷ *Savva Terentyev p. Rosji*, pkt 40 (w wersji mówiącej o szerzeniu, podżeganiu, promowaniu lub uzasadnianiu przemocy lub nienawiści opartych na nietolerancji).

Ustalenie tego, co jest mową nienawiści, ma istotne znaczenie przy wyznaczaniu strasburskich granic wolności ekspresji. Wypowiedzi zaliczane przez Trybunał do tej kategorii mogą bowiem w ogóle nie korzystać z gwarancji EKPC¹⁸. Trybunał jest gotowy uważać część z nich – w zgodzie z art. 17 EKPC – za nadużycie rzeczzonej wolności, co pozbawia szukającego ochrony konwencyjnej dobrodziejstw płynących z zastosowania klauzuli limitacyjnej z ust. 2 art. 10 EKPC, tj. gruntowego zbadania przez Trybunał, czy w danym przypadku ingerencja była legalna, celowa i konieczna¹⁹. Trybunał nie jest jednak w tym podejściu konsekwentny i w części spraw uznanie nienawistnego charakteru wypowiedzi nie przeszkadzało mu stosować art. 10 EKPC. Obecnie stara się on zrationalizować własną niekonsekwencję, wyodrębniając dwie kategorie mowy nienawiści – bardziej i mniej poważną. Ta pierwsza jest całkowicie poza ochroną art. 10 EKPC, podczas gdy sankcjonowanie tej drugiej podlega ocenie z perspektywy art. 10 ust. 2 EKPC²⁰.

Wyłaniające się z rozstrzygnięć Trybunału rozumienie mowy nienawiści jest jednak ważne przede wszystkim ze względu na jego oddziaływanie na prawo i praktykę krajową państw–stron EKPC, zwłaszcza że mówimy tu o koncepcji, która może rodzić po stronie władzy pokusę wykorzystania jej dla własnych, politycznych interesów, ze skutkiem w postaci ograniczenia debaty publicznej.

Na przestrzeni lat judykatura Trybunału ustalała *a casa ad casum*, jakie treści, w jakim kontekście i formie oraz wobec kogo głoszone można uznać za szerzenie, podżeganie, promowanie lub uzasadnianie przemocy lub nienawiści opartych na nietolerancji. Tymczasem precedensowość glosowanego wyroku polega na tym, że Trybunał zdecydował się w nim –bazując także na swym wcześniejszym orzecznictwie – na bardziej generalne ujęcie ostatniego z wymienionych, tj. podmiotowego elementu mowy nienawiści.

W tej sprawie skarżący został skazany na podstawie przepisu sankcjonującego m.in. mowę nienawiści wobec bliżej nieokreślonej „grupy społecznej”. W interpretacji sądów rosyjskich taką grupę społeczną mogą stanowić także milicjanci, z czym Trybunał się nie zgodził, nie znajdując powodów do uznania tych ostatnich za społeczność wymagającą wzmożonej ochrony przed znieważaniem, ośmieszaniem lub zniesławianiem. W tym kontekście wymienił on alternatywnie sformułowane cechy, którymi powinny charakteryzować się grupy kwalifikujące się do takiej ochrony: posiadanie historii prześladowań

¹⁸ Por. np. *Gündüz p. Turcji*, pkt 41.

¹⁹ Na temat praktyki stosowania art. 17 EKPC patrz: A. Bodnar, M. Szuleka, *Koncepcja nadużycia prawa w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a mowa nienawiści*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 150–172; I. C. Kamiński, *Kilka uwag o art. 17 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), op. cit., s. 179–189.

²⁰ Por. *Lilliendahl p. Islandii*, pkt 34–35 i wskazane tam orzecznictwo.

baż nierówności, doznawanie głęboko zakorzenionych uprzedzeń, wrogości lub dyskryminacji, podatność na atak z innych powodów.

Dwie pierwsze z nich odwołują się do dotychczasowych doświadczeń danej społeczności, a więc czegoś, co zasadniczo nadaje się do rzetelnego zweryfikowania w oparciu o wiedzę historyczną, oczywiście przy akceptacji dla pewnego stopnia subiektywizmu, związanego w szczególności z identyfikowaniem tego, co jest zakorzenionym uprzedzeniem bądź dyskryminacją. Cecha trzecia jest natomiast najtrudniejsza do zobiektywizowania, nie musi się bowiem uwiarządniać zdarzeniami z przeszłości, poddając się antycypowaniu np. z właściwości lub położenia grupy, które w jakiejś mierze są analogiczne z właściwościami lub położeniem grup, które już takich ataków doświadczyły.

Nie jesteśmy jednak całkowicie skazani na domysły co do tego, jakie społeczności Trybunał miał na uwadze, formułując tę listę przesłanek kwalifikujących do ochrony przed mową nienawiści, jako że w tym kontekście wprost przywołał on swoje wcześniejsze orzecznictwo dotyczące nienawistnych wypowiedzi adresowanych do imigrantów, mniejszości narodowych oraz homoseksualistów. Warto zatem podkreślić, że w *dictum* Trybunału mowa jest o mniejszościach i grupach, a z tego zdaje się wynikać, że cechą konstytutywną beneficjentów regulacji chroniących przed mową nienawiści wcale nie musi być ich mniejszościowy charakter. Takie podejście byłoby słuszne – nic tak bowiem nie uderza w koncepcję mowy nienawiści (w tym przychylny odbiór tej koncepcji w oczach opinii publicznej), jak jej selektywne stosowanie do grup wyodrębnionych o tę samą rodzajowo cechę, np. narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie czy orientację seksualną. Gdy podstawą odmowy ochrony jest niemniejszościowy status grupy, daje to asumpt do postrzegania rzeczzonej koncepcji jako narzędzia represjonowania większości. Co nie znaczy, że taki status pozbawiony jest wszelkiego znaczenia przy kwalifikowaniu krytyki jako nienawistnej.

Zakwestionowanie prawa milicjantów do szczególnej ochrony przed mową nienawiści jest rozstrzygnięciem słusznym i wpisuje się w dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące granic dopuszczalnej krytyki funkcjonariuszy publicznych. Zapoczątkował je wyrok w sprawie znieważenia polskich strażników miejskich, w którym Trybunał po raz pierwszy uznał, że granice dopuszczalnej krytyki funkcjonariuszy publicznych mogą być szersze niż granice krytyki wymierzonej w osoby prywatne, choć nie aż tak szerokie jak granice krytyki polityków²¹. Wpuszczenie milicjantów w charakterze społeczności wymagającej szczególnej ochrony pod parasol regulacji sankcjonujących mowę nienawiści zmierzałoby rzecz jasna w stronę przeciwną.

Z dużym prawdopodobieństwem można było przewidzieć, że Trybunał nie będzie skłonny tego uczynić już po sprawie *Stern Taulats i Roura Capellera*

²¹ Wyrok ETPC z 21 stycznia 1999 r., 25716/94, *Janowski p. Polsce*, pkt 33.

p. Hiszpanii, w której celem symbolicznego ataku – publicznego spalenia odwróconego zdjęcia hiszpańskiej pary królewskiej – uznanego przez sądy po-zwanego państwa za nienawistny, były konkretne osoby – król i jego małżonka. Mimo to, Trybunał widział w tym akcie nie tyle nienawistny atak na osobę, co raczej daleko posuniętą krytykę „przywódcy i symbolu aparatu państwowego”²². Tymczasem w komentowanej sprawie tego elementu personalizującego krytykę w ogóle nie było; słowa skarżącego dotyczyły w istocie instytucji milicji, a nie konkretnych milicjantów. Gdyby było jednak inaczej i jego wpis wymierzony był w dających się zidentyfikować funkcjonariuszy, rozstrzygnięcie prawdopodobnie byłoby odmienne²³. Szeregowi urzędnicy nie uosabiają bowiem państwa w żaden porównywalny z monarchą sposób, więc i słowny atak na nich trudniej uznać za symboliczny atak na instytucję państwa. Poza tym sama wypowiedź skarżącego była bardziej bezpośrednim wezwaniem do przemocy niż miało to miejsce w sprawie hiszpańskiej.

Czy to znaczy, że niezindywidualizowana krytyka milicji (policji) lub innych służb czy instytucji państwowych nigdy nie będzie traktowana przez Trybunał jako mowa nienawiści? Z całą pewnością nie, bowiem także osoby zaangażowane w działalność takich podmiotów może osiągnąć przemoc. Ważny jest natomiast społeczny kontekst wypowiedzi, który może urealnić padające w niej groźby czy nawoływania (np. zamieszki, starcia z policją, atmosfera wrogości i nienawiści wobec policji itp.). W tym zakresie Trybunał zastosował – nie po raz pierwszy w swym orzecznictwie²⁴, choć nieprzywoływany regularnie – test „wyraźnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa” (*clear and imminent danger*)²⁵, który komentarz skarżącego przeszedł pomyślnie, przede wszystkim ze względu na brak wspomnianego, szczególnego kontekstu społecznego.

Podsumowując, z wyroku *Savva Terentyev p. Rosji* wyłania się przekonanie Trybunału, które Autor podziela, że milicjanci (policjanci) tworzą grupę społeczną, która nie ma trwałych cech czyniących ją w sposób szczególny podatną na atak, a zatem generalnie nie wymaga szczególnej ochrony przed nienawistnym słowem. Jedynie wyjątkowo, w obliczu masowych przypadków agresji wobec funkcjonariuszy bądź otaczającej ich atmosfery nienawiści, która ma potencjał, by przerodzić się w akty agresji wobec nich, społeczność ta jako grupa może stać się beneficjentem prawa chroniącego przed mową niena-

²² *Stern Taulats i Roura Capellera p. Hiszpanii*, pkt 36, 38–39, 41.

²³ Por. wyrok ETPC z 8 lipca 1999 r., 26682/95, *Sürek p. Turcji (nr 1)*, pkt 62.

²⁴ Wyrok ETPC z 8 czerwca 2010 r., 4870/02, *Gül i inni p. Turcji (nr 1)*, pkt 42.

²⁵ Test ten przywołuje na myśl *clear and present danger test* stosowany przez lata przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (patrz na ten temat: D. Laycock, *The Clear and Present Danger Test*, „Journal of Supreme Court History” 2000, t. 25, nr 2, s. 161–186) oraz *real and imminent danger test* proponowany przez Franka La Rue, specjalnego sprawozdawcę Narodów Zjednoczonych ds. propagowania i ochrony prawa do wolności poglądów i wypowiedzi (*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 07.09.2012, A/67/357, pkt 46).

wiści. Co innego, gdy atak słowny dotyczy nie instytucji, lecz konkretnych, identyfikowalnych funkcjonariuszy i ma cechy pozwalające przypuszczać, że może realnie wywołać agresję wobec nich, wówczas żaden dodatkowy, szczególnie kontekst społeczny nie jest konieczny, by uznać, że stali się oni ofiarami mowy nienawiści.

W końcowej części uzasadnienia głosowanego wyroku Trybunał sformułował swoje oczekiwania dotyczące krajowych regulacji karnych sankcjonujących mowę nienawiści, a także praktyki ich stosowania. Chodziło o to, by prawo jasno i precyzyjnie definiowało zakres takich przestępstw oraz by było ściśle interpretowane po to, aby unikać dyskrecjonalności władz, wyrażającej się zwłaszcza w selektywnym egzekwowaniu tych unormowań. Ta uwaga dziwi o tyle, że sugeruje, iż Trybunał miał wątpliwości co do jakości prawa rosyjskiego, które było podstawą ingerencji w wolność ekspresji skarżącego, mimo że wcześniej oddalił zarzut dotyczący braku jego odpowiedniej przewidywalności. Tłumaczyć to może taktyka orzecznicza Trybunału, który nie chciał przesądzać rozstrzygnięcia sporu bez gruntownego wyjaśnienia swojej oceny kontrowersyjnych słów skarżącego bądź też zaprzepaścić okazji do sprecyzowania jednego z kluczowych elementów koncepcji mowy nienawiści – co w obu przypadkach możliwe było tylko na etapie rozważania konieczności ingerencji, nie zaś jej legalności. Tak czy inaczej, uwaga ta wskazuje, że Trybunał dostrzegł w tej sprawie próbę nadużycia przez władze rzeczzonej koncepcji i ma świadomość, że także w przyszłości koncepcja ta niewłaściwie rozumiana bądź implementowana może stanowić realne zagrożenie dla wolności ekspresji. Prawo sankcjonujące mowę nienawiści powinno być zatem tak formułowane i stosowane, by minimalizować to ryzyko.

Wykaz literatury

- Bodnar A., Szuleka M., *Koncepcja nadużycia prawa w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka a mowa nienawiści*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabis (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010.
- Kamiński I.C., *Kilka uwag o art. 17 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych Wolności*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabis (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010.
- Laycock D., *The Clear and Present Danger Test*, „Journal of Supreme Court History” 2000, t. 25, nr 2.
- Mizerski R., *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2009.
- Warecka K., *Strasburg: skazanie za nienawiść do policji sprzeczne z Konwencją. Savva Terentyev przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 28 sierpnia 2018 r., skarga nr 10692/09*, 2018, LEX.

Summary

Commentary on the judgment of the European Court of Human Rights of 28 August 2018, 10692/09, *Savva Terentyev v. Russia*

Key words: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, hate speech, police.

In *Savva Terentyev v. Russia*, the European Court of Human Rights, for the first time in its history, has made extensive reference to the question of who should and who should not be protected by a hate speech law. The author understands the judgment as expressing the Court's conviction, he shares, that police officers form a social group which does not have permanent features making it particularly vulnerable and therefore, generally, does not require special protection against hate speech. Only exceptionally, in the face of intense aggression against officers or the growing atmosphere of hatred surrounding them, that has the potential to transform into acts of aggression, police officers as a group should become a beneficiary of a law protecting against hate speech.

Karol Smoter

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-4067-6614

karolsmo@ukw.edu.pl

Glosa aprobująca do wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 czerwca 2018 r. w sprawach II FSK 1525/16 i II FSK 1526/16¹

Jeżeli obdarowany zostanie obciążony obowiązkiem wykonania polecenia, to obciążenie to stanowi ciężar darowizny, jednak pod warunkiem, że polecenie zostanie wykonane. Ustawodawca nie wprowadził przy tym warunku, że beneficjentem polecenia może być jedynie osoba trzecia, ewentualnie darczyńca. (...) Wartość obciążenia z tego tytułu stanowi ciężar spadku (zapisu) lub darowizny, odnosi się do wykonania polecenia („o ile polecenie zostało wykonane”) bez różnicowania na charakter i rodzaj tegoż polecenia.

Uwagi wprowadzające

Komentowane rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego² porusza dyskusyjną materię dopuszczalności uznawania wykonanego polecenia darczyńcy za ciężar darowizny otrzymanych nieodpłatnie środków pieniężnych przez podatnika, co w konsekwencji skutkuje zmniejszeniem podstawy opodatkowania w podatku od spadków i darowizn. Nakreślone zagadnienie jest aktualne i doniosłe, a także rodzi implikacje nie tylko w aspekcie teoretycznym, lecz także w praktyce stosowania przepisów prawa podatkowego. W głosowanym orzeczeniu NSA uznał, że przepis art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn³ należy wyklądać literalnie i zgodnie z zasadą *in dubio pro tributario*, a zatem jeżeli obdarowany został obciążony poleceniem, a po-

¹ LEX nr 2535330.

² Dalej jako NSA.

³ Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1813).

lecenie zostało wykonane, wówczas podstawa opodatkowania darowizny może być obniżona o wartość wykonanego polecenia jako pomniejszającego wartości nabytych w drodze darowizny rzeczy i praw majątkowych – i to niezależnie od tego, kto został beneficjentem polecenia. Innymi słowy, okoliczność, że wykonanie polecenia doprowadziło do przysporzenia u samego obdarowanego, jest prawnie indyferentna z punktu widzenia jego skuteczności i nie wyłącza zastosowania art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn. W tym miejscu należy uwypuklić, że komentowane orzeczenie dotyczy wyłącznie kwestii zagadnienia wykonania polecenia przez obdarowanego, którego beneficjentem jest on sam i dopuszczalności uznania, czy takie polecenie, wykonane „dla siebie”, może stanowić dla obdarowanego ciężar darowizny, prowadzący do obniżenia podstawy opodatkowania darowizny. Nie jest natomiast przedmiotem analizy ewentualność powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od spadków i darowizn z innego tytułu, w szczególności z tytułu polecenia. W stanie faktycznym sprawy treścią polecenia darczyńcy było przeznaczenie środków pieniężnych pochodzących z darowizny na spożytkowanie ich na cele mieszkaniowe przez obdarowaną. Wykonane w ten sposób przez obdarowaną polecenie w sensie ekonomicznym służyło *de facto* jej samej.

Rozważania nad trafnością komentowanego rozstrzygnięcia należy poprzedzić kilkoma uwagami wstępnymi. Zgodnie z treścią art. 1 ustawy o podatku od spadków i darowizn, podatkowi temu podlega nabycie przez osoby fizyczne własności rzeczy znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub praw majątkowych wykonywanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej tytułem m.in. darowizny. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 2 powołanej ustawy, jeżeli spadkobierca, obdarowany lub osoba, na której rzecz został uczyniony zapis zwykły lub windykacyjny, zostali obciążeni obowiązkiem wykonania polecenia lub zapisu zwykłego, wartość obciążenia z tego tytułu stanowi ciężar spadku, darowizny, zapisu zwykłego lub windykacyjnego, a w przypadku polecenia, o ile zostało wykonane.

Dyskusyjna na kanwie glosowanego orzeczenia jest kwestia, czy wykonane polecenie stanowi ciężar darowizny w każdych okolicznościach, bez względu na jego skutki ekonomiczne, tj. w oderwaniu do skutku w postaci uszczuplenia majątku u samego obdarowanego (tj. podatnika). Obrazując powyższe, dotyczy to sytuacji, w której darczyńca włożył na obdarowanego polecenie, aby ten otrzymane na podstawie umowy darowizny środki pieniężne przeznaczył na własne potrzeby, tytułem przykładu, na budowę domu dla siebie. W tymże ujęciu obdarowany jest równocześnie beneficjentem polecenia. W następstwie wykonania polecenia zgodnie z wolą darczyńcy, a więc „dla siebie”, kierując się literalnym brzmieniem art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn, będzie miał on prawo do pomniejszenia wartości otrzymanych w darowiznie środków pieniężnych, doprowadzając do zmniejszenia, a niekiedy nawet

do wyeliminowania podstawy opodatkowania w podatku od spadków i darowizn, mimo że *de facto* wykonanie polecenia nie uszczupliło jego majątku⁴.

W efekcie podatnicy skłonni byli powoływać się na wykonanie polecenia darczyńcy „dla siebie” z zamiarem uniknięcia niekorzystnych konsekwencji podatkowych wynikających m.in. z uchybienia terminowi do złożenia deklaracji SD-Z2 i utraty zwolnienia podatkowego w związku z przynależnością tzw. zerowej grupy podatkowej. Zarówno interpretacje przepisów prawa podatkowego, jak też praktyka organów podatkowych i poglądy wojewódzkich sądów administracyjnych nie pozostawiały wątpliwości w kwestii wykładni przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn. W prezentowanym ujęciu wykonane polecenie darczyńcy mogłoby prowadzić do zmniejszenia podstawy opodatkowania wyłącznie wówczas, gdyby wiodło ono do rzeczywistego, tj. realnego ekonomicznie uszczuplenia majątku samego obdarowanego. *A contrario*, gdy podatnik zgodnie z poleceniem „zużył” otrzymane w darowiźnie środki pieniężne na własne potrzeby, wówczas nie mógł on pomniejszyć wartości darowizny o wartość włożonego nań polecenia. Upředzając dalszy tok rozważań, z takim poglądem nie zgodził się NSA w komentowanym orzeczeniu.

Treść i istota rozstrzygnięcia NSA

Rozważania nad trafnością rozstrzygnięcia NSA poprzedzić należy ustaleniem znaczenia pojęć „darowizna” i „polecenie”. Oba te terminy nie są zdefiniowane w przepisach prawa podatkowego i zasadne wydaje się odwołanie do ich rozumienia na gruncie cywilistyki⁵.

W prawie cywilnym darowizna jest nazwaną umową nieodpłatną, na mocy której darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia na rzecz obdarowanego kosztem swego majątku. Zawarcie umowy następuje *donandi causa*, zaś przysporzenie otrzymywane przez obdarowanego jest wyrazem aktu szczodrobliwości darczyńcy. Nieodpłatnego charakteru darowizny nie pozbawia okoliczność, że przyczyną dla jej uczynienia jest chęć okazania wdzięczności za okazaną przez obdarowanego życzliwość. Nie eliminuje jej też, kiedy dar-

⁴ W efekcie, organy podatkowe kwestionowały korzystną dla podatników linię interpretacyjną, zgodnie z którą zużycie środków pieniężnych pochodzących z polecenia darczyńcy przez samego obdarowanego miało stanowić dla niego ciężar darowizny. Skutkiem takiej wykładni byłoby stworzenie możliwości do obchodzenia przepisów o podatku od spadków i darowizn i unikania opodatkowania tym podatkiem. Tymczasem w ostatnich latach blisko 90% dochodów budżetu państwa stanowiły podatki, zob. O. Nieczepa, J. Orłowski, *Penalizacja fałszerstwa faktur*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41, s. 41, zaś podobną rolę dla budżetów gminnych odgrywiają podatki samorządowe, w tym podatek od spadków i darowizn.

⁵ Por. B. Brzeziński, *Prawo podatkowe a prawo cywilne*, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 402–404.

czyńca ma prawo spodziewać się wdzięczności obdarowanego w przyszłości, noszącej znamiona właśnie szeroko rozumianej życzliwości⁶.

W kontekście omawianej problematyki istotne jest, że nałożenie na obdarowanego obowiązku spełnienia oznaczonego świadczenia, tj. obciążenie darowizny poleceniem⁷, nie wpływa na to, iż darowizna staje się umową odpłatną. Bezpłatności świadczenia darczyńcy nie przekreśla fakt, że „darczyńca włożył na obdarowanego” uzgodniony przez strony obowiązek jako polecenie oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc przy tym nikogo wierzycielem⁸. Co istotne, treścią polecenia może być korzyść zarówno dla darczyńcy, dla interesu społecznego, dla innej osoby lub osób czy też, co istotne w analizowanej kwestii, także dla obdarowanego⁹. Podstawą opodatkowania w podatku od spadków i darowizn jest jedynie „czysta” wartość darowizny, tj. pomniejszona o wartość polecenia. Podstawę opodatkowania z tytułu darowizny stanowi wartość nabytych rzeczy i praw majątkowych po potrąceniu długów i ciężarów (czysta wartość).

W głosowanym NSA słusznie rozstrzygnął, że każde wykonane polecenie darczyńcy przez podatnika od spadków i darowizn zawsze będzie stanowić ciężar darowizny, o którym mowa w art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn. W konsekwencji wszelkie wykonane polecenia prowadzić będą do obniżenia podstawy opodatkowania w podatku od spadków i darowizn. W skrajnych, a co istotniejsze – wcale nieodosobnionych przypadkach, może prowadzić to do wyeliminowania obciążenia podatkowego w ogóle.

Analiza rozstrzygnięcia NSA

Pogląd NSA uznać należy za prawidłowy, zaś przytoczone na jego poparcie argumenty za trafne i przekonujące. Tenże sąd słusznie zwrócił uwagę, że ustawodawca nie wprowadził rozróżnienia konsekwencji prawnych wykonania polecenia darczyńcy w zależności od tego, czy uszczupla ono majątek obdarowanego, czy też nie prowadzi do takiego skutku. *Lege non distinguente*, rozróżnienia takiego nie wolno wprowadzać interpretatorowi.

Swoje rozważania NSA prawidłowo rozpoczął od przytoczenia treści art. 217 Konstytucji RP, zgodnie z którym nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmio-

⁶ L. Stecki, [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, Warszawa 1989, s. 799.

⁷ Zob. wyrok SN z 20 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 172/06, LEX 5644788.

⁸ B. Lackoroński, [w:], K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, komentarz do art. 888, pkt 17; J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017, s. 597, 641.

⁹ S. Babiarsz, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa 2019, s. 372.

tów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy. Przepis ten stanowi uzupełnienie i konkretyzację unormowania z art. 84 Konstytucji, statuującego granicę władztwa daninowego państwa oraz ustanawiającego zasadę *nullum tributum sine lege*. Dlatego nieodłączną właściwością podatku jako jednego z rodzajów daniny publicznej jest konieczność jego ustanowienia w ustawie podatkowej¹⁰. Omawiany przepis formułuje nie tylko nakaz ustawowego nakładania obciążeń podatkowych w polskim systemie prawa, lecz ponadto zakłada, że wszystkie obligatoryjne elementy konstrukcji podatku powinny być określone aktami rangi ustawowej. W kontekście analizowanej materii dotyczy to w szczególności przedmiotu podatku i podstawy opodatkowania. Toteż powstanie obowiązku podatkowego jest nieodłącznie związane z istnieniem przepisu ustawy podatkowej, który ów obowiązek wprowadza, zaś obowiązku podatkowego się nie domniemywa¹¹.

NSA przy rozstrzyganiu nakreślonego sporu prawnego prawidłowo odwołał się do dorobku cywilistyki i orzeczeń Sądu Najwyższego¹² w zakresie analizy istoty i charakteru prawnego polecenia darczyńcy. W tymże kontekście istotną uwagą jest, że adresatem polecenia, czyli osobą, na rzecz której obdarowany ma podjąć określone działanie, może być nie tylko osoba trzecia, lecz także on sam. W tej sytuacji to obdarowany odniesie z tytułu wykonania polecenia korzyść majątkową lub osobistą¹³. Prawo wprost dopuszcza taką ewentualność. Uczynienie obdarowanego beneficjentem, wbrew stanowisku organów podatkowych, nie zmienia charakteru takiego obowiązku, gdyż nie powoduje utraty bytu prawnego polecenia w rozumieniu art. 893 k.c. Toteż w procesie wykładni art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn brać należy pod uwagę znaczenie terminu „polecenie”, nadane mu w prawie cywilnym. Nie uchybia to w żaden sposób zasadzie autonomii przepisów prawa podatkowego, albowiem w przepisach tych próżno doszukać się definicji legalnej terminów „darowizna” czy „polecenie”. Nie może ulegać żadnej wątpliwości, że prawo cywilne stanowi punkt wyjścia dla regulacji podatkowych z uwagi na to, że wprowadza podstawowe definicje i normy, a przede wszystkim dostarcza faktów poprzez czynności prawne które podlegają opodatkowaniu¹⁴. W ocenie NSA nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że darczyńca jest władny w umowie darowizny obciążyć obdarowanego obowiązkiem spełnienia polecenia. Co istotne, polecenie może być nałożone na obdarowanego tak po zawarciu umowy darowizny, jak i po jej wykonaniu. Okoliczność powyższa nie ma

¹⁰ A. Nita, *Stosunek podatkowoprawny*, [w:] B. Brzeziński (red.), op. cit., s. 43.

¹¹ Por. wyrok NSA z 19 marca 2015 r., sygn. akt I GSK 1987/13, LEX nr 1794596.

¹² Por. wyrok SN z 20 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 172/06, LEX 5644788.

¹³ Por. S. Dmowski, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego Ks. 3. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2009, s. 529, 531.

¹⁴ Tak słusznie E. Lewandowska, *Uniwersalizm instytucji bezpodstawnego wzbogacenia a nienależne świadczenia na rzecz organu podatkowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28, s. 201.

jednak istotnego znaczenia dla oceny ważności i skuteczności polecenia. Ważność polecenia oceniać należy w kontekście ważności samej umowy darowizny, nie zaś tego, czy powoduje ono skutek w postaci rzeczywistego uszczuplenia majątku obdarowanego. Wreszcie, polecenie może mieć na celu korzyść zarówno darczyńcy, jak i obdarowanego, osoby trzeciej czy też społeczeństwa. W kontekście poczynionych uwag, NSA doszedł do słusznego wniosku, że prawo podatkowe nie może nadawać terminowi „polecenie” odmiennego aniżeli w prawie cywilnym profiskalnego znaczenia.

Analiza treści przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn prowadzi do wniosku, że jeżeli obdarowany zostanie obciążony obowiązkiem polecenia, to wykonanie takiego obciążenia będzie zawsze stanowić ciężar darowizny. Jedynym warunkiem, który przewiduje ustawa jest wymóg, aby polecenie zostało wykonane. Ustawodawca nie wprowadził przy tym żadnego dodatkowego warunku czy przesłanki, od których zaistnienia uzależnił prawną skuteczność polecenia darczyńcy. Przede wszystkim próżno doszukać się w ustawie podatkowej warunku, że beneficjentem polecenia może być jedynie osoba trzecia, ewentualnie darczyńca. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, *lege non distinguente* przepis ten ma zastosowanie również w sytuacji, w której beneficjentem polecenia jest sam obdarowany. Co więcej, prawo cywilne przewiduje jednorodny charakter instytucji polecenia. Tym samym nie wyodrębnia się różnego rodzaju „poleceń” w zależności od skutków, które wywołują i od tego, kto miałby być ich beneficjentem.

Rację ma także NSA przy odwołaniu się do zasad techniki prawodawczej. Jedną z nich zakłada, że jeżeli w ustawie lub innym akcie normatywnym ustalono znaczenie danego określenia w drodze definicji, w ramach tego aktu nie należy posługiwać się tym określeniem w odmiennym znaczeniu. Jeżeli zaś wyjątkowo zachodzi taka konieczność, należy wyraźnie podać inne znaczenie danego określenia i ustalić. Dlatego też w pełni zgodzić się należy z zapatrywaniem NSA, że nie można w prawie podatkowym instytucji prawa cywilnego wykładać w sprzeczności do utrwalonej w tej gałęzi prawa ich wykładni, skoro przepisu prawa podatkowego nie nakazują odmiennego definiowania takich pojęć. Warto zauważyć, że w prawie podatkowym znane są przypadki odmiennego definiowania pojęć charakterystycznych innym gałęziom prawa. Tytułem przykładu powołać można w tym kontekście terminy „budynek” czy „budowla”. W omawianym przypadku ustawodawca nie uregulował odmiennie w prawie podatkowym pojęć „darowizna” i „polecenie”.

W tym miejscu nawiązać należy do założenia racjonalności prawodawcy. Racjonalny prawodawca to taki, który nie stanowi norm przypadkowych, norm ze sobą sprzecznych, a także zbędnych. Toteż skoro w ustawie podatkowej nie odnajdujemy definicji legalnej terminu „polecenie darczyńcy”, oznacza to, że taka właśnie była wola ustawodawcy. Postulat racjonalności prawodawcy nakazuje uznać, iż jest to celowe, a nie przypadkowe działanie. Dlatego też

terminy „darowizna” i „polecenie”, którymi posługuje się ustawodawca podatkowy, mają takie same znaczenie, jakie nadane im zostało w prawie cywilnym. Stąd też, jeżeli w prawie cywilnym skuteczność wykonanego polecenia darczyńcy nie jest uzależniona od tego, kto stał się jego beneficjentem, to w identyczny sposób należy rozumieć termin „polecenie” w prawie podatkowym.

Słuszny jest także argument NSA, że w kontekście wykładni terminu „polecenie darczyńcy” nie powinno odwoływać się do wykładni celowościowej i woli ustawodawcy podatkowego. Przede wszystkim poza sporem pozostaje kwestia, że podstawową metodą wykładni przepisów prawa podatkowego jest wykładnia językowa. Nie może ulegać wątpliwości, że przy interpretacji treści przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn należy kierować się jego językową, literalną wykładnią. W tym kontekście ustawa stanowi wprost, że wartość obciążenia z tytułu polecenia stanowi ciężar darowizny. Takie sformułowanie ustawodawcy jest jasne, oczywiste i bezwarunkowe. W szczególności jakakolwiek wykładnia rozszerzająca będzie sprzeczna z ustalonymi regułami wykładni przepisów prawa podatkowego i prowadzić będzie do niezgodnego z prawem skutku *in dubio pro fisco*. Dlatego też interpretowany przepis należy rozumieć w taki sposób, jaki wynika z jego literalnego brzmienia. W prawie podatkowym jedynie wyjątkowo i posiłkowo mogą znaleźć zastosowanie pozajęzykowe metody wykładni. W żadnym wypadku nie mogą one jednak prowadzić do ograniczania praw podatnika, naruszać zasady pewności prawa i podważać zaufania dłużników podatkowych do państwa i stanowionego przez jego organy ustawodawstwa.

Wnioski

W tym kontekście powyższe rozstrzygnięcie NSA uznać należy za w pełni słuszne i odpowiadające prawu. Sąd ten prawidłowo zakwestionował podejście, zgodnie z którym jeżeli prawodawca podatkowy nie uregulował instytucji darowizny ani polecenia w sposób odmienny aniżeli ma to miejsce w nauce prawa cywilnego, interpretatorowi podatkowemu nie wolno *per analogiam* wprowadzać dodatkowych – nieuregulowanych normatywnie warunków dla skuteczności polecenia. Zakaz wykładni rozszerzającej, wywodzący się z normy określonej w art. 217 Konstytucji RP, implikuje konieczność ścisłej, literalnej interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podstawy opodatkowania w podatku od spadków i darowizn. Fakt, że ustawodawca podatkowy milczy w kontekście uzależnienia skutków podatkowych określonego stanu faktycznego, bez względu na to, czy jest to działanie zamierzone, czy wynika z błędu legislacyjnego, prowadzić będzie zawsze do powstania obszaru wolnego od opodatkowania, zamiast tworzyć lukę prawną podlegającą

cą analogii¹⁵. W tym kontekście jedyną słuszną metodą wykładni, prowadzącą do rezultatów zgodnych z prawem, jest wykładnia językowa (literalna, gramatyczna). W wyniku jej zastosowania uprawniony jest wniosek, że obciążenie obowiązkiem odnosi się do samego faktu wykonania polecenia, bez różnicowania na charakter i rodzaj tegoż polecenia. Dlatego też owo obciążenie nie musi skutkować ekonomicznym uszczupleniem majątku obdarowanego.

Praktyczną implikacją zajęcia tegoż prawidłowego stanowiska przez NSA jest możliwość wystąpienia sytuacji, w której zobowiązanie podatkowe po stronie obdarowanego nie powstanie. Efekt taki nastąpi, gdy całość otrzymanej darowizny, zgodnie z poleceniem darczyńcy, przeznaczona zostanie przez obdarowanego na cel określony w poleceniu z korzyścią dla siebie. Mimo daleko idących konsekwencji, rozstrzygnięcia NSA należy zaaprobować i uznać jako odpowiadające prawu i ustalonym prawidłom jego wykładni. Nie zmienia to jednak faktu, że na kanwie poczynionych rozważań do pomyślenia są inne możliwe aspekty zaistniałego stanu faktycznego w kontekście ewentualności powstania obowiązku podatkowego w zakresie podatku od spadków i darowizn z innego tytułu – przede wszystkim tytułem polecenia. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy o podatku od spadków i darowizn, obowiązek podatkowy powstaje przy nabyciu z polecenia darczyńcy – z chwilą wykonania polecenia. Tylko na marginesie wspomnieć trzeba, że opodatkowanie polecenia w takiej sytuacji nie jest wcale oczywiste. Zgodnie z treścią art. 5 ustawy o podatku od spadków i darowizn, obowiązek podatkowy ciąży na nabywcy własności rzeczy i praw majątkowych. Tymczasem w stanie faktycznym, będącym przedmiotem glosy, obdarowany nabywa środki pieniężne nie tytułem polecenia, lecz darowizny. W wykonaniu polecenia dokonuje ich zbycia, tj. przeznaczenia na własne cele mieszkaniowe. Natomiast nabywając nieruchomości, obdarowany nabywa ją nie tytułem polecenia czy darowizny, lecz na podstawie zawieranej ze sprzedawcą innej umowy cywilnoprawnej, tj. umowy sprzedaży.

Wykaz literatury

- Babiarz S., *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa 2019.
- Brzeziński B., *Prawo podatkowe a prawo cywilne*, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009.
- Brzeziński B., *Prawo podatkowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Toruń 2017.
- Dmowski S., [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego Ks. 3. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2009.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2017.

¹⁵ Zob. R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2019, s. 170; na temat analogii w prawie podatkowym por. B. Brzeziński, *Prawo podatkowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Toruń 2017, s. 539.

- Lackoroński B., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016.
- Lewandowska E., *Uniwersalizm instytucji bezpodstawnego wzbogacenia a nienależne świadczenia na rzecz organu podatkowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28.
- Mastalski R., *Prawo podatkowe*, Warszawa 2019.
- Nieczepa O., Orłowski J., *Penalizacja fałszerstwa faktur*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41.
- Nita A., *Stosunek podatkowoprawny*, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009.
- Stecki L., [w:] J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, Warszawa 1989.

Summary

Approving gloss to the decision of the Chief Administrative Court of 27 June 2018 (II FSK 1525/16 and 1526/16)

Key words: inheritance and donation tax, donor order, donation, the burden of donation, the autonomy of tax law.

The gloss focuses on the issue resulting from the ruling of the Chief Administrative Court relating to the legal effects of the donor's order in the context of reducing the value of the donation, and thus the tax base in the light of the provisions of the inheritance and donation tax Statute. According to the content of art. 7 paragraph 2 of the Act on inheritance and donation tax, if the recipient has been charged with the obligation to comply with the order, the value of the charge is a burden, if it has been carried out. According to the position of tax authorities and administrative courts of lower instances, the donor's order reduces the tax base only if the obligation to perform it in the economic sense imposes a charge on the recipient, leading to the depletion of his property. A different position was taken by the Chief Administrative Court, which ruled that each donor's order which is carried out, constitutes a burden of donation, regardless of whether the donor charged with it is also its beneficiary. According to the Chief Administrative Court, each order of donor, which is carried out, constitutes a burden of donation. This view follows from the idea, that it is unacceptable to apply an expanding interpretation of tax law provisions and to fulfil the gap in tax law in such a way that the interpreter introduces an additional condition, the fulfilment of which makes it possible to reduce the value of the donation by the burden of the instruction carried out. It is therefore unacceptable to differentiate the legal nature of the order due to who is its beneficiary.

