

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji

Studia **P**rawnoustrojowe

35



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

KOMITET REDAKCYJNY
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)
Beata Pachuca-Smulska, Elżbieta Zębek (zastępcy)
Kacper Milkowski (sekretarz)

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

REDAKTOR TOMU
Piotr Starzyński

REDAKCJA WYDAWNICZA
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE
Marian Rutkiewicz

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

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2017

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

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 12; ark. druk. 10,25
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 303

Spis treści

ARTYKUŁY

Michał Peno , <i>Sprawiedliwość kary w niesprawiedliwych społeczeństwach – uwagi o nurtach krytycznych w filozofii karnania</i>	5
Ilona Grądzka , <i>Zasada nieograniczonego zakresu ustawy a członkostwo Polski w Unii Europejskiej</i>	25
Marta Kowalczyk-Ludzia, Katarzyna Pruszkiewicz-Słowińska , <i>The questioning of a suspect within the Polish criminal process vis-à-vis compliance with human rights legislation</i>	41
Bartłomiej Gadecki , <i>Parabanki – wybrane zagadnienia</i>	51
Agnieszka Łąpieś-Rosińska , <i>Przypadki łącznego stosowania prawa publicznego i prywatnego</i>	67
Michał Mariański , <i>Question of justice on the financial market regulations. Chosen legal aspects</i>	79
Marta Roma Tużnik , <i>Interes publiczny czy interes prywatny w zasadzie in dubio pro tributario?</i>	91
Anna Tworowska-Baraniuk, Karolina Zapolska , <i>Prywatnoprawny tryb egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję</i>	103
Dominik Styczyński , <i>Umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych</i>	113

GLOS Y

Dorota Calkiewicz , <i>Glosa do wyroku WSA w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., sygn. akt VII SA/Wa 922/15</i>	127
Agnieszka Rotkiewicz , <i>Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt I SA/Łd 31/16</i>	137

RECENZJE I SPRAWOZDANIA

Marcin Rulka , Mohd. Sanjeer Alam, K.C. Sivaramakrishnan (red.), <i>Fixing Electoral Boundaries in India. Laws, Processes, Outcomes, and Implications for Political Representation</i> , Oxford University Press, New Delhi 2015	147
Elżbieta Zębek, Natalia Kulbacka-Burakiewicz , <i>Sprawozdanie z I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Terroryzm wobec środowiska na świecie”, Olsztyn, 18 stycznia 2017 r.</i>	157

IN MEMORIAN

Małgorzata Szwejkowska , <i>Profesor Stanisław Pikulski (1945–2016)</i>	161
--	-----

*Artykuły***Michał Peno**

Katedra Teorii i Filozofii Prawa

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego

**Sprawiedliwość kary w niesprawiedliwych
społeczeństwach – uwagi o nurtach
krytycznych w filozofii karania****Uwagi wprowadzające**

Celem artykułu jest zarysowanie koncepcji czy podejść filozoficzno-społecznych, reformatorskich czy krytycznych w stosunku do standardowego modelu prawa karnego i wizji sprawiedliwości. W szczególności zostaną skomentowane mniej znane w polskiej nauce prawa (także karnego) refleksje autorów takich, jak George P. Fletcher czy Terry Eagleton czy Bruce A. Arrigo, którzy podejmują zagadnienia szeroko pojętej filozofii prawa karnego. Nie oznacza to jednak *stricte* sprawozdawczego charakteru rozważań. Symptomatyczne jest przy tym to, że krytyczny namysł nad współczesnym prawem karnym stał się udziałem nie tylko prawników. Prawnicy bowiem operują metodami i metodologią dopuszczającą jedynie umiarkowaną krytykę. Filozofia prawa z kolei powinna pełnić rolę pośrednika, co najmniej prezentując rozmaite podejścia do problemów prawnych. Poza tym dla reformy współczesnego prawa karnego ważniejsze od analiz dogmatycznoprawnych wydają się wnikliwe refleksje nad odpowiedzialnością, winą czy sprawiedliwością lub złem, a są to przecież kategorie etyczne. Świadczy o tym fakt, że od niemal pół wieku podnoszona jest potrzeba radykalnych zmian w nieskutecznym czy wręcz pogrążonym w kryzysie prawie karnym, jak również kontestuje się model reakcji karnej, który w zasadzie nie ulega zmianie. Brakuje także idei mogących wyznaczyć kierunek przemian prawa karnego, co najwyżej powraca się do dawnych, w znacznym stopniu niesprawdzających się już haseł i idei. W tym sensie z każdą reformą czy zmianą „wyważa się otwarte drzwi”.

Trzeba przy tym zaznaczyć, że przez nurt krytyczny czy krytykę prawa karnego będę rozumieć tutaj nurt krytyczny w myśleniu o prawie karnym – taki typ poglądów, w którym dominuje dążenie do reformy prawa karnego postrzeganego jako zasadniczo nieskuteczne lub nawet złe. Jest to prąd refleksji penalnej wyrosły w opozycji do klasycznego (retrybutywnego – oparte go na filozofii Kanta czy klasycznego utilitarnego – zapoczątkowanego przez Bentham) prawa karnego¹. Namysł krytyczny nad prawem karnym w pewnym stopniu nawiązuje do szkoły socjologicznej, a zwłaszcza do prądów obrotu społecznej lub rehabilitacji społecznej (czy resocjalizacji – zwłaszcza w ujęciu Barbary Wootton²), choć zachowuje znaczną oryginalność.

Uprzedzając dalsze uwagi, trzeba bowiem powiedzieć, że krytyczna refleksja nad prawem karnym kładzie akcent na powiązanie zasad odpowiedzialności czy całego mechanizmu sprawiedliwości karnej z szeroko pojętą sprawiedliwością społeczną³. Interesujące są zwłaszcza te uwagi nurtu krytycznego, które dotyczą nie karania czy uzasadnienia kary, ale problemu zasad odpowiedzialności. Trudno także przeoczyć, że krytycy są z regułami komunitarystami⁴, jeśli nie zwolennikami lewicowej filozofii politycznej (postmodernistami itd., itp.), wypowiadającymi się także przeciw ideologii liberalnej⁵. Żadna filozofia polityczna nie jest pozbawiona wad, zaś ideologia (na poziomie deklaracji) liberalna w sposób szczególnie łatwy do dostrzeżenia wady te ujawnia⁶.

W pierwszej części artykułu zwięźle omówione zostaną główne filozoficzne koncepcje prawa karnego i karania. Część druga poświęcona zostanie idei współczesnego klasycznego nurtu prawa karnego (zwłaszcza retributywizmu) wraz z jego podstawowymi założeniami polityczno-filozoficznymi i antropologicznymi – z wizją społeczeństwa, człowieka, wolności i sprawiedliwości na czele. Część trzecia dotyczyć będzie krytyki podstawowych filozoficznych założeń klasycznego prawa karnego oraz podejmie próbę wyłuskania podsta-

¹ Zob. np. D. Lyons, *Etyka i rzędy prawa*, Warszawa 2000, s. 141–164; J.R. Lucas, *Responsibility*, Oxford 2004, s. 86 i n.; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 239–241.

² B. Wootton, *Crime and the Criminal Law*, London 1981, s. 94–117.

³ B.A. Arrigo, *Some Preliminary Observations on Social Justice and Critical Criminology*, [w:] B.A. Arrigo (red.), *Social Justice/ Criminal Justice. The Maturation of Critical Theory in Law, Crime, and Deviance*, Belmont 1999, s. 1–11.

⁴ P. Śpiewak, *Poszukiwanie wspólnot*, [w:] idem (red.), *Komunitarianie. Wybór tekstów*, Warszawa 2004, s. 7–15.

⁵ M.J. Lynch, P. Stretesky, *Marxism and Social Justice: Thinking About Social Justice, Eclipsing Criminal Justice*, [w:] *Social Justice/Criminal Justice...*, s. 13 i n.; L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 65–95; M. Peno, *Postmodernizacja nauki prawa karnego – geneza i efekty*, [w:] A. Samonek (red.), *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, Kraków 2012, s. 267–274.

⁶ Por. M. Król, *Bezradność liberałów*, Warszawa 2005, s. 9–12, 38 i n.; I. Shapiro, *The Moral Foundations of Politics*, New Haven – London 2003, s. 171–178, 224 i n.; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 168–196.

wowych problemów dostrzeganych przez nurt krytyczny w myśleniu o prawie karnym.

Przedmiotem artykułu nie będą jednak bezpośrednio różnorakie koncepcje karania czy prawa karnego, ale wskazanie tych problemów, z którymi współczesna polityka kryminalna powinna się liczyć – w szczególności w płaszczyźnie oddziaływania na życie społeczne za pomocą norm prawnych.

1. Klasyczne nurty w filozofii karania

Filozoficzny namysł nad prawem karnym, w tym karaniem (*ius puniendi*) może być ukierunkowany retrybutywnie albo utylitarnie. Oczywiście, trudno przeoczyć istnienie koncepcji czy ujęć mieszanych – łączących te dwie odrębne na pozór perspektywy⁷. Retrybutywizm, manifestujący się w poglądach klasycznej szkoły prawa karnego, odwołuje się do idei sprawiedliwej odpłaty, z reguły zakładając wolność woli człowieka jako istoty względnie dobrej, a przynajmniej zdolnej do wyboru i czynienia dobra⁸. Przecież wina w prawie karnym oparta została na założeniu, że sprawca przestępstwa, mając możliwość działania zgodnego z prawem (nazwijmy taki wybór wyborem dobra), wybrał działanie przestępne (utożsamiane ze złem, przynajmniej jako działanie dezaprobowane w danym układzie społecznym). Kara nie jest przy tym niczym więcej, jak odpłatą za przestępstwo – czyli świadomie wyrządzone przez sprawcę zło. Przy czym z reguły ten, kto jest retrybutywistą, przyjmuje zgodnie z etyką Kantowską, że sprawiedliwość czyni odpłatę swoją koniecznością – moralną lub naturalną, dając jej pierwszeństwo np. przed wybaczeniem⁹.

Klasyczne koncepcje lub filozofie utylitarne przypisują prawu karnemu pewne cele, takie jak odstraszenie czy formowanie odpowiednich postaw moralnych. Stąd sama wina nie uzasadnia i nie wyznacza ram czy granic karania. Zresztą, kara nie jest w takim ujęciu centralną instytucją prawa karnego¹⁰.

Kontestatorzy i najbardziej radykalni krytycy prawa karnego sądzą, że należy poszukiwać alternatywy dla kary w tradycyjnym rozumieniu, ukierunkować reakcję na czyny niepożądane społecznie (określane jako przestę-

⁷ A. Marek, *Prawo karne...*, s. 239–241; R.A. Duff, *Legal Punishment*, [w:] E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [online] <www.plato.stanford.edu> (dostęp: 25.05.2016).

⁸ N. Walker, *Nozick's Revenge*, „Philosophy” 1995, nr 274, s. 581–582.

⁹ D. Golash, *The Retributive Paradox*, „Analysis” 1994, nr 2, s. 72 i n.; H. Morris, *Persons and Punishment*, „The Monist” 1968, nr 52, s. 475–501 (polski przedruk: *Osoby a kara*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 199–214). W dalszej części rozważań i znajdują się odniesienia do polskiego przedruku z uwzględnieniem pewnych drobnych poprawek tłumaczenia.

¹⁰ A.S. Kaufman, *The Reform Theory of Punishment*, „Ethics” 1960, nr 1, s. 49–53.

pstwa), na działania leczniczo-terapeutyczne (najlepiej w warunkach wolnościowych), wymuszające integrację czy reintegrację społeczną sprawców oraz naprawienie wyrządzonej szkody, zaś w przypadkach skrajnych – izolację w celach leczniczo-ochronnych. Dobrym przykładem są tu poglądy przedstawicieli ruchu obrony społecznej, zwolenników modelu resocjalizacyjnego czy apologetów sprawiedliwości naprawczej lub prywatyzacji prawa karnego albo minimalizmu penalnego. Poglądy przedstawicieli tych nurtów (o ile można mówić o nurtach, a nie wyrażanych w odosobnieniu poglądach) charakteryzuje dążenie do ograniczenia stosowania lub nawet likwidacji kary kryminalnej, zarzucenie klasycznych koncepcji winy czy związku przyczynowego¹¹. Przecież na tych kategoriach typowo opiera się nowożytne prawo karne. Warto przy tym wspomnieć, że klasyczne utylitarne koncepcje karania – wywodzące się z namysłu penalnego i społecznego Becarii czy Benthama – ukierunkowane są na prewencję bez tak daleko idących modyfikacji systemu reakcji karnej, którą postulowały nurty kontestatorskie (obrona społeczna, abolicjonizm)¹².

Koncepcje mieszane starają się łączyć pierwiastek retributywny z utylitarным. Wydaje się, choć oczywiście nie jest to ocena bezdyskusyjna, że współcześnie do najbardziej rozpowszechnionych koncepcji mieszanych należą koncepcje komunikacyjne czy ekspresyjne karania (przyjęło się określać je jako neoklasyczne)¹³.

2. Odpowiedzialność, wolność, kara

W dziedzinie prawa karnego podstawowy jest problem odpowiedzialności. Odpowiedzialność podmiotu jest fundamentem, na którym skonstruowane zostały główne zasady systemu prawa karnego, choć oczywiście jako pojęcie niejasne rozumiana bywa bardzo intuicyjnie. Stwierdzenie, że człowiek jest odpowiedzialny za swoje działania ma w nauce prawa karnego pragmatyczny sens. Oznacza mniej więcej tyle, że zachowanie zakazane przez prawo

¹¹ Por. B. Wootton, *Social Science and Social Pathology*, London 1959, rozdz. VI; H.L.A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, [w:] *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, New York – Oxford 1975, s. 178–179; E. Ferri, *Reform of Penal Law in Italy*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1921, t. 12, s. 178 i n.; R.E. Barnett, *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, „Ethics” 1977, nr 4, s. 279 i n.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość retributywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 109 i n.

¹² C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, [w:] R. Bellamy (red.), *Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge 1995, s. 14–17; H. Bedau, *Bentham's Theory of Punishment: Origin and Content*, „Journal of Bentham Studies” 2004, nr 7, s. 1–15.

¹³ Zob. J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 215 i n.; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 3, s. 88 i n.

karne jest albo rezultatem postanowienia (wyboru) sprawcy albo sprawca mógłby zakazu karnego nie naruszyć, gdyby spełnił zależne od jego postanowienia (wyboru) warunki. W gruncie rzeczy odpowiedzialność w filozofii prawa karnego rozpatrywana jest w ścisłym związku z wolnością. Jeśli człowiek jest wolny, to jest odpowiedzialny za swoje czyny. Odpowiedzialność warunkowana jest winą i wiąże się z zarzutem dokonania przez sprawcę złego wyboru moralnego. Wybór zaś zakłada wolność¹⁴. Brak wolności oznacza również brak odpowiedzialności.

Na gruncie klasycznego czy standardowego retrybucyjnego ujęcia sytuację człowieka można scharakteryzować z relewantnego dla prawa karnego punktu widzenia – biorąc pod uwagę wolność, czyli istnienie w każdym momencie życia alternatywnych możliwości działania (alternatywnych względem zachowania spełnionego). Należy jednak pamiętać, że termin „wolność” ma nie jedno, a dwa podstawowe znaczenia¹⁵. Po pierwsze, może oznaczać zdolność (moc) podmiotu do podejmowania decyzji woli, tj. dokonywania wyboru działania spośród puli różnych możliwości¹⁶. Po drugie, o wolności mówi się w sytuacji braku ograniczeń działań i swobody w realizacji decyzji woli¹⁷. Pierwsze znaczenie określane bywa wolnością woli, drugie – wolnością negatywną (wolnością od przymusu) lub polityczną. Polityczny charakter tej wolności dobrze oddają rozważania liberałów z Isaiahem Berlinem na czele, dla których koncepcja wolności dotyczy wolności od jakichkolwiek przeszkód w realizacji planów czy zamierzeń (decyzji czy postanowień woli)¹⁸.

Ogólnie mówiąc, współcześnie sposób pojmowania wolności standardowo nawiązuje do koncepcji liberalnych i jest w znacznej mierze pochodną oświeceniowych idei emancypacji (uwolnienia) ludzkości (jako całości) oraz poszczególnych ludzi od wszelkich ograniczeń – tak politycznych, jak naturalnych i przyrodniczych. Najsilniej problem odpowiedzialności akcentują retribucywiści, dla których sprawiedliwość zasłużonej kary stanowi wyłączne i podstawowe uzasadnienie prawa karnego. Zakładają oni autonomię

¹⁴ Por. A. Denning, *Freedom under the Law*, Londyn 1949, s. 6 i n.

¹⁵ Zob. S. Czepita, *Istota wolności i jej granice w polskim systemie prawnym*, „Prawo i Więzy” 2014, nr 7, s. 7.

¹⁶ Por. H. Frankfurt, *Alternatywne możliwości i odpowiedzialność moralna*, [w:] J. Hołówka (red.), *Filozofia moralności. Postanowienie i odpowiedzialność moralna*, Warszawa 1997, s. 164; S. Olejnik, *Odpowiedzialność moralna zmniejszona*, „Roczniki Filozoficzne” 1962, z. 2, s. 7–11; W. Załuski, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewiecka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawnej*, Warszawa 2010, s. 56 i n.

¹⁷ R. Kane, *A Contemporary Introduction to Free Will*, New York – Oxford 2005, s. 80 i n.; T. Pink, *Free Will and Determinism*, [w:] J.T. O'Connor, C. Sandis (red.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Oxford 2010, s. 301 i n.; R. Ingarden, *O odpowiedzialności i jej podstawach ontycznych*, [w:] idem, *Książeczka o człowieku*, Warszawa 2009, s. 79 i n.

¹⁸ Por. I. Berlin, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 182–196; B. Polanowska-Sygulska, *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998, s. 27–28; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 467 i n.

i samodzielną podmiotowość każdego człowieka jako zasadniczo jedyne go autora własnych decyzji i podjętych w związku z nimi działań. Ocena czynów jako przestępnych prowadzi do dezaprobaty i potępienia – manifestujących się w żądaniu sprawiedliwej oraz proporcjonalnej do ciężaru czynu kary.

Szeroko pojęty nurt resocjalizacyjny, w tym kierunek obrony społecznej czy w pewnym zakresie sprawiedliwości naprawczej oraz minimalizmu penalnego, zakłada, że odpowiedzialność za przestępstwo (tzn. czyn określany tradycyjnie jako przestępstwo) jest podzielona pomiędzy sprawcę oraz wspólnotę czy grupę osób lub społeczeństwo, rozumiane także jako pewien system, mechanizm funkcjonowania wspólnoty albo sposób jej urządzenia. Sporne może być nawet to, czy w istocie człowiek jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności – możliwe jest nawet przyjęcie nieodpowiedzialności sprawcy (za przestępstwo) przy pełnej odpowiedzialności wspólnoty (za stworzenie warunków dla zjawiska przestępczości)¹⁹. Nie wydaje się, by podejście takie odbierało szczególnie rozumianą podmiotowość i autonomię, mimo że z reguły właśnie tak w literaturze przedmiotu charakteryzuje się (krytycznie) model resocjalizacyjny prawa karnego. Chodzi bowiem wyłącznie o przyjęcie pewnych rozstrzygnięć na potrzeby reakcji na czyny uznane za przestępne i sposób rozumienia oraz aplikowania sprawiedliwości społecznej. Faktem jest, że dopuszcza się wówczas stosowanie środków ochronnych czy zabezpieczających, jednak służą one w równym stopniu dobru przestępcy, jak i dobru społecznemu²⁰. Dyskusyjne jest natomiast rozumienie tego dobra – ostatecznie o tym rozstrzygać ma nie sam zainteresowany, ale różnorakie sądy, komisje eksperckie itd.

Zwrot w filozofii prawa karnego, który nastąpił wskutek kryzysu resocjalizacyjnego modelu reakcji karnej, dokonywał się pod wpływem postulatu przywrócenia kary sprawiedliwej i autonomii podmiotu – urealnienia roli decyzji sprawcy w popełnieniu przestępstwa²¹. Postulat wysunięty przez Henry'ego Morrisa w pracy *Persons and Punishment* dotyczy uznania podmiotowości sprawcy i jego prawa do bycia ukaranym. Racją w argumentacji Morrisa jest idea kary sprawiedliwej, tj. związanej z naruszeniem pewnych podstawowych zasad podanych do publicznej wiadomości jako podstawa i uzasadnienie reakcji karnej. Kryją się za tym pewne tezy, skądinąd typowe dla filozofów liberalnych. Morris przyjmuje założenie, które można nazwać

¹⁹ Zob. M. Peno, *Odpowiedzialność karna a determinizm antropologiczny*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. 36, s. 109–132.

²⁰ Por. B. Wootton, *Social Science and Social Pathology...*, rozdz. VI; N. Christie, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991, s. 15 i n.; A.S. Kaufman, op. cit., s. 49–53; A. Gaberle, *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego (O kryzysie prawa karnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5, s. 17–29.

²¹ Por. M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna w świetle koncepcji polityki tworzenia prawa Jerzego Wróblewskiego*, [w:] T. Bekrycht, M. Zirk-Sadowski (red.), *Wpływ teorii Jerzego Wróblewskiego na współczesne prawoznawstwo*, Warszawa 2011, s. 67 i n.

antropologicznym, że „ludzie są skonstruowani z grubsza biorąc tak, jak jest to dzisiaj; że wyposażeni są w mniej więcej równym stopniu w siły i umiejętności; że mają zdolność wyrządzania sobie nawzajem krzywdy i wygłaszania opinii, iż taka krzywda jest czymś niepożądanym; że mają ograniczoną dozę woli oraz zdolność rozumowania i dostosowywania swojego zachowywania do przepisów”²². Następnie filozof ten stwierdza, że „do zachowania tych ludzi zastosowanie ma pewien zespół zasad [...], które bardzo przypominają fundamentalne zasady prawa karnego”²³. Zwięźle mówiąc, są to zasady wyznaczające zakaz krzywdzenia innych osób, a zarazem zakres wolności działania każdego obywatela. Do tych podstawowych zaliczyć wypada zakazy stosowania przemocy, oszukiwania itd., itp. Przestrzeganie tych podstawowych zasad czy norm ma przynosić i gwarantować powszechne korzyści, zabezpieczając uczciwą kooperację wspólnoty czy społeczeństwa. Oczywiście, ograniczenie wolności jest w tym zakresie dobrowolne – ponieważ jednostki wiedzą, że przynosi im to korzyść, godzą się na znoszenie ciężaru samoograniczenia z tych zakazów wynikającego²⁴. Karanie jest zaś sprawiedliwe w tym sensie, że „jeśli ktoś nie poddaje się samoograniczeniu – mimo że może to uczynić – [...] odrzuca tym samym ciężar, który inne osoby dobrowolnie na siebie przyjęły. W ten to sposób zyskuje przewagę, jakiej nie mają ci, którzy ograniczyli swoje postępowanie”²⁵. W takim ujęciu wolność podmiotu manifestuje się w (możliwie szerokim) zakresie autonomii od ingerencji innych podmiotów i państwa oraz w zdolności do dobrowolnego (wolnego) podjęcia ciężaru samoograniczenia. Łatwo dostrzec, że argumentacja tego rodzaju koresponduje z różnorakimi doktrynami umowy społecznej jako legitymacji i podstawy funkcjonowania państwa jako politycznego związku osób.

Takie założenie wolnościowe w zasadzie odpowiada klasycznemu, liberalnemu podejściu do zakresu swobody politycznej, a zarazem do granic prawa karnego (czy też ogólnie oddziaływania na zjawiska społeczne za pomocą instrumentów prawnych). Uzasadnienie wolności działania opiera się na powszechnym przekonaniu, że rezultatem pewnych zachowań jest niedające się zaakceptować „zło” – krzywda lub cierpienie drugiego człowieka lub naruszenie pewności porządku prawnego jako takiego (przy *malum prohibita*) lub naruszenie moralności czy obyczajów w stopniu zagrażającym przetrwaniu i tożsamości wspólnoty (P. Devlin)²⁶. John Stuart Mill wyznaczył wzor-

²² H. Morris, op. cit., s. 199–210.

²³ Ibidem, s. 205.

²⁴ Ibidem, s. 200–201.

²⁵ Ibidem, s. 203.

²⁶ Szerzej: M.D. Bayles, *Criminal Paternalism*, [w:] J. Pennock, J. Chapman (red.), *The Limits of Law*, New York 1974; R.A. Duff, *Legal Theory Today. Answering for Crime*, Oxford – Portland 2007, s. 89 i n. Por. tzw. argument ze strachu w: R. Nozick, *Anarchia, państwo, utopia*, Warszawa 2010, s. 87–93.

cową granicę wolności i prawa, twierdząc, że człowiek nie powinien czynić ze swej wolności narzędzia do wyrządzania drugiemu szkody²⁷.

Przyjęta przez neoklasyków formuła granic wolności oraz ideału sprawiedliwości (czykolwiek miałby ten ideał być) jest osadzona w intuicyjnym sposobie pojmowania moralności, znajdując w takiej moralnej (czy przed-moralnej) intuicji uzasadnienie. Można zgodzić się z twierdzeniem o koniecznym i powszechnie korzystnym samoograniczeniu wolności czy swobody oraz niejako naturalnej konieczności obowiązywania pewnych podstawowych zasady kooperacji, normujących zakaz zachowań prowadzących chociażby do krzywdy czy cierpienia lub kłamstwa.

Krytyczną refleksję może wzbudzać sposób umiejscowienia podstaw sprawiedliwej kary w określonym czy założonym modelu państwa. Nie oznacza to wprost krytyki liberalizmu politycznego, ale jedynie próbę rewizji polityki kryminalnej i zasad odpowiedzialności karnej mnie więcej w taki sposób, w jaki z krytyką klasycznego liberalizmu występują komunitaryści²⁸. Neoklasyczny obraz kary w warunkach – by nawiązać do odniesień samych neoklasyków – społeczeństw liberalnych i demokratycznych jest bardzo prosty. Równość praw i wolności legitymizowana ideologią kontraktualistyczną stanowi podstawę roszczenia wobec sprawcy przestępstwa, któremu prawo i kary za przestępstwo są znane, o poddanie się odpowiedzialności karnej²⁹. Trafnie Alf Ross porównał w swej krytyce klasycznego prawa karnego karę retrybutywną do opłaty, jaką sprawca musi wnieść za sprawienie sobie przyjemności naruszenia prawa czy skrzywdzenia innego człowieka³⁰.

Rzeczywistość społeczna jest jednak dużo bardziej złożona, poza tym także na poziomie namysłu aksjologicznego w sposobie pojmowania odpowiedzialności karnej zaszyły wielkie zmiany od chwili narodzin nowożytnej filozofii karania.

3. Problem zła i kary

Jeśli przyjąć założenie o moralnym rozwoju czy ewolucji ludzkości (tj. instytucje tworzone przez ludzi są moralnie coraz lepsze czy doskonalsze, bardziej sprawiedliwe, mniej represyjne itd.), to przemiany prawa karnego w kierunku subiektywizacji odpowiedzialności wpisywałyby się w taką opty-

²⁷ Zob. J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2005, s. 101 i n.

²⁸ J. Hampton, *Liberalism, retribution and criminality* [w:] J.L. Coleman, A. Buchanan (red.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge 2007, s. 159 i n.

²⁹ Zob. A. Marciano, *Introduction*, [w:] idem (red.), *Constitutional Mythologies*, New York – Dordrecht – Heidelberg – London 2011, s. 1 i n.; R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 43 i n.

³⁰ A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London 1975, s. 59 i n.

mistyczną wizję. Odpowiedzialności karnej nie podlega obecnie każdy, kto popełni przestępstwo; przestępstwo nie sprowadza się do czynu zabronionego pod groźbą kary itd. Ewolucja w kierunku subiektywizacji odpowiedzialności karnej jest niewątpliwie wyrazem etycznych osiągnięć ludzkości.

Wszelkie ograniczenia subiektywne w zdolności kierowania swoim zachowaniem rozstrzyga się na poziomie winy. Wina pełni podstawową funkcję ograniczającą odpowiedzialność karną. Odpowiedzialność taka ograniczona jest do wypadków, w których sprawca mógł nie wybrać działania przestępnego. System sprawiedliwości karnej uwzględnia przypadki braku winy – i przez to wyłączenia odpowiedzialności karnej. Współczesne prawo karne uwzględnia także inne przypadki wyłączenia odpowiedzialności, takie jak działanie w warunkach obrony koniecznej albo w pewnych wypadkach stanu wyższej konieczności. Nie wynikają one z ułomności czy wadliwości sprawców, ale z uwzględnienia okoliczności wyłączających sensowność czy celowość reakcji karnej. Nie jest celowe pociąganie do odpowiedzialności karnej tego, kto odpierał bezprawny i bezpośredni zamach na dobro prawem chronione – byłoby to niesprawiedliwe.

Na gruncie nauki prawa i powszechnych intuicji uznaje się, że istnieje klasa okoliczności, których wystąpienie wyłącza odpowiedzialność, oraz typ ludzi, którzy z różnych względów nie potrafią lub nie są zdolni dokonywać właściwych wyborów (tak jest w przypadku dzieci oraz osób niepełnosprawnych). Otwarte pozostaje pytanie, czy zasady odpowiedzialności karnej uwzględniają wszystkie te okoliczności, które uwzględnić należy, by uznać karę za sprawiedliwą czy też realizującą ideał sprawiedliwości. Jeśli istnieje (można go wykazać) związek przyczynowy między jakimś zjawiskiem a przestępstwem, to takie zjawisko trzeba uwzględnić w warstwie normatywnej, wyłączając osoby dopuszczające się czynu przestępnego będącego skutkiem takiego zjawiska z zakresu odpowiedzialności karnej.

Najprostszym wyjaśnieniem potrzeby funkcjonowania prawa karnego jest natura człowieka. Wedle nestora pozytywizmu Herberta Harta, konstatacja, że człowiek jest zdolny wyrządzać zło – krzywdzić, kraść, oszukiwać – wystarcza jako uzasadnienie prawa i sankcji na wypadek jego naruszenia³¹. To klucz do wyjaśnienia i zrozumienia podstaw pozytywistycznej wizji państwa i prawa. Także dla retributywistów istnienie zła w świecie jest koniecznym elementem filozofii karania – sprawiedliwa kara stanowi odpłatę za zło wyrządzone przez (wolnego i odpowiedzialnego) sprawcę³². Sprawca zła powinien zostać ukarany³³. Zwolennicy nurtów kontestujących klasyczną filozofię karania dostrzegają zło w świecie, lecz nie szukają źródła tego zła

³¹ H.L.A. Hart, op. cit., s. 1 i n.

³² N. Walker, op. cit., s. 581 i n.

³³ A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 52–54; A. Ross, op. cit., s. 60 i n.

w sprawcy przestępstwa, ale w uwarunkowaniach społecznych, w sposobie urządzenia społeczeństwa czy w naruszeniach pewnej uznanej za wartościową wizji sprawiedliwości społecznej³⁴. Problem polega przede wszystkim na tym, że retributywiści odwołują się do człowieka nie tylko jako autonomicznego podmiotu moralnego, ale też odpornego na wpływy zewnętrzne czy środowiskowe. Krytykę takiego liberalnego podejścia przeprowadził Nils Christie, akcentując rolę systemu czy otoczenia społecznego rzekomych sprawców, zastanawiając się nad wartością kary oraz karania³⁵. Interesujące mogą być także uwagi Terry'ego Eagletona, angielskiego literaturoznawcy i filozofa związanego z marksistowską krytyką społeczną. Podnosi on koncepcję zła, które pozostaje wyłącznie w relacji z samym sobą. Zdaniem Eagletona wskazanie, jaka jest przyczyna zła, na gruncie powszechnych i potocznych intuicji moralnych prowadzi do jego umniejszenia. Dająca się zidentyfikować i opisać przyczyna zła wyłącza w jakiś sposób lub pomniejsza odpowiedzialność sprawcy. Staje się on, można powiedzieć, pionkiem na szachownicy, a nie graczem³⁶. Z punktu widzenia zwolenników kary sprawiedliwej, odwołujących się do sprawiedliwościowych intuicji oraz idei odpłaty, niepożądane jest wskazywanie przyczyn zła (przestępstwa)³⁷. Karanie osoby, która nie jest wyłącznie odpowiedzialna za przestępstwo, nie może być sprawiedliwe, czego retributywiści są świadomi³⁸. Akcentowanie przyczyn zła i poszukiwanie ich poza wolą sprawcy jest obce filozofii retributywnej, bo sprzeczne z jej zasadami, a także założeniami co do kondycji ludzkiej. Retributywizm opiera się na moralności, której istoty można upatrywać w autonomii i pełnej odpowiedzialności podmiotu za własne postępowanie³⁹. Wydaje się jednak, że wolność manifestowana w zasadach odpowiedzialności karnej nie jest i nie może być postrzegana jako absolutna. Łatwo dostrzec to chociażby w tych rozwiązaniach prawnych, które sprawcę po odbyciu kary uznają za niezdolnego do przyjęcia postawy legalistycznej – eksperci mogą bowiem w pewnych okolicznościach uważać każdego skazanego za jednostkę społecznie niebezpieczną i zdeterminowaną własną naturą (osobowością)⁴⁰.

³⁴ N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2014, s. 13–23; N. Christie, *Conflicts as Property*, „British Journal of Criminology” 1977, nr 17, s. 1 i n.; K. Krajewski, *Kara i współczesne społeczeństwo (wokół książki D. Garlanda)*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 5, s. 85 i n.

³⁵ N. Christie, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991, s. 52 i n.

³⁶ T. Eagleton, *Zło*, Warszawa 2015, s. 22–26. Por. R. Safranski, *Zło. Dramat wolności*, Warszawa 1999, s. 22–24.

³⁷ J. Kochanowski, *Powrót kary sprawiedliwej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 9 i n.

³⁸ T. Eagleton, op. cit., s. 21 i n.

³⁹ Zob. A. Marek, „Nowy realizm” w polityce kryminalnej Stanów Zjednoczonych – założenia i efekty, „Państwo i Prawo” 1980, nr 4, s. 99; J.G. Murphy, *Marxism and Retribution*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, nr 2, s. 224 i n.

⁴⁰ Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. 2014 r., poz. 24) jest bardzo dobrym przykładem. Po odbyciu kary sprawca staje się uczestnikiem

Dostrzeganie słabości ludzkiej woli ma zresztą uzasadnienie w kulturze europejskiej i chrześcijańskiej, traktującej każdego człowieka jako zniewolonego grzechem potomka Adama: „Wiemy przecież, że Prawo jest duchowe. A ja jestem cielesny, zaprzędany w niewolę grzechu. Nie rozumiem bowiem tego, co czynię, bo nie czynię tego, co chcę, ale to, czego nienawidzę – to właśnie czynię. Jeżeli zaś czynię to, czego nie chcę, to tym samym przyznaję Prawu, że jest dobre. A zatem już nie ja to czynię, ale mieszkający we mnie grzech. Jestem bowiem świadom, że we mnie, to jest w moim ciele, nie mieszka dobro; bo łatwo przychodzi mi chcieć tego, co dobre, ale wykonać – nie. Nie czynię bowiem dobra, którego chcę, ale czynię to zło, którego nie chcę. Jeżeli zaś czynię to, czego nie chcę, już nie ja to czynię, ale grzech, który we mnie mieszka. A zatem stwierdzam w sobie to prawo, że gdy chcę czynić dobro, narzuca mi się zło. Albowiem wewnętrzny człowiek [we mnie] ma upodobanie zgodne z Prawem Bożym. W członkach zaś moich spostrzegam prawo inne, które toczy walkę z prawem mojego umysłu i podbija mnie w niewolę pod prawo grzechu mieszkającego w moich członkach. Niestety ja człowiek!” (Rz 7, 14-24). Warto zauważyć, że w przesiąkniętej humanizmem myśli reformatorów, zwłaszcza Marcina Lutra – wyjątkowo ceniącego św. Pawła, grzech nie jest skazą, lecz doszczętnym zepsuciem ludzkiej natury, odkupionym wyłącznie zbawczym dziełem Chrystusa. Oczywiście wpływ protestantyzmu na kształt nowożytnego prawa nie jest ani przemożny, ani wyłączny. Mimo wszystko w krajach skandynawskich (w których dominuje do dziś model resocjalizacyjny prawa karnego i które są zalążkiem nurtów kryminologii krytycznej czy nurtów abolicjonistycznych w prawie karnym) wpływ ten można dostrzegać⁴¹.

Krytyka retributywizmu i jego filozoficznych podstaw nie musi prowadzić do sprowadzenia człowieka do maszyny ani do bezkrytycznego uznania racji filozofów zrównujących umysł z procesami zachodzącymi w mózgu. Nie chodzi też o „twarde” zdeterminowanie każdego zachowania, choć przecież karano również w czasach przemożnej wiary w takie właśnie zdeterminowanie świata i człowieka w świecie (by przytoczyć obraz świata czasów i w pracach Hobbesa)⁴². Zwraca natomiast uwagę potrzeba interpretacji różnych zjawisk mających wpływ lub mogących mieć wpływ na zachowania się osób. Potrzebę uwzględnienia tych uwarunkowań oraz ich interpretacji mocno

postępowania o uznanie go za osobą stwarzającą zagrożenie. Czy jednak osoba taka jest co do zasady moralnie w pełni odpowiedzialna za swoje czyny, mimo wyroku skazującego? Nie można przesądzać, że kara w stosunku do takiej osoby (nawet realizowana w warunkach terapeutyczno-leczniczych) jest zasłużoną przez taką osobą reakcją na spowodowane przez nią zło.

⁴¹ Szerzej: V. Mäkinen (red.), *Lutheran Reformation and the Law*, Leiden – Boston 2006. Zwłaszcza rozdział autorstwa H. Pihlajamäki, *Executor divinarum et suarum legum: Criminal Law and the Lutheran Reformation* (s. 171–204) oraz K. Arffman *The Lutheran Reform of Poor Relief: A Historical and Legal Viewpoint* (s. 205 i n.).

⁴² Zob. M. Peno, *Odpowiedzialność karna a determinizm antropologiczny...*, s. 109 i n.

podkreślają komunitaryści, wskazując na to, że ludzie są tacy, jak ich ukształtował świat i życie społeczne. Bez nabycia wielu umiejętności społecznych nie byłibyśmy zdolni ani do dobrych i szlachetnych czynów, ani do aktów najbardziej zbrodniczych i amoralnych. W przeciwieństwie do komunitarystów i tych, którzy podzielają ich argumentację, dla liberałów i zwolenników klasycznego prawa karnego społeczeństwo jest zatimizowane, złożone z indywidualów samodzielnych i niezależnych – za to odpowiedzialnych i w pewnych granicach (wytyczonych w zasadzie egoizmem) wolnych⁴³.

Każda osoba w różnym stopniu podlega różnym wpływom, każdy też inaczej interpretuje (uświadamia sobie) owe wpływy czy czynniki rzutujące na jego zachowania. Taką perspektywę w refleksji nad złem proponują Eagleton i Christie. Nie jest zatem tak, jak sądzą klasycy (np. H. Morris), że wszyscy w równym stopniu wyposażeni jesteśmy w siły i umiejętności oraz mamy równą zdolność wyrządzania sobie nawzajem krzywdy i postrzegania krzywdy jako czegoś niepożądanego. Analizując z punktu widzenia krytycznego argumentację neoklasyków, trzeba również negatywnie ustosunkować się do konstatacji, że ludzie mają w równym stopniu ograniczoną wolę oraz zdolność rozumowania i dostosowywania swojego zachowywania nawet do „podstawnych zasad prawnych” (by nawiązać do określeń cytowanego wyżej Morrisa). Niektórzy bowiem, z uwagi na swoją sytuację czy pozycję społeczną, nie mają potrzeby lub nie mogą podejmować decyzji realizujących oczekiwania społeczne, powziąć ciężaru samoograniczenia oraz brak im umiejętności oceny pewnych czynów, choćby były one „powszechnie” dezaprobowane. Może być tak z tego powodu, że znajdują się w sytuacji znacznie gorszej od przeciętnej, przez co opierają się na schematach czy wzorcach zachowań odbiegających od standardowych (wyznaczanych przez prawo). Są też ludzie, którzy nie poddają się samoograniczeniu (bowiem nie chcą lub faktycznie nie mogą tego uczynić), choć nie istnieją żadne okoliczności przemawiające za brakiem klasycznie rozumianej winy. Przestrzeganie uznanych w danym układzie społecznym i odzwierciedlonych w prawie karnym zasad, norm czy reguł nie przynosi i nie gwarantuje im korzyści, a przynajmniej korzyści takich, jak osobom znajdującym się odmiennej sytuacji (lepiej z jakiegoś istotnego punktu widzenia).

Korzyści te jednak nie sprowadzają się przecież do hobbesowskiego stanu pokoju, w którym każdy może względnie swobodnie wzrastać i rozwijać swoje talenty⁴⁴. We współczesnej filozofii politycznej i aksjologii państwa niewątpliwie kluczowe miejsce zajmuje społeczeństwo obywatel-

⁴³ Zob. np. W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, Warszawa 2009, s. 260–329; P. Śpiewak, op. cit., s. 7 i n.; M. Małek, *Liberalizm etyczny Johna Stuarta Milla. Współczesne ujęcie u Johna Graya i Petera Singera*, Wrocław 2010, s. 76–107, 169–183.

⁴⁴ T. Hobbes, *Lewiatan czyli forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Warszawa 1954, s. 234–285.

skie⁴⁵. Samoograniczenie wolności i gotowość poddania się odpowiedzialności w wypadku naruszenia *ordo iuris* wypływać ma ze zrozumienia potrzeby kooperacji, wzajemności i uznania wolności pozostałych obywateli jako sposobu realizacji pewnej sprawiedliwości społecznej. Co więcej, są to samoograniczenia, na które każdy (potencjalnie) mógłby się zgodzić, przynajmniej w warunkach społeczeństwa demokratycznego i liberalnego (o takich zaś mówią neoklasycy)⁴⁶. Można zatem za R.A. Duffem powiedzieć, że to obywatele sami dla siebie ustalają, partycypując demokratycznie w rządach, treść prawa oraz kary za przestępstwa⁴⁷. Krytycy argumentują jednak, że wszelkie przejawy czy mechanizmy wyłączające z partycypacji w dobrodziejstwach danego systemu społecznego są wyrazem naruszenia tej sprawiedliwości. Naruszenia takiego typu mogą być poczytywane jako niesprawiedliwość⁴⁸.

Spółeczeństwo obywatelskie we współczesnej socjologii to pewna kategoria kulturowa, do której przynależność warunkowana jest w szczególności zdolnością partycypowania (na zasadzie aprobaty albo buntu) w instytucjach tego społeczeństwa oraz wszelkich jego dobrodziejstwach. Realna, nie tylko zakładana możliwość partycypacji w funkcjonowaniu wspólnoty wydaje się podstawą budowania więzi społecznych, zawiązania wzajemnych obowiązków etycznych czy moralnych (przy założeniu odpowiedniej socjalizacji, ukształtowania tożsamości oraz indoktrynacji do odpowiedniej roli społecznej itd.)⁴⁹. W świetle poglądów neoklasyków, z reguły będących przedstawicielami politycznej filozofii liberalnej, społeczeństwo obywatelskie jest podstawowym punktem odniesienia dla konstrukcji czy koncepcji kary sprawiedliwej oraz jej tzw. komunikacyjnej czy ekspresyjnej funkcji. Sprawiedliwość karania nie tylko opiera się na idei ciężaru samoograniczenia jako kosztu dobrych obywateli i odrzuceniu tego ciężaru jako korzyści złych obywateli, ale również na przekonaniu o możliwości przywrócenia poprzez karę sprawców przestępstw społeczeństwu. Kara zatem nie wyklucza, lecz prowadzi do inkluzji – włączenia po odbyciu sprawiedliwej kary w obręb społeczeństwa obywatelskiego. Co więcej, włączenie możliwe jest dzięki karze czy ukaraniu, bowiem poprzez karę realizuje się swoisty dialog ze sprawcą – zamanifestowanie dezaprobaty dla czynu i krzywdy

⁴⁵ Zob. np. W. Kymlicka, op. cit., s. 347 i n.

⁴⁶ M. Philips, *The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority*, „Law and Philosophy” 1986, nr 5, s. 393–416

⁴⁷ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 32–34.

⁴⁸ B.A. Arrigo, op. cit., s. 2 i n.

⁴⁹ A. Giddens, *Życie w społeczeństwie posttradycyjnym*, [w:] U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna*, Warszawa 2009, s. 79–144; S. Lash, *Refleksyjność i jej sobowtóry: struktura, estetyka i wspólnota*, [w:] ibidem, s. 146–159. Szerzej: M. B. Katz (red.), *The “Underclass” Debate: Views from History*, Princeton 1993.

ofiary ma doprowadzić przestępcę do poczucia odpowiedzialności i chęci poprawy⁵⁰.

Powraca jednak pytanie o tych sprawców, których nie można przywrócić czy włączyć do społeczeństwa obywatelskiego, ponieważ nigdy nie stanowili (nie mieli szansy) stać się jego częścią. W szczególności socjologdy badający kryzys czy przesilenie nowoczesności – refleksyjną nowoczesność – wskazują na to, że we współczesnych społeczeństwach z wielką siłą oddziałują mechanizmy wykluczenia ze struktur społeczeństwa obywatelskiego, skutkujące osłabieniem samokontroli (brakiem moralnej motywacji do samoograniczeń wynikających z norm będących podstawą funkcjonowania wspólnoty – *ordo iuris*) i wymuszoną egoistyczną dbałością wyłącznie o własną perspektywę⁵¹. Samoograniczenie, partycypacja w społeczeństwie obywatelskim i przyjęcie zobowiązań stąd wynikających możliwe są tam tylko, gdzie podmioty mają odpowiednie intelektualne i etyczne predyspozycje oraz możliwości materialne. W tym sensie zdolność człowieka do dokonywania wyboru i ponoszenia odpowiedzialności wydaje się swego rodzaju oświeceniowym mitem⁵².

Była już mowa o tym, że postawienie grupy osób (tzw. *underclasses*⁵³) poza ramami społeczeństwa obywatelskiego, czyli wykluczenie z ram społeczeństwa postrzeganego jako kategoria kulturowa, jest wyrazem niesprawiedliwości. George P. Fletcher w interesującym artykule *Material Poverty – Moral Poverty* wskazuje na ten rodzaj niesprawiedliwości, który wiąże się z ubóstwem (skrajnym ubóstwem)⁵⁴. Oczywiście, stwierdzenie, że istnieje zależność między ubóstwem (strefami ubóstwa – życiem w złych warunkach materialnych, poniżej lub na granicy poziomu minimum egzystencji) a przestępczością, jest potwierdzonym empirycznie (statystycznie) faktem. Skoro jednak, zauważa Fletcher, istnieje związek przyczynowy między warunkami życia a popełnieniem przestępstwa, nie można tego pominąć. Trudność polega jednak na tym, by określić charakter związku między warunkami życia podmiotu X a jego antyspołecznymi zachowaniami czy przestępstwami. Jednym z problemów jest określenie mechanizmu czy związku kauzalnego między ubóstwem a przestępstwem. Drugim natomiast jest problem swego rodzaju ubóstwa moralnego (*moral poverty*). Deprywacja spowodowana

⁵⁰ Zob. szerzej: B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009.

⁵¹ Por. M.A. Krapiec, *Porządek prawny – rzeczywistość czy fikcja?*, [online] <www.gilson-society.pl> (dostęp: 26.09.2016).

⁵² Model modernistyczny prawa zakładał determinizm antropologiczny, choć nigdy całkowicie nie przekreślał autonomii i samostanowienia podmiotów. Bez tego ostatniego można przecież podważyć każdą umowę. Por. np. K. Krajewski, *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994, s. 9, 19 i n.

⁵³ S. Lash, op. cit., s. 146–159.

⁵⁴ G.P. Fletcher, *Material Poverty – Moral Poverty*, [w:] W.C. Heffernan, J. Kleinig (red.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, New York 2000, s. 264–275.

warunkami życia prowadzi wedle Fletchera do relatywizmu etycznego, a w szczególności akceptacji szczególnych norm postępowania, odbiegających od tych wyznaczonych prawem, odległych od norm konstruujących porządek społeczny i moralny⁵⁵. Inaczej mówiąc, do osób należących do pewnych grup społecznych (które to z reguły są sprawcami przestępstw) nie można stosować takich samych zasad odpowiedzialności, jak w stosunku do sprawców zajmujących relatywnie lepszą pozycję w społeczeństwie. Należy wobec nich stosować raczej metody edukacyjne, terapeutyczne czy lecznicze, a przede wszystkim oddziaływać prewencyjnie poprzez stwarzanie odpowiednich i sprawiedliwych warunków życia. Kara nie jest bowiem uzasadniona, a nawet jeśli miałaby być odpłatą, nie można oczekiwać, że sprawcy będą poczuwać się do odpowiedzialności i po odbyciu kary zachowywać się zgodnie ze normami prawnymi. Nie można również stosować uproszczeń, przed czym przestrzega Eagleton, zakładając, że pewni ludzie mają zły charakter lub są po prostu źli (tak jak niektórzy są wysocy lub mają niebieskie oczy). Zło posiada swoją przyczynę, nierzadko zaś odpowiedzialność za spowodowanie tego zła spoczywa na wielu osobach, na członkach wspólnoty mających wpływ na sposób czy mechanizm jej funkcjonowania⁵⁶.

Jeśli jesteśmy w stanie wyodrębnić jednostki ze szczególnymi skłonnościami do wyrządzania zła, to można wskazać argumenty za reakcją prewencyjną. Wiedząc, że osoba posiadająca cechy A, B oraz C z pewnością popełni przestępstwo, można zapobiec złu, ograniczając wolność lub jej faktycznie pozbawiając. Choć wydaje się to niesprawiedliwe, mogłoby zostać zaakceptowane, czego bardzo dobrym przykładem są przepisy ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Po odbyciu kary sprawca staje się uczestnikiem postępowania o uznanie go za osobę stwarzającą zagrożenie. Pojawiają się jednak wątpliwości. Skoro jest wysoce prawdopodobne, że taka osoba popełni przestępstwo, to być może nie ona jest faktycznym i wyłącznym autorem zła, ale jej zachowanie jest w pewnym (istotnym) stopniu zdeterminowane. Możliwe jest zatem stwierdzenie prawdopodobieństwa, że dana osoba popełni przestępstwo i zidentyfikowanie przyczyn zachowań przestępczych. Jeśli taką wiedzę wykorzystuje się, by uzasadnić pozbawienie wolności, można oczekiwać wykorzystania jej do tego, by zmodyfikować zasady odpowiedzialności karnej i karania w taki sposób, by wiedzę taką uwzględniały, wyłączając odpowiedzialność karną tych osób, które powinny spotkać się z reakcją o innym charakterze. Oczywiście, konieczne jest także odpowiednie wsparcie socjalne i infrastrukturalne, co wszakże zawsze będzie wymagało znacznie więcej nakładów niż karanie.

⁵⁵ Ibidem, s. 265.

⁵⁶ T. Eagleton, op. cit., s. 22 i n.

Uwagi końcowe

Krytyczne podejście do prawa karnego może prowadzić do dwóch odmiennych rozwiązań. Punktem wyjścia jest odrzucenie założenia retributywizmu penalnego, że kara jest w każdym wypadku odpłatą za przestępstwo będące moralnym złem popełnionym przez autonomiczną i zdolną do odpowiedzialności oraz zrozumienia podstawowych zasad moralnych osobę. Nawet jeśli przestępstwo jest czynem dezaprobowanym czy amoralnym, sytuacja prowadząca sprawcę do popełnienia tego zła może być wynikiem znacznie większej niesprawiedliwości – przejawiającej się w różnie pojmowanym wykluczeniu i pozostawieniu poza ramami standardowego społeczeństwa. Można to zilustrować przypadkiem karania bezdomnych za koczowanie w miejscach publicznych w warunkach, w których „odpłacające” karą społeczeństwo nie zapewniało im choćby tymczasowego schronienia, podstawowej opieki socjalnej; albo karaniem za kradzież zboża po odebraniu możliwości legalnego sposobu zdobycia jedzenia (przykłady takie łatwo znaleźć w historii najnowszej). Nawet jeśli jakiś czyn jest zły moralnie, w pewnych okolicznościach może być usprawiedliwiony. Znajdując takie usprawiedliwienie – argumentują krytycy klasycznego prawa karnego (zwłaszcza T. Eagleton, G.P. Fletcher, N. Christie i in.) – automatycznie zmniejsza się sprawiedliwościowy aspekt kary, która nie może w takim wypadku być sprawiedliwą odpłatą za wyrządzone zło. Może być zemstą albo pełnić funkcję eliminacyjną. Na przykład izolacja przestrzenna eliminuje ze społeczeństwa przestępców, ale nie rozwiązuje problemu przestępczości, bo nie usuwa jej przyczyn. Zresztą, jak zauważa Eagleton, skoro w zasadzie nie stosuje się kary w stosunku do dzieci, trudno o rację przemawiającą za karaniem osób o naturze czy charakterze dziecka⁵⁷. Z kolei wedle Fletchera ubóstwo i będące jego skutkiem wykluczenie należy do takich okoliczności, które czynią osoby nim dotknięte niezdolnymi do podzielenia moralności będącej podstawą porządku społecznego chronionego przez prawo, a ponadto samo wykluczenie jest wyrazem zła⁵⁸.

Jak widać, argumentacja liberalnie ukierunkowanych klasyków opiera uzasadnienie karania na wartościach demokratycznych i wolnościowych oraz na założeniu o partycypacji członków wspólnoty w rządzeniu i na etosie bycia obywatelem⁵⁹. Takie podejście również wydaje się wątpliwie, przynajmniej w świetle poglądów krytycznych w stosunku do klasycznej filozofii karania. Wykluczenie, przynależność do tzw. podklasy, faktycznie pozbawia możliwości partycypacji w strukturach obywatelskich, w społeczeństwie oby-

⁵⁷ Ibidem, s. 22.

⁵⁸ G.P. Fletcher, op. cit., s. 267 i n.

⁵⁹ R.A. Duff, *Karanie obywateli...*, s. 32 i n.

watelskim, czyniąc tym samym instytucje państwowe zasadniczo obcymi i wrogimi.

Zjawisko to badają nie tylko socjolodzy, zwłaszcza opisujący czy charakteryzujący refleksyjność współczesnych społeczeństw (A. Giddens, S. Lash, Z. Bauman)⁶⁰. Jego rys można znaleźć także w pracach dawniejszych filozofów, takich jak Scheller czy Nietzsche. Chodzi oczywiście o kategorię resentymentu. Resentyment wiąże się ściśle z karaniem, a kara nierzadko prowadzi do upokarzającej dla sprawcy redystrybucji prestiżu społecznego albo do narastającej zazdrości i nienawiści względem ofiary reprezentującej wyższą pozycję społeczną⁶¹. Sprawca mający „odpokutować” wyrządzone zło, jak dowodzą kryminolodzy, z reguły jest biednym mieszkańcem cieszącej się złą sławą dzielnicy wielkiego miasta. Nietrudno, by ofiarą stał się bogaty mieszkaniec strzeżonego osiedla lub domku pod miastem, a nie wydaje się, by zbita szyba w luksusowym aucie albo kradzież jakiegoś przedmiotu była w oczach sprawcy złem. Osoba żyjąca na granicy przetrwania nie da się raczej przekonać, że kradzież żywności czy jakichś artykułów z wielkiego supermarketu jest faktycznym złem wyrządzonym właścicielowi (z reguły potężnej spółce, która nierzadko więcej traci, marnując przeterminowaną żywność)⁶². Naruszenie reguły zakazującej nielegalnie przywłaszczać sobie coś należącego do kogoś innego jest złem, jak przekonuje chociażby Robert Nozick⁶³. Faktem jednak jest, że ubóstwo bywa również złamaniem fundamentalnych reguł społecznych, a z pewnością przejawem niesprawiedliwego urządzenia społeczeństwa. Odczucie resentymentu sprawcy mającego ponieść karę wobec ofiary, potęgowane przez ideologię równości, wolności i autonomii, prowadzi raczej do narastania konfliktów społecznych i zasadniczo nie rozwiązuje żadnego z problemów, któremu karanie ma przeciwdziałać.

Koncepcja, by traktować przestępstwa jako konflikt społeczny, wywodzi się z kryminologii krytycznej i krytyki zarówno retributywnej praktyki karania, jak i modelu resocjalizacyjnego, a jej autorem jest kryminolog Nils Christie⁶⁴. Koncepcja ta powstała na fali prądów postmodernistycznych w tzw. szkole frankfurckiej w latach 70. ubiegłego wieku⁶⁵. Jak dotąd nie pojawiły się ani nowe idee, ani nie dokonano radykalnych zmian w polityce kryminalnej – może poza współcześnie raczej przestarzałymi metodami

⁶⁰ A. Giddens, op. cit., s. 79–144; S. Lash, op. cit., s. 146–159; Z. Bauman, *Szanse etyki w zglobalizowanym świecie*, Warszawa 2011, s. 12 i n.

⁶¹ Z. Bauman, op. cit., s. 12–18; M. Scheller, *Resentyment a moralność*, Warszawa 2008, s. 155–212; F. Nietzsche, *Z genealogii moralności*, Kraków 2003, s. 22.

⁶² Por. M. Fleurbaey, *Fairness, Responsibility, and Welfare*, Oxford 2008, s. 10–12, 245 i n.

⁶³ Zob. R. Nozick, op. cit., s. 186 i n.; G. Maroń, *Sprawiedliwość według Roberta Nozicka w perspektywie libertarianizmu*, „Resovia Sacra. Studia Teologiczno-Filozoficzne Diecezji Rzeszowskiej” 2007–2008, nr 14–15, s. 319–337.

⁶⁴ N. Christie, *Conflicts as Property...*, s. 1

⁶⁵ A. Elliot, op. cit., s. 33–35, 186 i n.

sprawiedliwości naprawczej, które są wdrażane do prawa karnego np. w Polsce. Nurt krytyczny w prawie karnym i kontestacja dokonywana przez filozofów są być może zbyt radykalne, a przy tym bardziej literackie aniżeli prawnicze. Jednak stając wobec wyzwań współczesności, należy poszukiwać takich dróg, które pozwolą wypracować taki model reakcji na czyny społecznie niepożądane, który będzie rozwiązywał skutecznie problem przestępczości, a jednocześnie pozostanie sprawiedliwy. Współczesne prawo karne głównie generuje problemy społeczne, bardzo rzadko je rozwiązując (chyba że za rozwiązanie uznać dożywotnią izolację osób niebezpiecznych).

Literatura

- Arrigo B.A., *Some Preliminary Observations on Social Justice and Critical Criminology*, [w:] B.A. Arrigo (red.), *Social Justice/ Criminal Justice. The Maturation of Critical Theory in Law, Crime, and Deviance*, Belmont 1999.
- Barnett R.E., *Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice*, „Ethics” 1977, nr 4.
- Bauman Z., *Szanse etyki w zglobalizowanym świecie*, Warszawa 2011.
- Bayles M.D., *Criminal Paternalism*, [w:] J. Pennock, J. Chapman (red.), *The Limits of Law*, New York 1974.
- Beccaria C., *On Crimes and Punishments*, [w:] R. Bellamy (red.), *Beccaria: On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge 1995.
- Beck U., Giddens A., Lash S., *Modernizacja refleksyjna*, Warszawa 2009.
- Bedau H., *Bentham's Theory of Punishment: Origin and Content*, „*Journal of Bentham Studies*” 2004, nr 7.
- Berlin I., *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994.
- Christie N., *Conflicts as Property*, „*British Journal of Criminology*” 1977.
- Christie N., *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2014.
- Christie N., *Granice cierpienia*, Warszawa 1991.
- Czepita S., *Istota wolności i jej granice w polskim systemie prawnym*, „*Prawo i Więź*” 2014, nr 7.
- Denning C., *Freedom under the Law*, Londyn 1949.
- Duff R.A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001.
- Duff R.A., *Karanie obywateli*, „*Ius et Lex*” 2006, nr 1.
- Duff R.A., *Legal Punishment*, [w:] E. N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [online] <www.plato.stanford.edu>.
- Duff R.A., *Legal Theory Today. Answering for Crime*, Oxford – Portland 2007.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- Eagleton T., *Zło*, Warszawa 2012.
- Falandysz L., *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986.
- Feinberg J., *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, „*Ius et Lex*” 2006, nr 1.
- Ferri E., *Reform of Penal Law in Italy*, „*Journal of Criminal Law and Criminology*” 1921, t. 12.
- Fleurbaey M., *Fairness, Responsibility, and Welfare*, Oxford 2008.
- Fletcher G.P., *Material Poverty – Moral Poverty*, [w:] W.C. Heffernan; J. Kleinig (red.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, New York 2000.

- Frankfurt H., *Alternatywne możliwości i odpowiedzialność moralna*, [w:] J. Hołówka (red.), *Filozofia moralności. Postanowienie i odpowiedzialność moralna*, Warszawa 1997.
- Gaberze A., *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego (O kryzysie prawa karnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5.
- Golash D., *The Retributive Paradox*, „Analysis” 1994, nr 2.
- Hampton J., *Liberalism, Retribution and Criminality*, [w:] J. L. Coleman, A. Buchanan (red.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge 2007.
- Hart H.L.A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, [w:] *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, New York – Oxford 1975.
- Hirsch A. von, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybutywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Hobbes T., *Lewiatan czyli forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Warszawa 1954.
- Ingarden R., *O odpowiedzialności i jej podstawach ontycznych*, [w:] idem, *Książeczka o człowieku*, Warszawa 2009.
- Kane R., *A Contemporary Introduction to Free Will*, New York – Oxford 2005.
- Katz M.B. (red.), *The “Underclass” Debate: Views from History*, Princeton 1993.
- Kaufman S., *The Reform Theory of Punishment*, „Ethics” 1960, nr 1.
- Kochanowski J., *Powrót kary sprawiedliwej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Krajewski K., *Kara i współczesne społeczeństwo (wokół książki D. Garlanda)*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 5.
- Krajewski K., *Teorie kryminologiczne a prawo karne*, Warszawa 1994.
- Królikowski M., *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.
- Kymlicka W., *Współczesna filozofia polityczna*, Warszawa 2009.
- Lucas J.R., *Responsibility*, Oxford 2004.
- Lyons D., *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000.
- Mäkinen V. (red.), *Lutheran Reformation and the Law*, Leiden – Boston 2006.
- Małek M., *Liberalizm etyczny Johna Stuarta Milla. Współczesnej ujęcie u Johna Graya i Petera Singera*, Wrocław 2010.
- Marciano I., *Constitutional Mythologies*, New York – Dordrecht – Heidelberg – London 2011.
- Marek M., *„Nowy realizm” w polityce kryminalnej Stanów Zjednoczonych – założenia i efekty*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 4.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2000.
- Maroń G., *Sprawiedliwość według Roberta Nozicka w perspektywie libertarianizmu*, „Resovia Sacra. Studia Teologiczno-Filozoficzne Diecezji Rzeszowskiej” 2007–2008, nr 14–15.
- Mill J.S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2005.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
- Murphy J.G., *Marxism and Retribution*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, nr 2.
- Morris H., *Persons and Punishment*, „The Monist” 1968, nr 52.
- Nietzsche F., *Z genealogii moralności*, Kraków 2003.
- Nozick R., *Anarchia, państwo, utopia*, Warszawa 2010.
- Olejniki S., *Odpowiedzialność moralna zmniejszona*, „Roczniki Filozoficzne” 1962, z. 2.
- Peno M., *Nowoczesna polityka kryminalna w świetle koncepcji polityki tworzenia prawa Jerzego Wróblewskiego*, [w:] T. Bekrycht, M. Zirk-Sadowski (red.), *Wpływ teorii Jerzego Wróblewskiego na współczesne prawoznawstwo*, Warszawa 2011.

- Peno M., *Odpowiedzialność karna a determinizm antropologiczny*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. 36.
- Peno M., *Postmodernizacja nauki prawa karnego – geneza i efekty*, [w:] A. Samonek (red.), *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, Kraków 2012.
- Philips M., *The Justification of Punishment and the Justification of Political Authority*, „Law and Philosophy” 1986, nr 5.
- Pink T., *Free Will and Determinism*, [w:] J. T. O'Connor, C. Sandis (red.), *A Companion to the Philosophy of Action*, Oxford 2010.
- Polanowska-Sygulska B., *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998.
- Ross A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London 1975.
- Safranski R., *Zło. Dramat wolności*, Warszawa 1999.
- Scheller M., *Resentiment a moralność*, Warszawa 2008.
- Shapiro I., *The Moral Foundations of Politics*, New Haven – London 2003.
- Stelmach J., Brożek B., Soniewiecka M., Załuski W., *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Śpiewak P., *Poszukiwanie wspólnot*, [w:] idem (red.), *Komunitarianie. Wybór tekstów*, Warszawa 2004.
- Walker N., *Nozick's Revenge*, „Philosophy” 1995, nr 274.
- Wojciechowski B., *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 3.
- Wojciechowski B., *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009.
- Wootton B., *Crime and the Criminal Law*, London 1981.
- Wootton B., *Social Science and Social Pathology*, London 1959.

Summary

Just punishment in unjust societies – notes on critical currents in philosophy of punishment

Key words: punishment, society, criminal justice, social justice.

Among the modern concepts of punishment a current critical of the standard – classic – model of criminal law can be distinguished. Critics, whether criminologists, philosophers or representatives of other social sciences, including P. Fletcher, T. Eagleton or B.A. Arrigo, focus their attention on the problem of the relationship between social justice, i.e. the functioning of an individual in the community and criminal justice. Social injustices such as poverty, inequality and other types of exclusion, or generally the very existence of an underclass as a group of people excluded from participation in the civil society, should be reflected in the shape of criminal law and responsibility for criminal offences. The aim of the study is to answer the question of how factors related to broader social justice should – in the light of the critical and contesting views – affect the responsibility or the justice of punishment.

Ilona Grądzka

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL

Zasada nieograniczonego zakresu ustawy a członkostwo Polski w Unii Europejskiej

Uwagi wstępne

Szybki rozrost zakresu działalności gospodarczej i politycznej Unii Europejskiej przyczynił się do powstania rozbudowanego systemu zasad i procedur, które regulują sposób funkcjonowania instytucji unijnych. Niemalże od samego początku Wspólnot Europejskich powszechnie mówiono o nowym porządku prawnym (wyrok ETS z 1964 r. *Costa v. ENEL*), niemającym jedynie charakteru międzynarodowego. Państwa członkowskie zobowiązały się do zapewnienia pierwszeństwa oraz bezpośredniego stosowania tego prawa. Jednak nie zawsze zasady te były i są bezwzględnie przyjmowane na gruncie krajowym, np. pierwsze orzeczenia włoskiego Sądu Konstytucyjnego m.in. w sprawach *Costa przeciwko ENEL* (1964), *San Michele* (1965)¹, jak również orzeczenia niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego: *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993)² i wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie traktatu z Lizbony (2009)³. Polski Trybu-

¹ Wyroki włoskiego SK nr 14 z dnia 7 marca 1964 r., GC 1964, nr 1 oraz nr 98 z dnia 27 grudnia 1965 r., GC 1966, nr 1. Sprawa *Costa v. ENEL* była przedmiotem postępowania ETS na wniosek mediolańskiego Sądu Pokoju, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym. Wyrok ETS został wydany już po wyroku włoskiego SK – 15 lipca 1964 r., w tym miejscu jednak nie kieruję się chronologią, gdyż znaczenie mają wypowiedzi obu trybunałów. Tłumaczone teksty wyroków zob. w: K. Doktor-Bindas, *Wpływ prawa Unii Europejskiej na system źródeł prawa Republiki Włoskiej*, Warszawa 2014, s. 99 i n.

² Wyrok FTK, sygn. akt 2 BvR 2134, 2159/92. Tłumaczenia wybranych orzeczeń sądów konstytucyjnych państw członkowskich UE w oprac. B. Banaszak, P. Bogdanowicz, *Relacje między prawem konstytucyjnym a prawem wspólnotowym w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, [online] <http://www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/EUROPA_2006.pdf>.

³ BverfGE z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn. akt 2 BvE 2/08, 5.08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09. Polskie tłumaczenie zob. [online] <<http://ww2.senat.pl/k7/dok/bad/2009inne.htm>>, analiza orzeczenia w: *Demokracja europejska, tożsamość konstytucyjna i suwerenność – skutki*

nał Konstytucyjny (dalej: TK) również zabierał głos w sprawach dotyczących UE⁴.

Suwerenna decyzja o przystąpieniu do UE oznacza pełne stosowanie odpowiednich norm unijnych na terenie danego państwa. Przepisy Konstytucji RP⁵ (art. 90 i art. 91) zezwalają na zastosowanie zasady pierwszeństwa i skutku bezpośredniego w krajowym systemie prawnym, a zakres interpretacji ustali polski Trybunał Konstytucyjny. Zgodnie z linią orzecniczą TK, pierwszeństwo prawa unijnego dotyczy jedynie ustawy⁶. Jednak Trybunał nie wyklucza możliwości zaistnienia kolizji prawnej pomiędzy aktem prawa unijnego a Konstytucją.

Największy wpływ na przepisy Konstytucji RP miał wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05) w sprawie europejskiego nakazu aresztowania, którego skutkiem była zmiana, nadrzędnych w hierarchii systemu prawa, norm konstytucyjnych. Postępowanie zainicjował w 2005 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku, przedstawiając Trybunałowi pytanie prawne dotyczące zgodności art. 607t k.p.k.⁷, zezwalającego na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego UE, z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP. Trybunał wskazał, iż z chwilą uzyskania członkostwa w Unii Polska, przyj-

orzeczenia niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie traktatu lizbońskiego w europejskiej doktrynie konstytucyjnej, PE, Dyrekcja Generalna ds. Polityki Wewnętrznej, departament tematyczny prawa obywatelskie i sprawy konstytucyjne, 2010, [online] <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425618/IPOL-AFCO_NT\(2010\)425618_PL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/425618/IPOL-AFCO_NT(2010)425618_PL.pdf)> (dostęp: 5.10.2013); Sz. Pawłowski, *Zjednoczeni w różnorodności – perspektywa niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] C. Mik (red.), *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności*, Warszawa 2010, s. 147 i n.

⁴ Trybunał Konstytucyjny wypowiedział m.in. w wyrokach z dnia: 31 maja 2004 r. nt. Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego (sygn. akt K 15/04, OTK ZU 2004/5/A/47); 27 kwietnia 2005 r. nt. europejskiego nakazu aresztowania (sygn. akt P 1/05, OTK ZU 2005/4/A/42); 11 maja 2005 r. nt. Traktatu akcesyjnego (sygn. akt K 18/04, OTK ZU 2005/5/A/49); 26 czerwca 2013 r. nt. zmiany art. 136 TFUE (sygn. akt K 33/12, OTK ZU 2013/5/A/63) oraz w postanowieniach z dnia: 19 grudnia 2006 r. w sprawie pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie (sygn. akt P 37/05, OTK ZU 2006/11/A/177); 20 maja 2009 r. w sprawie sporu kompetencyjnego pomiędzy Prezesem Rady Ministrów a Prezydentem Rzeczypospolitej (sygn. akt Kpt 2/08, OTK ZU 2009/5/A/78); 24 listopada 2010 r. w sprawie Traktatu z Lizbony (sygn. akt K 32/09, OTK ZU 2010/9/A/108); 16 listopada 2011 r. w sprawie dopuszczalności kontroli w trybie skargi konstytucyjnej zgodności z Konstytucją RP rozporządzeń Unii Europejskiej (sygn. akt SK 45/09, OTK ZU 2011/9A/97).

⁵ Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁶ Inaczej tę kwestię widzi Trybunał Sprawiedliwości UE. W wyroku z dnia 13 lutego 1969 r. w sprawie *Walt Wilhelm i inni v. Federalny Urząd Kartelowy* (sygn. akt C-14/68) oraz w wyroku z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (sygn. akt C-11/70) potwierdził swoje wcześniejsze stanowisko nt. statusu prawa wspólnotowego, podkreślając niezależność wspólnotowego systemu prawa i wskazując, iż prawo wywodzące się z traktatów, samodzielnego źródła prawa, nie może ze względu na swój szczególny charakter ustępować normom prawa krajowego niezależnie od ich rodzaju.

⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

mując dorobek prawny UE, automatycznie związana została prawem pierwotnym i pochodnym Unii, w tym obowiązkiem wykonania decyzji ramowej z 13 czerwca 2002 r. dotyczącej europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydania osób między państwami członkowskimi. Trybunał podkreślił, że obowiązek implementacji decyzji ramowych jest wymogiem konstytucyjnym wynikającym z art. 9 Konstytucji, jednak jego realizacja nie zapewnia automatycznie i w każdym przypadku materialnej zgodności przepisów prawa wtórnego UE i ustaw je implementujących do prawa krajowego z normami Konstytucji (pkt 2.3, 2.4 uzasadnienia).

Podstawową funkcją ustrojową Trybunału jest badanie zgodności aktów normatywnych z Konstytucją, a obowiązek ten dotyczy także sytuacji, gdy zarzut niekonstytucyjności odnosi się do tego zakresu ustawy, który służy implementacji prawa Unii Europejskiej.

Uznanie przez Trybunał niekonstytucyjności art. 607t § 1 k.p.k. nie jest równoznaczne z zapewnieniem zgodności stanu prawnego z Konstytucją ani do tego wystarczające. Trybunał musiał zająć stanowisko co do ewentualnej nowelizacji art. 55 ust. 1 Konstytucji. Jak stwierdził, wzięwszy pod uwagę art. 9 Konstytucji, który stanowi, że „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”, oraz obowiązki wynikające z członkostwa Polski w Unii, nieodzowna jest taka zmiana obowiązującego prawa, która umożliwi nie tylko pełną, ale i zgodną z Konstytucją implementację decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania. Dlatego zdaniem Trybunału, aby zadanie to mogło być zrealizowane, nie można wykluczyć odpowiedniej nowelizacji art. 55 ust. 1 Konstytucji, tak by przepis ten przewidywał wyjątek od zakazu ekstradycji obywateli polskich (pkt 5 uzasadnienia). Powyższa wypowiedź TK dowodzi, iż art. 9 Konstytucji może mieć duże znaczenie w zapewnianiu pierwszeństwa stosowania prawa międzynarodowego w stosunku do prawa krajowego. Ostatecznie Trybunał uznał przepis art. 607t § 1 k.p.k. za niezgodny z obowiązującym wówczas art. 55 Konstytucji. W uzasadnieniu wyroku wskazał potrzebę zmiany Konstytucji⁸ w taki sposób, by było możliwe pełne implementowanie decyzji Rady dotyczące europejskiego nakazu aresztowania.

Orzecznictwo TK i sprawy, w których się wypowiadał, dowodzą, że system prawny UE wywiera znaczący wpływ na krajowy porządek normatywny. Łączy się to z faktem, że elementami polskiego systemu prawnego stały się nowe rodzaje źródeł prawa Unii.

Podsumowując powyższe wywody, można stwierdzić, że pozostaje sporne, czy relacje między prawem unijnym a prawem krajowym należy ocenić według przepisów Konstytucji RP, czy też przepisów i zasad prawa ponadna-

⁸ Art. 55 Konstytucji zmieniony został na mocy art. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. (Dz.U. nr 200, poz. 1471).

rodowego⁹. Kwestia jest istotna, ponieważ Trybunał Sprawiedliwości (dalej: TS) rozciąga zakres zastosowania zasady pierwszeństwa prawa unijnego na cały porządek prawny państwa członkowskiego, łącznie z Konstytucją. Natomiast polski Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie traktatu akcesyjnego (wyrok z 11 maja 2005 r.) podkreśla nadrzędność Konstytucji, przyznając jedynie pierwszeństwo prawu unijnemu przed ustawą (art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji). Jak należy w takim razie potraktować wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania, w którym Trybunał uznał konieczność zmiany art. 55 ust. 1 Konstytucji, aby zapewnić prawidłową transpozycję decyzji ramowej? Czy jest to wyjątek od zasady? Zwraca uwagę wypowiedź TK na temat praw i wolności jednostki (wyrok z 11 maja 2005 r.), które wyznaczają „minimalny i nieprzekraczalny próg”. W konfrontacji z wypowiedzią z 27 kwietnia 2005 r. ten „próg jest przekraczalny”¹⁰.

Na relację pomiędzy prawem UE a polskim prawem należy spojrzeć przede wszystkim przez pryzmat postanowień Konstytucji. Przedmiotem niniejszego artykułu jest polski system prawny jako katalog aktów prawotwórczych, a nie jego realne funkcjonowanie w praktyce¹¹.

Stosunek prawa Unii Europejskiej do prawa krajowego

Członkostwo Polski w UE oznacza rezygnację z wykonywania kompetencji państwowych w niektórych sprawach. Jednocześnie wiąże się z zezwoleniem państwa na stosowanie w swoich stosunkach wewnętrznych prawa UE. Wywołuje to dość poważne konsekwencje dla systemu prawnego i ustroju organów władzy państwowej.

⁹ Od momentu powstania pierwszej Wspólnoty Europejskiej, tj. od 1951 r., toczyły się dyskusje na temat tego, czy jest to integracja ponadnarodowa, czy międzynarodowa. Efektem tego jest obecność w doktrynie różnych teorii integracji. J. Ruskowski, *Teoretyczny wymiar integracji europejskiej*, [w:] K.A. Wojtaszczyk (red.), *Integracja europejska*, Warszawa 2011, s. 9 i n.; H. Wallance, W. Wallance, *Overview: The European Union, Politics and Policy-Making*, [w:] K.E. Jørgensen, M.A. Pollack, B. Rosmond (red.), *European Union Politics*, London – Thousand Oaks – New Delhi 2006, s. 339 i n. [online] <www.ies.be> (dostęp: 28.02.2017).

¹⁰ Tak A. Wyrozumska, *Glosa nr 4 Umowy międzynarodowe w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego dotyczących Traktatu o przystąpieniu do UE oraz ENA*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4, s. 245.

¹¹ Na temat stosowania prawa zob. D. Dudek, *Funkcjonowanie systemu źródeł prawa w orzecznictwie sądowym*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego Nałęczów, 1–3 czerwca 2000 r., Lublin 2000, s. 77 i n.; A. Wróbel, *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 1, Warszawa 2010; J. M. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.

Na skutek przekazania kompetencji na terenie państwa narodowego obowiązują porządki prawne sprawowane przez różne ośrodki polityczne. Uznaje się, że sprawowanie władzy publicznej regulują dwie konstytucje: konstytucja krajowa oraz prawo pierwotne UE, stanowiące konstytucję tej organizacji w znaczeniu materialnym.

W Konstytucji RP został utworzony odrębny rozdział III poświęcony wyłącznie źródłom prawa (prawa powszechnie obowiązującego i prawa o charakterze wewnętrznym). W rozdziale tym ustrojodawca rozstrzygnął także podstawowe kwestie związane ze stosunkiem polskiego prawa do prawa międzynarodowego oraz prawa UE. Konstytucja rozwiązuje problem bezpośredniego obowiązywania i mocy prawnej w krajowym porządku prawnym ratyfikowanych umów międzynarodowych i aktów prawnych wydawanych przez organy organizacji międzynarodowej, której Polska na podstawie umowy międzynarodowej przekazała kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Z ich przekazaniem łączy się zagadnienie dopuszczalności form, granic i ograniczeń w wykonywaniu suwerenności przez Rzeczpospolitą Polską.

Określone w rozdziale III źródła prawa mają budowę hierarchiczną, a aktem o najwyższej mocy prawnej w państwie jest Konstytucja. Zasadę jej nadrzędności wyraża art. 8 Konstytucji RP, który akcentuje szczególny charakter wszystkich norm konstytucyjnych dla ich adresatów, podkreśla funkcję prawną Konstytucji oraz uwypukla najwyższą moc prawną norm konstytucyjnych w polskim porządku prawnym¹². Przystąpienie Polski do UE i przyjęcie całego unijnego dorobku prawnego jako obowiązującego na terenie RP nie pozbawiło Konstytucji pozycji nadrzędnej w systemie prawa, ale wymusiło nowe spojrzenie na to zagadnienie.

Członkostwo Polski w UE oznacza również zmiany dla zasady suwerenności Narodu. Konstytucja RP uznaje za źródło władzy zwierzchniej Naród, który sprawuje władzę w sposób pośredni lub bezpośredni. W obliczu partycypacji państwa w procesach integracyjnych formy wykonywania suwerenności narodowej nabierają szczególnego znaczenia. Na skutek przekazania kompetencji na rzecz Unii ograniczeniu uległ zakres spraw podlegających rozstrzygnięciu przez obywateli w konstytucyjnie przewidzianych formach prawnych. Jako przykład można tu wskazać ustawę, którą w literaturze przedmiotu określa się jako akt normatywny co do zasady o nieograniczonym zakresie przedmiotowym. Dość delikatnie wskazuje się, że może on być modyfikowany poprzez akty ponadnarodowe (zwłaszcza rozporządzenia unijne) na skutek przekazania kompetencji organów państwowych w niektórych sprawach, w tym także uprawnień prawotwórczych¹³.

¹² J. Kuciński, W. J. Wołpiuk, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Warszawa 2012, s. 87.

¹³ Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2013, s. 36.

Ustawa – akt o nieograniczonym zakresie przedmiotowym?

Państwa członkowskie zostały zobowiązane do respektowania prawa UE, co pociąga za sobą określoną organizację krajowego aparatu tworzącego i stosującego prawo. Co prawda, państwom pozostawiono swobodę organizacyjno-proceduralną, która polega na prawie do decydowania o tym, jak będą zorganizowane organy krajowe i według jakich procedur będą działały. Jednak traktaty, rozszerzając zakres działania i kompetencje UE, ograniczają swobodę organów władzy publicznej państw członkowskich. Organy krajowe muszą zatem uwzględniać unijną regulację prawną. Pełnią też liczne obowiązki notyfikacyjne, które mają zasadniczo charakter informacyjny – określają wymóg gromadzenia i przekazywania organom UE informacji o określonych zdarzeniach¹⁴.

Akty unijne, w różnych formach prawnych, mogą dotyczyć projektów aktów prawnych państw członkowskich, ustanowionych aktów prawnych, jak również działań faktycznych organów władzy publicznej i innych sytuacji mających znaczenie z punktu widzenia unijnego porządku prawnego¹⁵. Ze względu na tematykę niniejszych rozważań przedmiotem zainteresowania będą tylko te unijne procedury notyfikacyjne, które są realizowane na etapie postępowania legislacyjnego: notyfikacja pomocy publicznej¹⁶ art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu UE¹⁷ (dalej: TfUE), notyfikacja przepisów technicznych¹⁸, notyfikacja związana z harmonizacją prawa państw członkowskich UE art. 114 ust. 4–7 TfUE, notyfikacja regulacji krajowych w dziedzinach podlegających kompetencji Europejskiego Banku Centralnego art. 127 ust. 4 TfUE¹⁹.

¹⁴ Tak Z. Cieślak, *Notyfikacja w pracach Sejmu*, [w:] A. Kuś, A. Szachon-Pszenny (red.), *Wpływ „acquis communautaire” i „acquis Schengen” na prawo polskie – doświadczenia i perspektywy*, t. I: *10 lat Polski w Unii Europejskiej*, Lublin 2014, s. 39. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 marca 2015 r. (sygn. akt P 4/14, OTK ZU 3A/2015, poz. 30) uznał, iż notyfikacja przepisów technicznych nie jest wprost tożsama z opiniowaniem lub konsultowaniem projektów ustaw, wykazuje jednak bez wątpienia cechy podobne i ma charakter zbliżony do konsultacji, powiadomień czy też uzgodnień dotyczących projektów aktów normatywnych (pkt 206 uzasadnienia).

¹⁵ Tak B. Pawłowski, *Notyfikacja – obowiązek informowania UE o projektowanych krajowych aktach prawnych*, BAS, 2016, nr 9, s. 1, [online] <[http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/F1DB5F3805D27BD6C1257FB7002E6407/\\$file/Infos_213.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/F1DB5F3805D27BD6C1257FB7002E6407/$file/Infos_213.pdf)> (dostęp: 1.03.2017).

¹⁶ Postępowanie w sprawie przygotowania do notyfikacji projektów programów pomocowych, projektów pomocy indywidualnej oraz projektów pomocy indywidualnej na restrukturyzację określa ustawa o postępowaniu z sprawach dotyczących pomocy publicznej z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz.U. nr 123, poz. 1291).

¹⁷ Dz.Urz. UE 2012/C 326/01.

¹⁸ Dyrektywa 2015/1535 PE i Rady z 9 września 2015 r. (Dz.Urz. UE L 241/1) zastąpiła dyrektywę 98/34.

¹⁹ B. Pawłowski, *Notyfikacja...*, s. 1.

Podstawą obowiązków notyfikacyjnych jest wyrażona w art. 4 Traktatu o UE²⁰ zasada lojalności. Zasada ta zobowiązuje państwa członkowskie i instytucje UE do wzajemnej współpracy i podejmowania wszelkich środków mających przyczynić się do realizacji zobowiązań wynikających z traktatów. Jednak z treści art. 4 Traktatu o UE nie wynika, w jaki sposób państwa mają osiągnąć te cele. Dlatego zasada lojalności powinna być stosowana w połączeniu z innymi przepisami traktatowymi²¹, co oznacza, że wszelkie uregulowania szczegółowe dotyczące obowiązków notyfikacyjnych można określić jako normatywne konkretyzacje tej traktatowej zasady²².

Regulacje szczegółowe dotyczące obowiązku notyfikacji projektów²³ przepisów prawnych określają jej adresata (co do zasady jest nim Komisja Europejska) oraz formę, w jakiej mają być udzielane informacje (np. w formie formularza notyfikacyjnego, który powinien być możliwie jak najbardziej wyczerpujący – tzw. zgłoszenie kompletne)²⁴. Państwa członkowskie mają realizować obowiązki notyfikacyjne „w odpowiednim czasie”²⁵ lub – jak w przypadku projektów przepisów technicznych – „niezwłocznie”²⁶. Notyfikacja może w różny sposób oddziaływać na krajowy proces ustawodawczy. Może wiązać się z koniecznością zawieszenia na jakiś okres prac prawodawczych, może wyłącznie (*de iure*) wymagać uwzględnienia w toku tych prac jej rezultatów lub też formalnie nie wpływać na prowadzone postępowanie prawodawcze²⁷. Trzeba jednak zaznaczyć, że w tok uchwalania aktów ustawodawczych najbardziej ingeruje notyfikacja przepisów technicznych. Dyrektywa UE 2015/1535 stanowi, że państwa członkowskie odraczają przyjęcie projektu przepisów technicznych o określoną liczbę miesięcy, począwszy od daty otrzymania przez Komisję projektu ustawy²⁸. Projekty ustaw, które już po dokonaniu notyfikacji zostały zmienione w sposób istotny, podlegają ponownej notyfikacji. Zaniechanie notyfi-

²⁰ Dz.Urz. UE 2012/C 326/01.

²¹ J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony, zarys wykładu*, Toruń 2010, s. 266.

²² Tak Z. Cieślík, *Notyfikacja...*, s. 41.

²³ Obowiązek notyfikacji dotyczy okresu uchwalania ustawy skoro ma na celu wprowadzenie do projektu ewentualnych poprawek wynikających z zastrzeżeń podmiotu UE.

²⁴ Art. 1 i 2 rozporządzenia Komisji nr 794/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady 2015/1589 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 TFUE (Dz.Urz. UE L nr 140).

²⁵ Art. 2 rozporządzenia 2015/1589.

²⁶ Art. 5 rozporządzenia 2015/1535.

²⁷ Por. Z. Cieślík, *Notyfikacja...*, s. 46.

²⁸ Art. 6. Obowiązek zawieszenia postępowania ustawodawczego nazywany jest klauzulą *standstill*. Tak Z. Cieślík, *Notyfikacja...*, s. 46; M. Laskowska, *Notyfikacja przepisów technicznych jako element postępowania ustawodawczego – aspekty konstytucyjne*, [w:] W. Brzozowski, A. Krzywoń (red.), *Leges ab omnibus intellegi debent. Księga XV-lecia Rządowego Centrum Legislacji*, Warszawa 2015, s. 327.

kacji lub brak wstrzymania procedury legislacyjnej stanowi naruszenie prawa UE²⁹.

Wskazuje się, że procedura notyfikacyjna przybiera postać przede wszystkim gromadzenia i dostarczania organom UE określonego rodzaju informacji niezbędnych do zapewnienia efektywności unijnym postępowaniom kontrolnym³⁰. Z drugiej jednak strony ogranicza swobodę organów krajowych w procesie legislacyjnym. Widać to zwłaszcza na przykładzie ustawy o grach hazardowych³¹. Problem powstał w związku z nienotyfikowaniem przez Radę Ministrów Komisji Europejskiej projektu pierwotnej ustawy o grach hazardowych z 2009 r.³² Wypowiedź Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Fortuna*³³ potwierdza powyższe spostrzeżenia. Zgodnie z wyrokiem projekt ustawy o grach hazardowych, nie wnikając w istotę „przepisów technicznych”, powinien zostać przekazany Komisji w celu notyfikacji. Ingerencja instytucji unijnych w polskie postępowanie ustawodawcze jest o tyle istotna, że oddziałuje również na sądy i proces stosowania przepisów prawa³⁴.

²⁹ B. Pawłowski, *Notyfikacja...*, s. 4. ETS w wyroku z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie *CIA Security International SA v. Signalson SA i Securitel SPRL* (sygn. akt C-194/94) stwierdził, iż państwa członkowskie zobowiązane są do notyfikacji, a uchybienie temu obowiązкови stanowi uchybienie proceduralne przy przyjmowaniu danych przepisów technicznych i powoduje bezskuteczność tych przepisów, co oznacza, że nie można się na nie powoływać wobec jednostek.

³⁰ M. Laskowska, op. cit., s. 326.

³¹ Ustawa o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r. (Dz.U. nr 201, poz. 1540). Podanie przepisów krajowych notyfikacji technicznej ma swój wymiar materialny, bowiem w toku omawianej procedury swoboda ustawodawcy podlega pewnemu limitowaniu, oraz formalny, gdyż notyfikacja przepisów technicznych wpływa na tok trybu ustawodawczego. Zob. M. Laskowska, op. cit., s. 331.

³² Zob. J. Barcz, *Przepisy ustawy o grach hazardowych jako „przepisy techniczne” – czyli co powiedział i co mógł powiedzieć Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawie Fortuna oraz w wyroku w sprawie Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł?*, [w:] M. Taborski (red.), *Skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych dla wymiaru sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016, s. 24. Autor wskazuje, że co prawda prawo unijne nie harmonizuje dziedziny gier hazardowych, pozostawiając państwom członkowskim niemal pełną swobodę w reglamentacji tej dziedziny, niemniej urządzenie gier hazardowych i uczestniczenie w nich objęte jest swobodami rynku wewnętrznego. Stąd też projekty ośrodków krajowych reglamentujących tę działalność powinny podlegać obowiązkowi notyfikacji KE, o ile kwalifikują się jako przepisy techniczne objęte dyrektywą 98/34/WE (obecnie dyrektywą 2015/1535).

³³ Wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawach połączonych C-213/11, C-314/11, C-217/11.

³⁴ Jan Barcz wskazuje, że sąd krajowy jest zobowiązany w danej sprawie zastosować przepisy unijne w znaczeniu ustalonym w orzeczeniu TS. Z reguły sąd krajowy bierze także pod uwagę sformułowane przez TS wskazówki interpretacyjne wiążące się z prawem unijnym. Orzeczenie TS wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne nie ma skuteczności *erga omnes*, nie jest wprost wiążące dla innych sądów krajowych czy też innych organów publicznych. Nie ulega jednak wątpliwości, że oddziałuje na orzecznictwo innych sądów krajowych siłą autorytetu samego TS oraz mocą argumentów użytych w orzeczeniu prejudycjalnym (*ibidem*). Zob. także wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1866/12; postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt I KZP 15/13. Poglądy doktryny na temat skutków braku notyfikacji

Zgodnie z linią orzecniczą TK ustawa jest aktem o nieograniczonym zakresie przedmiotowym, chociaż sam Trybunał zastrzega pewne wyjątki od tej zasady – regulaminy Sejmu, Senatu i Zgromadzenia Narodowego³⁵. Zasadę wyłączności ustawy należy rozumieć jako zastrzeżenie normowania pewnych materii tylko dla ustawy lub wydawanych z jej upoważnienia aktów wykonawczych³⁶.

Integracja europejska przyczyniła się do ograniczenia stosowania ustawy, gdyż prawodawstwo unijne przez dużej części przejęło dotychczasowe przepisy należące tradycyjnie do ustawodawstwa krajowego. Zmiana rangi ustawy w hierarchii źródeł prawa nastąpiła przez poddanie ustawy zasadzie pierwszeństwa prawa unijnego i nadanie jej w dużej mierze charakteru aktu wykonującego prawo unijne³⁷. Twierdzi się, iż taka sytuacja jest „zagrożeniem” dla ustawy, a także może pomniejszać rolę tego aktu i ustawodawcy w porównaniu z wyidealizowanym konstytucyjnie wzorcem³⁸. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że nie wynika to z członkostwa w UE ani też nie jest wyrazem szerszej, uniwersalnej tendencji w konstytucjonalizmie krajowym³⁹. Być może to efekt dominacji egzekutywy w kierowaniu polityką państwa (m.in. przewaga inicjatyw ustawodawczych rządu, wpływ rządu na postępowanie ustawodawcze, iluzoryczność odpowiedzialności parlamentarnej

przepisów prawa: M. Taborowski (red.), *Skutki braku notyfikacji...*, część II i III; Z. Cieślík, *Skutki prawne procedur notyfikacyjnych z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 5; P. Radziejewicz, *Kontrola obowiązku notyfikowania ustawy w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 5.

³⁵ „W opinii Trybunału Konstytucyjnego regulamin Sejmu nie jest aktem wykonawczym w stosunku do ustawy. Jest aktem samoistnym wydawanym wprost w oparciu o Konstytucję i w tym znaczeniu traktować go można również jako akt wykonawczy do Konstytucji” – orzeczenie TK z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawie Regulaminu Sejmu RP, sygn. akt U. 10/92, OTK 1993, cz. II, s. 6. Na ten temat TK wypowiedział się również w wyroku z dnia 14 kwietnia 1999 r. w sprawie sejmowej komisji śledczej, sygn. akt K 8/99, ZU 1999, nr 3, poz. 41.

³⁶ L. Garlicki, *Konstytucyjny system źródeł prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa...*, s. 43; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 512.

³⁷ Tak M. Kruk, *Tryb przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i konsekwencje członkostwa dla funkcjonowania organów państwa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Warszawa 2006, s. 159. Autorzy komentarza do Konstytucji RP bardzo trafnie zauważają, że „wprowadzenie do Konstytucji kategorii ustaw implementacyjnych można odczytać jako świadectwo dostrzeżenia przez ustrojodawcę modyfikacji roli ustawy w systemie źródeł prawa po przystąpieniu Polski do UE. Ustawy tego rodzaju mają charakter w istocie »wykonawczy« wobec aktów prawa unijnego. Swoboda polityczna parlamentu co do treści takich ustaw jest ograniczona. Ich celem jest często jedynie przełożenie decyzji politycznych podjętych już na poziomie unijnym na język polskiej legislacji i wkomponowanie tych decyzji w mechanizmy danej dziedziny prawa polskiego”. Zob. M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243* (komentarz do art. 87), Warszawa 2016, [online] <www.legalis.pl> (dostęp: 25.07.2016).

³⁸ M. Kruk, op. cit., s. 159.

³⁹ E. Popławska, *Rola parlamentów narodowych w świetle Traktatu z Lizbony*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 5, s. 165.

przy zgodności politycznej większości parlamentarnej i rządu) i sprowadzenia parlamentu do roli organu legitymizującego, zapewniającego symboliczne demokratyczne uprawomocnienie dla polityki określanej i realizowanej przez ośrodki władzy wykonawczej⁴⁰. Należy się zgodzić z taką oceną relacji zachodzących pomiędzy parlamentem a Radą Ministrów. Wspierająca rząd większość sejmowa sprzyja mu w prowadzeniu polityki w państwie, a procesy integracyjne jedynie to podkreślają. Dlatego można powiedzieć, że to egzekutywa wyraźnie dominuje nad legislatywą, a ta ostatnia staje się elementem subordynowanym względem władzy wykonawczej⁴¹.

Rozważając kwestie związane ze statusem ustawy po akcesji, na wstępie należy przywołać definicję ustawy. Ustawa jest aktem normatywnym o najwyższej po Konstytucji mocy prawnej, uchwalana jest przez parlament w specjalnym trybie i ma nieograniczony⁴² zakres przedmiotowy (niektóre materie wymagają regulacji w formie ustawy lub jej wyraźnego upoważnienia)⁴³.

Konstytucja, określając katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego, umiejscawia ustawę po Konstytucji, a przed ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi (art. 87). Jednak umowa międzynarodowa, ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową⁴⁴. Badaniem zgodności ustaw z aktami wyższego i niższego rzędu zajmuje się Trybunał Konstytucyjny⁴⁵.

Biorąc pod uwagę te ogólne rozważania, można podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, które z tych elementów pozostały niezmienione po akcesji Polski do UE. Pierwszy i drugi element definicji ustawy pozostał bez zmian, czyli jest to akt o mocy prawnej poniżej Konstytucji uchwalany przez parlament. To, co uległo zmianie, to: zakres przedmiotowy ustawy, swoboda parlamentu w odniesieniu do potrzeby uchwalenia ustawy oraz zakres związania organów państwowych, przede wszystkim sądów, obowiązkiem stosowania ustawy⁴⁶. W obecnej regulacji prawnej ustawa nie jest aktem o nieograniczonym zakresie przedmiotowym. Akcesja Polski do Unii Europejskiej zakłada przekazanie części kompetencji organów władzy państwowej, co oznacza, że niektóre materie na czas członkostwa zostały całkowicie wyłączone z zakresu

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ J. Szymanek, *Zmiany pozycji ustrojowej parlamentu w państwach demokratycznych*, [w:] T. Mołdawa, J. Zalesny (red.), *Parlamentaryzm w świecie współczesnym. Między ideą a rzeczywistością*, Warszawa 2011, s. 20–21.

⁴² Wyjątek art. 112, art. 124 w związku z art. 112 i art. 114 ust 2 Konstytucji.

⁴³ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 166–170.

⁴⁴ Mowa o umowach ratyfikowanych w trybie art. 90 i 89 ust. 1 Konstytucji, miejsce umów międzynarodowych w polskim systemie prawa krajowego określa art. 91 ust. 2 Konstytucji.

⁴⁵ Art. 188 Konstytucji.

⁴⁶ K. Wójtowicz, *Pozycja ustawy w polskim porządku konstytucyjnym po akcesji*, [w:] B. Banaszak (red.), *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, Wrocław 2004, s. 60.

regulacji prawem krajowym (skutek prekluzyjny), tam gdzie Unia dysponuje kompetencją wyłączną⁴⁷. Na podstawie art. 90 Konstytucji Polska przekazała część kompetencji organów władzy państwowej, co spowodowało częściowe ograniczenie możliwości stanowienia ustaw w pewnych dziedzinach⁴⁸.

Nie wdając się w głębszą analizę źródeł prawa UE, należy zwrócić uwagę jedynie na pozycję rozporządzeń i dyrektyw⁴⁹. Podstawowym aktem przyjmowanym przez Unię jest rozporządzenie, które ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich⁵⁰. Skutek jest taki, że rozporządzenie obowiązuje bez konieczności jego implementacji za pomocą krajowych aktów prawnych, a „przekształcenie” rozporządzeń na formę aktów prawa wewnętrznego jest wręcz niedopuszczalne⁵¹. Traktat o Unii Europejskiej nakłada bowiem na państwa członkowskie obowiązek powstrzymania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnianiu celów Unii (obowiązek o charakterze negatywnym). Taka regulacja ogranicza swobodę ustawodawcy krajowego w kształtowaniu treści stanowionego prawa⁵². Na państwa członkowskie nałożono również obowiązek o charakterze pozytywnym, polegający na podejmowaniu wszelkich środków ogólnych lub szczególnych właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii⁵³.

⁴⁷ Jako przykład można wskazać unię celną, której wyrazem normatywnym jest m.in. wspólna taryfa celna wprowadzona rozporządzeniem unijnym – ibidem, s. 60.

⁴⁸ M. Fedorowicz, *Ustawa po akcesji Polski do Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, [w:] M. Kruk, J. Wawrzyniak (red.), *Polska w Unii Europejskiej*, XLVI Ogólnopolski Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Kraków 2005, s. 279; A. Bałaban, *Pozycja ustrojowa i funkcje Sejmu RP*, Warszawa 2011, s. 84.

⁴⁹ W przypadku decyzji legislator krajowy rozstrzyga, czy decyzja wymaga podjęcia przez niego działań, biorąc pod uwagę następujące okoliczności: „jeżeli decyzja jest skierowana do państwa członkowskiego UE, wiąże ona wszystkie jego właściwe organy, jeżeli decyzja skierowana jest do państwa członkowskiego UE i wynika z niej konieczność wydania krajowych przepisów wykonawczych, przepisy takie powinny być wydane (samo odesłanie do decyzji nie jest wystarczające), wykonywanie decyzji nie może być ograniczone aktami prawa krajowego, jeżeli postanowienia decyzji spełniają kryteria skutku bezpośredniego, jednostka nabywa prawa i obowiązki na podstawie samej decyzji, w takim przypadku obowiązki legislatora krajowego będą podobne jak w odniesieniu do postanowień unijnego prawa pierwotnego lub pochodnego mającego charakter samowystarczalny”. J. Barcz, *Wytoczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej. Zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej Departament Prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2009, s. 66.

⁵⁰ Art. 288 TFUE.

⁵¹ R. Balicki, *Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej a funkcjonowanie parlamentu – kilka uwag wstępnych*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 13. Jednak TSUE dopuszcza pewne wyjątki, pozwalając na uchwalenie aktów krajowych zapewniających skuteczność rozporządzeniom europejskim w ściśle określonych przypadkach. Wyrok z dnia 11 lutego 1971 r. w sprawie 39/70 *Nord-deutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH v. Hauptzollamt Hamburg – St. Annen*, Zbiór Orzeczeń 1971, s. 49. J. Barcz, *Wytoczne polityki legislacyjnej...*, s. 43.

⁵² Tak K. Wójtowicz, *Pozycja ustawy...*, s. 61.

⁵³ Art. 4 ust. 3 TUE.

Rozporządzenia, jak wskazano wcześniej, mają wyłączność na regulację danej materii, dlatego zgodnie z regulaminem Sejmu projekty, co do których istnieje wątpliwość, czy nie są sprzeczne z prawem, w tym z prawem UE lub podstawowymi zasadami techniki prawodawczej, Marszałek Sejmu, po zasięgnięciu opinii Prezydium Sejmu, może skierować celem wyrażenia opinii do Komisji Ustawodawczej. Komisja może większością trzech piątych głosów w obecności co najmniej połowy członków Komisji zaopiniować projekt jako niedopuszczalny. Projektowi zaopiniowanemu jako niedopuszczalny Marszałek Sejmu może nie nadać dalszego biegu. Co więcej, po otrzymaniu projektu ustawy, z wyjątkiem projektów wnoszonych przez Prezydenta oraz Radę Ministrów, Marszałek Sejmu przed skierowaniem go do pierwszego czytania zarządza sporządzenie przez ekspertów Kancelarii Sejmu opinii w sprawie zgodności wniesionego projektu z prawem Unii Europejskiej⁵⁴.

Działalność prawodawcza Unii Europejskiej w postaci innych aktów również ogranicza kompetencje parlamentów krajowych. Co prawda, dyrektywy unijne wymagają do swej ważności implementacji do prawa krajowego, ale jednocześnie określają obowiązek oraz termin wykonania, cel i treść⁵⁵. Powoduje to sytuację, gdy ustawa przestaje być aktem, o którego potrzebie i czasie wydania decyduje parlament krajowy w ramach ogólnego obowiązku realizacji postanowień Konstytucji⁵⁶. Akty prawne stanowione na podstawie dyrektywy będą prawem wewnętrznym pod względem formy, lecz ich podstawę i treść stanowić będą przepisy prawa unijnego⁵⁷.

Traktat o funkcjonowaniu UE zobowiązuje państwa członkowskie do podejmowania odpowiednich działań implementacyjnych, ponieważ uchybienie temu obowiązkowi naraża je na odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązań określonych w traktatach⁵⁸. Po akcesji zmiana ulega rozumienie zasady prymatu ustawy, jak również zasady wyłączności ustawy i domniemania ustawy. Zasada prymatu ustawy ulega ograniczeniu⁵⁹ na rzecz prawa pierwotnego i prawa pochodnego. Konstytucja wyraźnie stanowi, że prawo stanowione przez instytucje organizacji międzynarodowej ma moc prawną równą ustawie, a w przypadku kolizji prawnej pierwszeństwo stosowania

⁵⁴ Art. 34 ust. 8 i 9 Regulaminu Sejmu (M.P. z 2016 r., poz. 1178).

⁵⁵ „Transpozycja dyrektyw powinna być przeprowadzana w drodze ustaw i aktów wykonawczych, przy czym wybór formy aktu normatywnego zależy zasadniczo od systemu źródeł prawa przyjętego w danym państwie członkowskim UE” – J. Barcz, *Wytoczne polityki legislacyjnej...*, s. 54.

⁵⁶ K. Wójtowicz, *Pozycja ustawy...*, s. 61. „Zasadniczą formą transpozycji dyrektywy jest ustawa. Jeżeli dyrektywa odnosi się do dziedziny, która dotychczas nie była regulowana prawem krajowym, do jej transpozycji konieczne jest uchwalenie ustawy” – J. Barcz, *Wytoczne polityki legislacyjnej...*, s. 55.

⁵⁷ Tak R. Balicki, op. cit., s. 14.

⁵⁸ Art. 258–260 TUE.

⁵⁹ W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada prymatu ustawy wręcz utraciła swoje znaczenie. M. Fedorowicz, op. cit., s. 286.

przyznaje się temu prawu (art. 91 ust. 3). Tradycyjne podejście do rozumienia zasad wyłączności i domniemania ustawy również zostało przewartościowane. Obowiązki prawa UE na terenie Polski powoduje, że ustawa nie może regulować obszarów przedmiotowych, które zostały przekazane Unii. Oznacza to, iż ustawa przestaje być „jedynym i wyłącznym narzędziem służącym regulacji życia społecznego i doznaje wsparcia w postaci bezpośrednio skutecznych i stosownych aktów prawa unijnego”⁶⁰.

Zakończenie

Podsumowując można wskazać, że to państwa narodowe decydują o członkostwie w organizacji międzynarodowej o charakterze integracyjnym i tym samym o ograniczeniu swobody w wykonywaniu przez państwo swoich kompetencji. To państwo może kształtować zakres i sposób wykonywania swej suwerenności.

Przystąpienie do organizacji międzynarodowej o charakterze ponadnarodowym oznacza wykonywanie funkcji państwowych w nowych warunkach, co wpływa na kompetencje państwa, a tym samym na suwerenność narodową. Państwa członkowskie udzielają Unii Europejskiej upoważnienia do działania, powierzając jej określone kompetencje. W ich ramach mieszczą się kompetencje organów władzy ustawodawczej, co prowadzi do wniosku, że część suwerenności Narodu została przeniesiona na organy Unii. Dodatkowo obowiązki notyfikacyjne w sferze stanowienia prawa mają wpływ na tok całego procesu legislacyjnego, a niekiedy decydują o możliwości wprowadzenia w życie stanowionego aktu prawnego. Ograniczenia redakcyjne pozwalają jedynie na ogólne odniesienie się do poszczególnych zagadnień, a niektóre musiały zostać wręcz pominięte, jak np. postępowanie ustawodawcze.

Literatura

- Balicki R., *Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej a funkcjonowanie parlamentu – kilka uwag wstępnych*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003.
- Balaban A., *Pozycja ustrojowa i funkcje Sejmu RP*, Warszawa 2011.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Banaszak B., Bogdanowicz P. (oprac.), *Relacje między prawem konstytucyjnym a prawem wspólnotowym w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, [online] <http://www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/EUROPA_2006.pdf>.

⁶⁰ Ibidem, s. 287.

- Barcz J., *Wytoczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej. Zapewnienie skuteczności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej Departament Prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2009.
- Barcz J., *Przepisy ustawy o grach hazardowych jako „przepisy techniczne” – czyli co powiedział i co mógł powiedzieć Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawie Fortuna oraz w wyroku w sprawie Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł?*, [w:] M. Taborowski (red.), *Skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych dla wymiaru sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016.
- Cieślak Z., *Notyfikacja w pracach Sejmu*, [w:] A. Kuś, A. Szachon-Pszenny (red.), *Wpływ „acquis communautaire” i „acquis Schengen” na prawo polskie – doświadczenia i perspektywy*, t. I: 10 lat Polski w Unii Europejskiej, Lublin 2014.
- Cieślak Z., *Skutki prawne procedur notyfikacyjnych z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 5.
- Doktór-Bindas K., *Wpływ prawa Unii Europejskiej na system źródeł prawa Republiki Włoskiej*, Warszawa 2014.
- Dudek D., *Funkcjonowanie systemu źródeł prawa w orzecznictwie sądowym*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego Nałęczów, 1–3 czerwca 2000 r., Lublin 2000.
- Fedorowicz M., *Ustawa po akcesji Polski do Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, [w:] M. Kruk, J. Wawrzyniak (red.), *Polska w Unii Europejskiej*, XLVI Ogólnopolski Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Kraków 2005.
- Galster J. (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony, zarys wykładu*, Toruń 2010.
- Garlicki L., *Konstytucyjny system źródeł prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego Nałęczów, 1–3 czerwca 2000 r., Lublin 2000.
- Golecki J.M., *Miedzy pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.
- Kruk M., *Tryb przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i konsekwencje członkostwa dla funkcjonowania organów państwa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Warszawa 2006.
- Kuciński J., Wołpiuk W. J., *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Warszawa 2012.
- Laskowska M., *Notyfikacja przepisów technicznych jako element postępowania ustawodawczego – aspekty konstytucyjne*, [w:] W. Brzozowski, A. Krzywoń (red.), *Leges ab omnibus intellegi debent. Księga XV-lecia Rządowego Centrum Legislacji*, Warszawa 2015.
- Pawłowski B., *Notyfikacja – obowiązek informowania UE o projektowanych krajowych aktach prawnych*, BAS, 2016, nr 9, [online] <[http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/F1DB5F3805D27BD6C1257FB7002E6407/\\$file/Infos_213.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/F1DB5F3805D27BD6C1257FB7002E6407/$file/Infos_213.pdf)>.
- Pawłowski Sz., *Zjednoczeni w różnorodności – perspektywa niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności*, Warszawa 2010.
- Popławska E., *Rola parlamentów narodowych w świetle Traktatu z Lizbony*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 5.
- Radziejewicz P., *Kontrola obowiązku notyfikowania ustawy w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 5.

- Ruszkowski J., *Teoretyczny wymiar integracji europejskiej*, [w:] K.A. Wojtaszczyk (red.), *Integracja europejska*, Warszawa 2011.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016.
- Szymanek J., *Zmiany pozycji ustrojowej parlamentu w państwach demokratycznych*, [w:] T. Mołdawa, J. Zaleśny (red.), *Parlamentaryzm w świecie współczesnym. Między ideą a rzeczywistością*, Warszawa 2011.
- Wallance H., Wallance W., *Overview: The European Union, Politics and Policy-Making*, [w:] K.E. Jørgensen, M.A. Pollack, B. Rosmond (red.), *European Union Politics*, London – Thousand Oaks – New Delhi 2006.
- Witkowski Z. (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2013.
- Wójtowicz K., *Pozycja ustawy w polskim porządku konstytucyjnym po akcesji*, [w:] B. Banaszak (red.), *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, Wrocław 2004.
- Wróbel A., *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. 1, Warszawa 2010.
- Wyrozumska A., *Glosa nr 4 Umowy międzynarodowe w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego dotyczących Traktatu o przystąpieniu do UE oraz ENA*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 4.

Summary

The principle of unlimited scope of the Act on Polish membership of the European Union

Key words: member states, legal system, normative act, notification, legislative procedure, European Union.

Member States are obliged to take all the measures to carry out the obligations arising from the European Union treaties or acts. This also applies to the Polish legal system, in which the basic normative acts is the law. The European integration has resulted in limiting the use of the national law in favour of the European Union law. The act has become subject to the principle of the primacy of EU law and an instrument of enacting the EU law.

Marta Kowalczyk-Ludzia
Katarzyna Pruszkiewicz-Słowińska
Katedra Procesu Karnego
Wydział Prawa i Administracji UWM

The questioning of a suspect within the Polish criminal process vis-à-vis compliance with human rights legislation

In most criminal cases, there is lack of strong evidence, therefore information obtained through the questioning becomes crucial.
Brunon Hołyst

The issue of the questioning of a suspect during criminal proceedings has been the subject of numerous publications and scientific controversies.

A significant impact of this activity on any final judgment of the court is a subject for profound analysis regarding the accuracy and justifiability of its application.

Any opinion on the process of gathering information by questioning, presented in this article, will be interdisciplinary in character. The correlation of the standards set by the legislature in the Code of Criminal Procedure, vis-a-vis fundamental human rights, even though stressed in theory, is not always reflected in actual practice.

The suspect, even though he or she may be the perpetrator of an offence, still retains certain rights, the recognition of which is not only the prerogative of the defendant in the proceedings but also the most basic obligation of the representatives of the judicial bodies.

Establishment of the truth is a fundamental goal of any criminal procedure (Art. 2 § 2 of the Code of Criminal Procedure). It is possible to carry out this premise if specific features of the person under interrogation are taken into account. The term “questioning” can be defined in two ways. Within the practice of the science of the criminal process, “questioning” consists in enabling the person being questioned to express himself freely “within the framework designated by the purpose of the action in question” and to

facilitate asking questions aimed at completing, elucidating or verifying such statements (Art. 171 § 1 in the Code of Criminal Procedure). On the other hand, within forensic science procedures, the meaning of the above term refers to a “procedural step having the character of evidence which consists in the active reception of witnesses’ testimonies, the statements of suspects, or of those accused, as well as the oral opinions of experts”¹.

The questioning of a suspect is a specific type of examination. It is distinguished by the double role of the suspect in the procedure – on the one hand, he/she is a passive entity in the process as well as a personal source of evidence. On the other hand, he/she is a person who has found himself/herself in a difficult situation as he/she has to face the prosecutor’s cross-examination in order to defend his/her own interests².

Each examination should be carried out further to certain, fixed, procedural stages. The first stage of the examination is its appropriate preparation. In § 71 of *The Methodology for Conducting Investigations and Enquiries*, a Police officer is obliged to prepare to question a suspect in an appropriate manner, manifested by, among other things, reading all the material about the case, familiarising himself with all the available information regarding the perpetrator, his past and lifestyle – where this is relevant to the case and then prepare arguments to convince the suspect to explain all the circumstances surrounding the commission of the alleged offence³.

There are the following stages of an examination:

- orientation-cognitive stage – the aim is to establish correct relations between the interrogator and the subject under interrogation;
- spontaneous relations stage – enabling the interrogated suspect to express his/her views on a given event freely;
- the stage of answering questions asked by the interrogator with the purpose of supplementing statements or controlling the views expressed;
- the summing up stage – consisting in reading the protocol of the questioning and its supplementation should the person under interrogation wish to add further comments⁴.

¹ D. Wilk (ed.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, TNOiK, Toruń 2013, p. 139.

² Compare E. Gruza, *Psychologia sądowa dla prawników*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, p. 111.

³ Regulation No. 1426 of the Chief of Police dated December 23rd, 2004 on the methodology of performing intelligence gathering activities by Police forces designated for crime detection and prosecution of the perpetrators (Police Headquarters Official Journal of 2005, No. 1, pos. 1). Further to Art. 7 section 1 point 2 of Law dated April 6th, 1990 on Police (uniform text; Legal Journal of 2002, No. 7, pos. 58 as amended). Compare with <www.policja.pl/ftp/dzienniki_urzedowe/2001/dziennik_05_2001.pdf> (access: 14.02.2015).

⁴ Compare D. Wilk (ed.), op. cit., p. 140.

The fundamental goal of the questioning is the “obtaining of information on persons, places, phenomena and events which may be useful when attempting to discover an objective truth in a particular case”⁵.

On the other hand, as is rightly stressed in the literature on the subject, the result of appropriate questioning contributes to the establishment of the true version of a given event. “In other words, the judge [...] reconstructs a picture of reality – which is significant from the point of view of the proceedings – via a cognitive act, i.e. the questioning”⁶.

A proper hearing is a difficult activity, especially given that it requires the many skills of the interrogator⁷. The final effect of this activity should be the achievement of consensus between the prosecutor’s assumptions and the standpoint of the person under interrogation. To reach this goal, the appropriate method of questioning should be applied. The choice of an appropriate method of questioning guarantees not only the correct implementation of this activity but also contributes to the implementation of the statutory purposes of the criminal process (Art. 2 § 1 in the Code of Criminal Procedure).

Due to the narrow confines of this document, it is not possible to discuss comprehensively all the methods of examination utilised in Polish criminal procedure. For the sake of order, suffice it to say, that some of the more frequent interrogation methods include a method for the cumulative disclosure of evidence, persuasion, stimulating and using the emotional status of the suspect, using information about the suspect, *reductio ad absurdum* and confrontation⁸.

Irrespective of the choice of the interrogation method used by the interrogator, special attention should be paid to the guaranteeing of respect for the statutory rights of the suspect. Further to Art. 300 § 1 of the Code of Criminal Procedure, the suspect has the right, among other rights, to information on the content of the allegations made against him, she can submit applications in order to carry out investigation or enquiry and he can benefit from the help of a defence lawyer, and so forth. Moreover, it should be mentioned here, that it is not the duty of the defendant to insist that the authorities process his/her own version of events. Further to regulations of 175 § 1 of the Code of Criminal Procedure (as well as Art. 300 § 1 of the Code of Criminal Procedure), the defendant has the right to submit explanations.

⁵ Ibidem, p. 139.

⁶ E. Radomska, *Przesłuchanie jako szczególny rodzaj poznania społecznego*, [in:] E. Habzda-Siwiek, J. Kabzińska (ed.), *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, GWP, Sopot 2014, p. 254.

⁷ Compare: K. Otłowski, *Podejrzany w postępowaniu karnym. Studium kryminalistyczne*, PWN, Warszawa 1979, p. 11–31.

⁸ More information on the above subject has been presented by, among others, K. Otłowski in the elaboration entitled: *Podejrzany w postępowaniu karnym. Studium kryminalistyczne*.

However, he/she can also refuse to answer individual questions and can also refuse to submit explanations without giving any reason and furthermore he/she is legally entitled to be specifically advised of this right.

It is worth mentioning that if the interrogated person is under 15 years of age, any procedures in which she/he is present should be carried out, as far as possible, with the presence of an actual legal representative or guardian unless the best interest of the proceedings precludes it (Art. 171 § 3 of the Code of Criminal Procedure).

Hearing conducted in accordance with the rules of Polish Code of Criminal Procedure should be based on the assumptions set out in Art. 171.

Actions which are inconsistent with established standards lead to violation of both the standards of the code as well as widely understood human rights.

Specifying the most common deficiencies is crucial. Determining the source of the problem may in fact be the basis for its significant limitations. The most common violation of the rights of the suspect during interrogation are:

- violation of the principle of the freedom of speech/expression (Art. 171 § 7 in the Code of Criminal Procedure)⁹;
- asking questions with the answers to those questions suggested to the person under interrogation in the questioning itself (violation of Art. 171 § 4 in the Code of Criminal Procedure)¹⁰;
- the application of physical coercion or unlawful threat (violation of Art. 171 § 5 in the Code of Criminal Procedure)¹¹;
- the application of hypnosis or technical or chemical means influencing the mental processes of the person being questioned or aimed at controlling the unconscious reactions of his/her organism in relation to the questioning (violation of Art. 171 § 5 of the Code of Criminal Procedure)¹².

It follows from the above, that it is inadmissible to use proscribed methods during questioning such as threats, trickery or coercion, in any form, as these render invalid any statements submitted in such circumstances, since

⁹ Numerous warnings of this practice in the scope indicated have been observed, among others, by Krzysztof Nitkowski, who points to a violation of the guarantee to preserve freedom of expression (Art. 171 § 1 Code of Criminal Procedures) and gives “an example that should be regarded as an impermissible suggestion when a Police officer drives a victim close to the Prosecutor’s Office and informs him/her that the accused (defendant) will shortly be brought to the Office and then pointing to an accused person led in in handcuffs” – K. Nitkowski, *Rola Policji w polskim postępowaniu karnym*, Ars boni, Poznań 2011, p. 188. See also: Z. Muras, *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i prawie karnym materialnym*, C.H. Beck, Warszawa 2005, p. 176 and further.

¹⁰ Compare: K. Nitkowski, op. cit., p. 189.

¹¹ Compare: S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Lexis Nexis, Warszawa 2008, p. 365–368.

¹² Ibidem.

they are an infringement of the rights of the freedom of speech of the individual. These statements in turn, may not subsequently be acceptable as evidence irrespective of the fact of whether they are factual or not¹³.

The application of hypnosis in criminal proceedings is permissible but not during questioning.

In jurisprudence, hypnosis is considered to be a measure used for de-blocking the witness's memory where, due to traumatic experiences, he/she is not able to recollect past events which had once been fixed in his/her memory. It is not permitted to carry out hypnosis in order to find out whether there are traces of events which could be construed as clarifications in the memory of the accused, that is, information which has been used in the verification of explanations of the accused or other evidence including personal evidence¹⁴.

Referring to the issue of the inadmissibility of the use of polygraphs during questioning, it is worth quoting the judgment of the High Court, dated January 29th, 2015 from whence it follows that "it is inadmissible to use any polygraph during questioning. An expression used by the legislator in Art. 171 § 5 section 2 of the Code of Criminal Procedure »in relation to questioning« should be understood to mean that the prohibition discussed concerns not only the very procedural step of questioning but also activities related directly to questioning"¹⁵. Currently, Polish rules of criminal procedure allow to use polygraph test. Art. 192a of the Code of Criminal Procedure states that it is possible to appoint an expert who can use polygraph test during the examination. It is possible only after the permission of the person who is tested and for purposes stated in Art. 192a of the Code of Criminal Procedure to limit the number of suspects or to determine the value of the disclosed evidence. The use of polygraph during the questioning in criminal proceedings is inadmissible and evidence obtained in this way has no value¹⁶.

The usage of controversial interrogating methods should be considered separately. The application of coercive means during questioning is related to the issue of the application of torture. The European Court of Human Rights states that in the "criminal system of justice in which courts are independent of executive powers and in which cases are judged impartially and where an allegation of torture becomes the subject of investigation, it is per-

¹³ Judgement of the Appeal Court in Kraków of June 1st, 1995, II AKR 74/95, KZS 1995, No. 6, pos. 33.

¹⁴ Judgement of the Appeal Court in Kraków of July 3rd, 2002, II AKa 134/02, Palestra 2002, No. 11–12, p. 240; Judgement of the High Court of March 12th, 1987, I KRU 3/87, Państwo i Prawo 1989, vol. 12, p. 145.

¹⁵ Judgement of the High Court of March 16th, 2010, III KK 302/09, OSNwSK 2010 No. 1, pos. 563, Legalis No. 450947.

¹⁶ J. Kasprzak, B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Difin, Warszawa 2006, s. 279.

missible to require of the suspect to present serious proof showing which elements of the charges brought against her have been obtained under the application of torture. On the other hand, in the case of a legal system in which there are practices used which the system should prevent, such a standard of evidence is not proper”¹⁷.

The above insights allow the formulation of two conclusions. Firstly, improperly conducted questioning is an expression of the lack of competence on the side of the interrogator. Secondly, it is difficult to deny that clumsy questioning can lead to substantial violations of the procedural rights specified in the code and constitutional human rights correlated with them.

Further to the provisions in the Constitution of the Republic of Poland of April 2nd, 1997, any person against whom there are criminal proceedings, has the right to defence at all stages of those proceedings (Art. 42 section 2 of the Constitution of the Republic of Poland)¹⁸ as well as consideration of the case without any unjustified delay by a competent, independent and impartial Court (Art. 45 section 1 of the Constitution of the Republic of Poland)¹⁹.

The confirmed guarantees of a suspect's rights should also be respected during questioning since any such questioning, conducted contrary to the requirements of the legislator, negates the possibility of providing an efficient defence, as indeed, does improperly conducted questioning which precludes the guarantee of a fairly conducted criminal procedure.

Moreover, the procedural action of questioning can be evaluated both from the point of view of valid legal and ethical norms. In procedural law, there is no direct reference to moral behaviour but regulations in other legal acts, among others, the law on the office of prosecutor²⁰ and the law on the Police²¹ impose obligation of ethical behaviour on the representatives of these institutions. Further to guidelines in § 62.1 by the Police Chief, it is inadmissible, whilst the witness is delivering his/her statement to:

- 1) interrupt the flow of his/her speech unless this speech broadly exceeds the boundaries designated by the aim of the questioning;
- 2) show impatience or urge haste in the course of narration;
- 3) distract the witness by such as carrying out conversations with other persons;

¹⁷ Judgment of the European Court of Human Rights of September 25th, 2012 in case No. 649/08 El Haskiv. Belgium.

¹⁸ Text adopted by the National Assembly on April 2nd, 1997 (Legal Journal No. 78, pos. 483 as amended).

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Law of June 20th, 1985 on the Prosecutor's Office (Legal Journal of 2011, No. 270, pos. 1599).

²¹ Law of April 6th, 1990 on Police (Legal Journal of 2011, No. 287, pos. 1687).

- 4) advising or evaluating the witness;
- 5) presenting one's own point of view or one's own evaluation of events²².

It is worth considering whether the unethical behaviour of the person carrying out the questioning could always be taken to indicate the preclusion of the freedom of speech of the person being questioned.

Respecting a suspect's rights during questioning is required by the legislator not only on the grounds of Polish criminal procedure and affiliated disciplines but also on the grounds of international law.

It is worth turning our attention to, say, Art. 6 of the European Convention of Human Rights. As in the Polish constitutional regulations, this postulates for a just and public consideration of a case within a reasonable time by an independent and impartial tribunal²³ and at the same time it has been additionally reserved that any accused person has the right to "examine, or cause to have examined, prosecution witnesses and to demand the presence at, and the questioning of, defence witnesses under the same conditions as the prosecution's witnesses"²⁴.

Here, it is worth mentioning the case of *Al Nashiri against Poland*²⁵ concerning the secret handing over of a person suspected of terrorism to a detention centre of the Central Intelligence Agency (CIA) in Poland. The CIA applied the methods of so-called *enhanced interrogation*, including water-

²² Directive No. 1426 of the Chief of Police dated December 23rd, 2004 on the methodology of performing intelligence gathering activities by Police forces designated for crime detection and prosecution of perpetrators (Police Headquarter Official Journal of January 10th, 2005).

²³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of November 4th, 1950 with additional protocols (Legal Journal of 1993, No. 61, pos. 284).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Al Nashiri against Poland*, Judgement dated July 24th, 2014, Chamber (Section IV), Complaint No. 28761, <www.hfhr.pl/wyrok-etpc-ws-al-nashiri-i-abu-zubayda-przeciwko-polsce/>, (access: 12.01.2015). The Complainant, Al Nashiri, a citizen of Saudi Arabia, from Yemen, currently detained in the detention centre in the USA Navy Base in Guantanamo Bay in Cuba, had been suspected of a terrorist attack against the US Navy "USS Cole" in the Port of Aden in Yemen in October of 2000, and also played a significant role in the attack against a French tanker "MV Limburg" in Aden Bay in October 2002. The Complainant claimed that he was the victim of "extraordinary rendition" by the CIA that is, capture and transfer to a secret detention centre in Poland without court involvement for hearings during which he was tortured and that the Polish authorities had been aware. He was transported to Poland on December 5th, 2002 and was detained in the detention centre of the CIA till June 6th 2003 when he was secretly transported to Morocco on board a special 'plane by Polish authorities and from there he was transferred to the base at Guantanamo in September of 2003. According to Al Nashiri, during his detention in Poland, he was tortured and bullied. Supposedly "enhanced questioning techniques" (EIT) as well as "forbidden" audio techniques were used against him. Among other things, investigators simulated execution using an electric drill, forced him to remain in an exhausting position for a long time and also threatened his mother with sexual violence. Al Nashiri claimed that when he was being deported from Poland, the Polish government did not make any attempt to obtain any diplomatic assurance from the US that he would not be subjected to further torture or held without contact with the outside world, and that he would be given a fair trial and that the death penalty would not be handed down.

boarding, i.e. simulating drowning with water. The judgment of the European Tribunal of Human Rights, given in this matter, is of great importance in the context of guaranteeing rights to persons suspected of terrorism. On the same day, a similar judgment was issued in the case of *Hussein (Abu Zubaydah) against Poland* – complaint No. 7511/13.

In listed examples, the European Court of Human Rights analysed the validity of complaints in relations to the prohibition of torture, the right to freedom and personal safety, an honest trial, the right to respect for private and family life and also the right to an effective appeals procedure in the light of the alleged CIA prisons²⁶.

In concluding the present considerations, it is justifiable to quote the statistical data concerning cases of the application of unlawful methods and the excessive use of force by the Police during questioning. It follows from the supplementary response of the Polish government, prepared by the Ministry of Justice at the request of the United Nations Committee against Torture, that any signs of the suspicious use of unlawful methods and excessive force by the Police are very carefully examined. In 2013, 46 Police officers were accused over such cases. In November 2013, the Committee against Torture adopted a document containing an evaluation of the implementation of the U.N. Convention on the ban on the use of torture by Poland. In this document, the Committee expressed, among other things, “concern over reports and allegations of unlawful methods and the excessive use of force by the Police during questioning as well as information that criminal proceedings in the case of complaints about the above are hardly ever enforced and that most of them end with the prosecutor withdrawing or abandoning the case”.

Data from the Office of Internal Affairs for the Police shows that the Prosecutor’s Office initiated 498 investigations in total on cases relating to the suspected coercive behavior tactics of officers whilst on duty. Of these, 291 were withdrawn but 26 indictments in which 46 Police officers were involved, were submitted to the Courts. So far, the Courts have convicted four Police officers. Criminal proceedings were conditionally discontinued against two further Police officers and one Police officer was found not guilty. The above data does not take into account proceedings which have been carried out by the prosecutor without the participation of the Internal Police Affairs Bureau²⁷.

Data collected by the Prosecutor’s Office shows that in the first half of 2014, there were 1,279 proceedings in total, regarding torture and the inap-

²⁶ Online: <<http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/aktualnosci/news,6285,najnowsze-orzeczenia-europejskiego-trybunalu-praw.html>> (access: 12.02.2015).

²⁷ Online: <<http://isp.policja.pl/isp/aktualnosci/6459,MS-do-ONZ-wnikliwie-badamy-przypadki-naduzywania-sily-przez-Policje.html>> (access: 12.02.2015).

appropriate treatment of detainees and other prisoners by Prison Service officers, the Police and other law enforcement agencies. Five indictments in cases for acts involving abuse of power by the Police in causing bodily harm, beating and, in one case, involuntary manslaughter, were addressed to the Courts. There are 157 cases still in progress, 458 cases have been closed and 649 cases were thrown out of Court while several other cases remain suspended.

It is worth mentioning here that the Police force numbers almost one hundred thousand officers who perform some several million official activities annually which permit the use of coercive measures. This would indicate that the scale of crimes revealed is not in proportion to the size of the organisation as a whole. Obviously, in the opinion of the government, the use of coercive measures by Police officers on duty, even in isolated incidents, is not permissible and any reports on cases of torture and inappropriate treatment should be examined objectively without delay. At present, Police management is obliged to submit to the agencies of the Prosecutor's Office any cases in which there is information on the suspicion of the commission of a crime by Police officers. A consecutive periodical report from Poland on the execution of the provisions of the convention is due to be submitted by November 22nd, 2017²⁸.

Summing up, according to the present authors, the very raising of the powers, described in this elaboration, to constitutional level as well as their listing in the international aspect of human rights protection, proves the exceptional significance of the issues discussed in the article.

It is only right therefore to stress once again that the inappropriate conducting of the questioning of a suspect has many negative consequences directed initially at the suspect however, the consequences already mentioned above do not remain without significance for the course of the whole criminal process.

There is no doubt that the forbidden methods used when questioning suspects violate the rights of those interrogated. Is it still legal to apply such illegal practices if their ultimate aim is to prevent further terrorist attacks and save thousands of lives? Opinions on the above are divided since the application of physical restraint violates human rights standards. The application of torture has always been a controversial issue. Defenders of human rights are of the opinion that any forbidden methods employed when questioning a suspect are not only incompatible with the existing legal order of both national and international characters but are also unethical. Nevertheless, we may agree with those who are of the opinion that in some

²⁸ Online: <<http://isp.policja.pl/isp/aktualnosci/6459,MS-do-ONZ-wnikliwie-badamy-przypadki-naduzywania-sily-przez-Policje.html>> (access: 12.02.2015).

exceptional circumstances, such as those dictated by the necessity of saving human life, such activities should be considered to be of greater necessity rather than as acts of minor social danger.

Bibliography

- Gruza E., *Psychologia sądowa dla prawników*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Holyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, Lexis Nexis, Warszawa 2006.
- Muras Z., *Wyjaśnienia oskarżonego w procesie karnym i prawie karnym materialnym*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Kasprzak J., Młodziejowski B., Brzęk W., Moszczyński J., *Kryminalistyka*, Difin, Warszawa 2006.
- Nitkowski K., *Rola Policji w polskim postępowaniu karnym*, Ars Boni, Poznań 2011.
- Otlowski K., *Podjejrany w postępowaniu karnym. Studium kryminalistyczne*, PWN, Warszawa 1979.
- Radomska E., *Przesłuchanie jako szczególny rodzaj poznania społecznego*, [w:] E. Habzda-Siwek, J. Kabzińska (red.), *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, GWP, Sopot 2014.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Lexis Nexis, Warszawa 2008.
- Wilk D. (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, TNOiK, Toruń 2013.

Streszczenie

Przesłuchanie podejrzanego w polskim procesie karnym w świetle realizacji praw człowieka

Słowa kluczowe: przesłuchanie, podejrzaný, metoda przesłuchania, postępowanie karne, prawa człowieka.

Istotny wpływ przesłuchania podejrzaných podczas procesu karnego na finalne orzeczenie sądu skłania do gruntownego przeanalizowania prawidłowości i zasadności jego zastosowania. Przedstawione w niniejszym opracowaniu spojrzenie na proces zdobywania informacji za pomocą przesłuchania ma charakter interdyscyplinarny. Korelacja norm wytyczonych przez ustawodawcę w kodeksie postępowania karnego z fundamentalnymi prawami człowieka – choć akcentowana w teorii – nie zawsze znajduje odzwierciedlenie w praktyce. Podejrzaný, mimo że może być sprawcą czynu zabronionego, zachowuje pewne uprawnienia, których respektowanie jest nie tylko jego procesowym przywilejem, ale także stanowi podstawowy obowiązek przedstawicieli organów procesowych. Niewłaściwe przeprowadzenie przesłuchań implikuje wiele negatywnych następstw zarówno dla podejrzanego, jak i dla przebiegu całego postępowania karnego.

Bartłomiej Gadecki

Prokuratura Rejonowa Olsztyn-Północ

Parabanki – wybrane zagadnienia

Wstęp

Działalność parabanków stanowi poważne zagrożenie nie tylko dla klientów takich instytucji, ale rzutuje też na wizerunek państwa i organów ścigania – o czym mogliśmy się przekonać, śledząc głośne medialnie sprawy z kilku ostatnich lat. Przy czym już na wstępie należy zaznaczyć, że problem istnienia parabanków nie dotyczy tylko i wyłącznie Polski czy krajów Europy Środkowo-Wschodniej lub Ameryki Południowej. Ten przestępczy proceder wyrządza też poważne szkody w USA, czyli w kraju dysponującym sprawnymi organami ścigania oraz dużą praktyką w wykrywaniu i zwalczaniu tego typu przestępczości¹.

Komitet Stabilności Finansowej na posiedzeniu 16 sierpnia 2012 r. wskazał, że instytucje parabankowe nie działają w oparciu o reguły prawa bankowego, oferując usługi i produkty finansowe podobne do usług bankowych, oraz funkcjonują w obszarze nieobjętym nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego². W instytucjach tych może występować wysokie ryzyko utraty środków finansowych powierzonych przez klientów, a stopień ryzyka związanego z działalnością wynika przede wszystkim z:

- a) braku uregulowań prawnych w zakresie nadzoru finansowego nad działalnością instytucji;
- b) braku kapitału adekwatnego do skali prowadzonej działalności;
- c) braku wiarygodnego systemu gwarancji lub instytucji gwarantujących wypłatę powierzonych środków (w sektorze bankowym taką funkcję pełni Bankowy Fundusz Gwarancyjny);

¹ Jako pierwszy tego typu nielegalną działalnością zajął się Charles Ponzi już w latach 20. XX wieku, dlatego też w USA na określenie tego przestępczego procederu używa się terminu *Ponzi Scheme*.

² Zob. [online] <www.archbip.mf.gov.pl/bip/_files/_aktualnoci/2012/sierpień/20120816_ksf.pdf>.

- d) częstego braku bieżącej i adekwatnej sprawozdawczości finansowej;
- e) nieprzejrzystej struktury właścicielskiej oraz zarządczej, skutkującej niemożnością ustalenia podmiotów lub osób odpowiedzialnych za zarządzanie powierzonymi środkami;
- f) zespołu innych cech, które powinny być brane pod uwagę jako sygnały ostrzegawcze przez osoby powierzające środki instytucjom innym niż banki³.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wybranych kryminologicznych i karnoprawnych aspektów działalności parabanków. Jednocześnie, co należy wyraźnie podkreślić, problematyka funkcjonowania parabanków, z uwagi na jej doniosłość i złożoność, zasługuje na monograficzne opracowanie i w niniejszej pracy nie wyczerpano całości zagadnienia⁴.

Pojęcie parabanków

Wyniki badania zrealizowanego w 2012 r. przez TNS Polska na zlecenie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadzonego na reprezentatywnej, losowo wybranej próbie 1000 Polaków w wieku 15 i więcej lat wskazują, że 54% respondentów nie wiedziało co to jest parabank, a co dziesiąty badany (12 %) uważał, że jest to bank, który szybko i łatwo udziela pożyczek, natomiast 7% mówiło, że jest to instytucja udzielająca pożyczek i przyjmująca lokaty, kontrolowana przez nadzór bankowy⁵.

Należy wskazać, że ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe⁶ (dalej – pr. bank.) nie posługuje się pojęciem „parabank”. Natomiast ustawa pr. bank. objaśnia pojęcie „bank”; zgodnie z art. 2 bank jest „osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw, działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do wykonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”. Ustawa pr. bank. posługuje się również i objaśnia pojęcia instytucji finansowej (art. 4 ust. 1 pkt 7) oraz instytucji kredytowej (art. 4 ust. 1 pkt 17).

³ Zob. [online] <www.archbip.mf.gov.pl/bip/_files/_aktualnoci/2012/sierpień/20120816_ksf.pdf>.

⁴ Odnośnie do problematyki parabanków zob. także: B. Gadecki, *Parabanki – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym. Analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania*, Wyd. UWM, Olsztyn 2013; P. Chorbot, B. Gadecki, *Prawnokarne aspekty funkcjonowania szarej strefy bankowości, tzw. prabanków*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2014, nr 10.

⁵ Konsument na rynku usług finansowych. Raport TNS Polska dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, s. 6, [online] <www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3598>.

⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1988 z późn. zm.

Oprócz definicji legalnej pojęcia bank, w art. 5 ust. 1 ustawy pr. bank. określono czynności bankowe⁷, a w art. 5 ust. 2 wskazano, że czynnościami bankowymi są również pewne czynności, o ile są one wykonywane przez banki⁸. Przy czym działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy pr. bank., może być wykonywana wyłącznie przez banki (art. 5 ust. 4 ustawy pr. bank.), jednakże jednostki organizacyjne inne niż banki mogą wykonywać ww. czynności jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego (art. 5 ust. 5 ustawy pr. bank.).

Zdefiniowanie pojęcia „bank” oraz wskazanie czynności bankowych jest niezbędne do określenia, czym jest parabank. Pojęcie parabanku (instytucji parabankowej) jest używane w piśmiennictwie⁹, lecz różnie definiowane¹⁰.

⁷ 1) przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów;

2) prowadzenie innych rachunków bankowych;

3) udzielanie kredytów;

4) udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych oraz otwieranie i potwierdzanie akredytyw;

5) emitowanie bankowych papierów wartościowych;

6) przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych;

6a) (uchylony);

7) wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach.

⁸ 1) udzielanie pożyczek pieniężnych;

2) operacje czekowe i wekslowe oraz operacje, których przedmiotem są warranty;

3) świadczenie usług płatniczych oraz wydawanie pieniądza elektronicznego;

4) terminowe operacje finansowe;

5) nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych;

6) przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych;

7) prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych;

8) udzielanie i potwierdzanie poręczeń;

9) wykonywanie czynności zleconych, związanych z emisją papierów wartościowych;

10) pośrednictwo w dokonywaniu przekazów pieniężnych oraz rozliczeń w obrocie dewizowym.

⁹ Np. przy omawianiu art. 171 pr. bank. (zob. A. Świstak, *Firmy „systemu argentyńskiego” – prawo czy bezprawie?*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 18, s. 844; K. Płończyk, P. Podlasko, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II: *Komentarz do art. 92A–194*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 786) oraz art. 5 pr. bank. (zob. L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 53; E. Fojcik-Mastalska, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 47–49; S. Szuster, M. Wyrwiński, [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–92*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 90).

¹⁰ Zob. A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 40; A. M. Jurkowska, *Instytucje parabankowe w polskim systemie bankowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. VII, s. 230; A. Jurkowska-Zeidler, *Definicja parabanku*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 6, s. 34–35; W. Srokosz, *Instytucje parabankowe w Polsce*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 79 i 84; L. Góral, *Instytucje „parabankowe” w ustawodawstwie wybranych krajów Unii Europejskiej i w Polsce*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 10, s. 2; K. Waliszewski, *Miejsce i rola parabanków w systemie finansowym i gospodarce*, [w:] G. Kotliński, K. Waliszewski (red.), *Instytucje parabankowe na rynku usług bankowych w Polsce*, CeDeWu Sp. z o.o., Warszawa 2012, s. 58–59; M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym*, Warszawa 2013,

Dla przykładu można podać, że według jednej z definicji opracowanych w doktrynie parabankiem jest podmiot rynku finansowego (postrzeganego jako rynek usług finansowych), który nie będąc bankiem wykonuje, na podstawie ustaw szczególnych wobec ustawy pr. bank., czynności bankowe *sensu stricto* (przewidziane w art. 5 ust. 1 ustawy pr. bank.) oraz (lub), już bez upoważnień ustawowych, wykonuje czynności bankowe *sensu largo* (wymienione w art. 5 ust. 2 ustawy pr. bank.), w szczególności udzielając pożyczek¹¹.

Należy także wskazać, że pojęcie „parabank” obecne jest w orzecznictwie. Analiza orzeczeń prowadzi do wniosku, że termin „parabank” jest używany m.in. na określenie:

- instytucji lub osób zajmujących się działalnością polegającą na transferze pieniędzy¹²;
- spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych realizujących różne formy działalności bankowej, jednak bez przynależnego bankom nadzoru¹³.

Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że w doktrynie prawa bankowego część autorów wskazuje, że pojęcie parabanku powinno odnosić się tylko do instytucji działających zgodnie z prawem¹⁴. Jednakże obecnie pojęcie to ma znaczenie pejoratywne (wskutek kojarzenia z medialną sprawą spółki *Amber Gold*), zatem używanie tego pojęcia do scharakteryzowania legalnie działającego podmiotu może odbić się negatywnie na jego renomie. Na potrzeby badań kryminologicznych można przyjąć, że parabankiem będzie podmiot, który nie jest bankiem, a wykonuje czynności bankowe lub deklaruje wykonywanie takich czynności¹⁵.

s. 23, [online] <www.knf.gov.pl/Images/KNF_piramidy_tcm75-28815.pdf> (dostęp: 3.04.2017). Zob. także: Reklama parabanków. Raport z kontroli reklam pozabankowych instytucji finansowych oferujących pożyczki konsumentom, Poznań 2013 r., s. 14, [online] <www.uokik.gov.pl/download.php?plik=13278> (dalej: Raport UOKiK); Raport z kontroli przedsiębiorców udzielających kredytów konsumenckich w 2012 r., Warszawa, grudzień 2012 r., s. 10, [online] <www.uokik.gov.pl/raporty2.php>; Konsument na rynku usług finansowych. Raport TNS Polska dla Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, s. 6, [online] <www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3598>.

¹¹ W. Srokosz, *Banki i parabanki a zasada równej konkurencji*, [w:] K. Świątek, A. Zalcewicz (red.), *Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne*, PPH „Zapół”, Szczecin 2005, s. 582.

¹² Zob. postanowienie SN z dnia 26 września 2008 r., sygn. akt V CZ 54/08, LEX 512035; postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt I ACz 878/12, LEX 1164686; postanowienie SN z dnia 30 czerwca 2005 r., sygn. akt IV CZ 54/05, LEX 1231596; uchwała SN z dnia 21 stycznia 2011 r., sygn. akt III CZP 115/10, LEX 685312; uchwała SN z dnia 25 czerwca 2003 r., sygn. akt III CZP 28/03, LEX 78600.

¹³ Zob. wyrok SN z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt IV CSK 542/12, LEX 1331355., a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 marca 2012 r., sygn. akt KIO 467/12; KIO 483/12, LEX 1131241.

¹⁴ Zob. np. W. Srokosz, *Banki i parabanki...*, s. 583; A. M. Jurkowska, *Instytucje parabankowe...*, s. 230; A. Jurkowska-Zeidler, *Definicja parabanku...*, s. 35; P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 60.

¹⁵ Zob. P. Chorbot, B. Gadecki, op. cit., s. 64.

Funkcjonowanie parabanków – aspekty kryminologiczne

W Raporcie UOKiK zauważono m.in., że:

- parabanki to kategoria przedsiębiorców niezwykle różnorodna, tak pod względem formy prawnej (reprezentowane jest praktycznie całe spektrum spółek prawa handlowego; są także przedsiębiorcy, którzy prowadzą działalność jednoosobowo bądź wspólnie na podstawie umowy spółki cywilnej¹⁶), skali i obszaru działalności, jak i zakresu oferty¹⁷;
- parabanki najczęściej oferują pożyczki krótkoterminowe na 15, 30 lub 60 dni na niewielkie kwoty (nawet w wysokości 100 zł), tzw. chwilówki, jednakże są i takie parabanki, które posiadają ofertę pożyczek nawet na okres 30 lat w kwocie 300 tys. zł¹⁸;
- różnorodne są środki i formy stosowanych przez parabanki działań reklamowych (co do zasady wykorzystywane są wszystkie dostępne media i nośniki, a więc prasa, radio, telewizja, telegazeta i internet, nośniki reklamy zewnętrznej, tj. billboardy, plakaty i ulotki)¹⁹.

W Raporcie UOKiK wskazano też m.in. na następujące nieuczciwe praktyki rynkowe stosowane przez parabanki: reklamy wskazujące na odstępianie od oceny ryzyka kredytowego (zawierające sformułowanie „bez BIK”); reklamy sugerujące wyjątkowość oferty na tle konkurencji; prezentacja kosztu pożyczki przy użyciu bardzo drobnej, nieczytelnej czcionki; posługiwanie się w reklamach bez uprawnień certyfikatem „RZETELNA firma”; prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa jako cechy wyróżniającej swoją ofertę; posługiwanie się zwrotem „kredyt”, podczas gdy udzielane są pożyczki²⁰.

Z kolei w Raporcie opracowanym przez Departament Polityki Konsumentckiej UOKiK dotyczącym opłat stosowanych przez instytucje parbankowe zauważono, że rynek pożyczek pozabankowych w Polsce dopiero się rozwija; pożyczki te przede wszystkim udzielane są osobom, które mają kłopot z uzyskaniem kredytów w bankach lub chcą szybko uzyskać środki finansowe, a firmy pożyczkowe stosują zazwyczaj znacznie mniej skomplikowane i rygorystyczne zasady oceny ryzyka kredytowego, a brak skomplikowanych procedur pozwala na szybsze i łatwe uzyskanie pożyczki, jednakże konsument, który nie potrafi ocenić swoich możliwości spłaty kredytu, może wpaść w tzw. „spirale zadłużenia”²¹.

¹⁶ Raport UOKiK, s. 15.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, s. 16.

²⁰ Ibidem, s. 18–47.

²¹ Opłaty stosowane przez instytucje parbankowe. Raport, Warszawa 2013 r., s. 11, [online] <www.uokik.gov.pl/szukaj.php?szukaj=parabank&x=0&y=0> (dalej: Raport o opłatach).

Należy także wskazać, że zgodnie z art. 6b ust. 1 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym²² Komisja Nadzoru Finansowego (dalej – KNF) podaje do publicznej wiadomości informację o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego m.in. w art. 171 ust. 1–3 ustawy pr. bank. Przy czym art. 6b ust. 4 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym stanowi, że informacje podawane są poprzez zamieszczenie na wyodrębnionej stronie internetowej KNF pod nazwą Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego (dalej – lista KNF)²³. Na dzień 3 kwietnia 2017 r. na stronie internetowej KNF²⁴ w tabeli zatytułowanej: „Zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 171 ust. 1–3 ustawy Prawo bankowe (wykonywanie czynności bankowych, w szczególności przyjmowanie wkładów pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem, bez zezwolenia KNF)” umieszczonych było 65 podmiotów.

Analiza podmiotów umieszczonych na liście KNF pod kątem ustalenia, w jaki sposób ww. podmioty pozyskują klientów, którzy powierzają im swoje pieniądze lub pożyczają pieniądze od takiej instytucji oraz w jaki sposób ona funkcjonuje, prowadzi do wniosku, że podmioty te z reguły posiadają kilka niżej wymienionych cech:

- używają w nazwie, do określenia działalności lub reklamy, wyrazu kojarzącego się z bankiem/bankowością (np. „Banking”) lub wyrazu z języka angielskiego kojarzącego się z prestiżem, rynkiem finansowym (np. „Finance”, „Gold”);
- działają w formie spółek z o.o.;
- wskazują na bycie międzynarodową instytucją finansową lub członkiem takiej instytucji;

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 196 z późn. zm.

²³ Na temat charakteru wpisu (przed wejściem w życie art. 6b ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym) na listę KNF wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 30 sierpnia 2011 r. (II GSK 1561/11, Legalis nr 656338) uznając, że: „Wpis podmiotu na listę ostrzeżeń publicznych prowadzoną przez Komisję Nadzoru Finansowego nie ma charakteru aktu czy czynności, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. nr 153, poz. 1270 ze zm.). W dyspozycji tego przepisu ustawy procesowej nie mieści się czynność KNF polegająca na wpisaniu podmiotu na listę ostrzeżeń publicznych, ponieważ to działanie Komisji jest jedynie czynnością faktyczną, która nie wywołuje bezpośrednich, ani pośrednich skutków prawnych. Wpis stanowi wyłącznie informację o tym, że dany podmiot nie posiada uprawnień (zezwoleń) na prowadzenie określonej działalności bankowej. Sama ta informacja nie jest źródłem zakazu prowadzenia takiej działalności. Jej opublikowanie nie narusza również dóbr osobistych spółki, ponieważ takich skutków nie można przypisać stwierdzeniu okoliczności nie budzących wątpliwości co do zgodności z prawem i ze stanem faktycznym. Sporny wpis jest zatem sformalizowaną czynnością faktyczną, która nie dotyczy uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa w tym sensie, że w żaden sposób, nawet pośrednio, nie kreuje takich uprawnień lub obowiązków. Jest jedynie kierowanym do osób trzecich przekazem informacji o tym, że ten podmiot nie może prowadzić określonej działalności bankowej”.

²⁴ Zob. [online] <www.knf.gov.pl/o_nas/ostrezenia_publiczne/lista_ostrezenia.html> (dostęp: 3.04.2017).

- wskazują na posiadanie wiarygodnych partnerów biznesowych;
- wskazują na posiadanie dużego kapitału zakładowego;
- wskazują na działanie od dłuższego czasu na rynku;
- informują o posiadaniu doświadczenia (np. w realizacji wielkich inwestycji);
- informują o bezpieczeństwie powierzonych im środków (np. o 100% ochronie kapitału oraz 100% gwarancji wypłaty odsetek);
- informują o posiadaniu certyfikatów lub nagród;
- informują o zatrudnianiu profesjonalistów lub o wysokich kompetencjach członków władz firmy;
- wskazują, że umowy zostały przygotowane przez renomowane kancelarie prawne;
- obiecują duże oprocentowanie powierzonych im pieniędzy i znacznie wyższe niż oferowane przez banki;
- informują o posiadaniu licznych klientów lub o wysokiej wartości środków powierzonych im do tej pory przez klientów;
- publikują pozytywne komentarze od zadowolonych klientów;
- informują o prowadzeniu działalności charytatywnej, sponsorowaniu klubów sportowych lub instytucji kulturalnych;
- oferują klientom prezenty rzeczowe, które można m.in. wybrać z katalogu upominków;
- udzielają pożyczek osobom wpisanym do Biura Informacji Kredytowej lub dla osób z zajęciami komorniczymi, czy nawet bez sprawdzania historii kredytowej;
- udzielają pożyczek bez zgody współmałżonka;
- posiadają prestiżowo wyglądające siedziby;
- posiadają liczne siedziby i punkty obsługi klienta;
- prowadzą efektywną kampanię reklamową swojej firmy i usług, w tym poprzez obecność na portalach społecznościowych;
- zachęcają do bezpośredniego kontaktu z przedstawicielem;
- informują, że dochód firmy jest uzależniony tylko od zysków klienta, a firma nie pobiera żadnych opłat;
- posiadają profesjonalnie przygotowane strony internetowe;
- oferują inwestycje długoterminowe (np. 10 lat)²⁵.

Z kolei analiza ofert składanych przez podmioty umieszczone na liście KNF prowadzi do wniosku, że oferta takiego podmiotu może dotyczyć inwe-

²⁵ Zob. szerzej B. Gadecki, *Parabanki – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym...*, s. 111–115. Por. M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa...*, s. 23–24; O. Górniok, *Artykuł 115 prawa bankowego a działalność parabankowa*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 4, s. 56; J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 6, s. 99; T. Frankel, *The Ponzi Scheme Puzzle. A History and Analysis of Con Artists and Victims*, Oxford University Press, New York 2012, s. 57–63.

stycji w praktycznie każde gospodarcze przedsięwzięcie kojarzone z możliwością osiągnięcia zysków. Podmioty umieszczone na liście KNF oferują m.in.: 1) programy emerytalne; 2) ubezpieczenia; 3) inwestycje w metale szlachetne; 4) inwestycje w waluty; 5) fundusze inwestycyjne; 6) lokaty gwarantowane, lokaty inwestycyjne; 7) konta osobiste i firmowe; 8) kredyty hipoteczne, samochodowe, gotówkowe, inwestycyjne; 9) inwestycje w elektrownie wiatrowe lub słoneczne; 10) inwestycje w Domy Spokojnej Starości Spółki Akcyjne; 11) inwestycje w nieruchomości; 12) doradztwo biznesowe (gospodarcze); 13) usługi szkoleniowe; 14) optymalizację podatkową; 15) pożyczki zabezpieczone na nieruchomości (hipoteczne); 16) factoring; 17) windykację finansową; 18) rynek walutowy FOREX; 19) Private Equity; 20) inwestycje w wino; 21) obsługę prawną w zakresie spraw związanych z postępowaniem sądowym i komorniczym²⁶.

Jednakże nazwa produktu oferowanego przez parabank nie zawsze odpowiada rzeczywistej ofercie, np. w sprawie prowadzonej przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia – Śródmieścia dostrzeżono, że oferowany przez spółkę produkt o nazwie „pożyczka inwestycyjna” w rzeczywistości był lokatą terminową, bądź bezterminową z możliwością jej wypowiedzenia, a więc produktem, którego celem jest gromadzenie środków pieniężnych, co do zasadny zastrzeżonym dla wyłącznej działalności banków²⁷.

Funkcjonowanie parabanków – aspekty prawnokarne

Poniższe rozważania, z uwagi na ramy artykułu, będą dotyczyć tylko trzech przestępstw²⁸, dlatego celowe jest przytoczenie ich treści:

- „Kto bez zezwolenia prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób, podlega grzywnie do 5.000.000 złotych i karze pozbawienia wolności do lat 3” (art. 171 ust. 1 ustawy pr. bank.);

²⁶ Zob. szerzej B. Gadecki, *Parabanki – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym...*, s. 115–117. Por. T. Frankel, op. cit., s. 26.

²⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. akt V K 1641/11, POSP.

²⁸ W ramach prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej może dojść także do popełnienia innych przestępstw, np. z ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1047 z późn. zm.). Działalność parabanków może być też powiązana z przestępczością zorganizowaną, a zyski pochodzące z przestępczej działalności wprowadzane są do legalnego obrotu (tzw. pranie brudnych pieniędzy).

- „Tej samej karze podlega, kto, prowadząc działalność zarobkową wbrew warunkom określonym w ustawie, używa w nazwie jednostki organizacyjnej niebędącej bankiem lub do określenia jej działalności lub reklamy wyrazów „bank” lub „kasa” (art. 171 ust. 2 ustawy pr. bank.);
- „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8” (art. 286 § 1 k.k.²⁹).

Odnosnie art. 171 ust. 2 ustawy pr. bank. należy zauważyć, że wyraz „bank” może być używany w nazwie oraz dla określenia działalności lub reklamy wyłącznie banku w rozumieniu art. 2 ustawy pr. bank., z tym że nie dotyczy to jednostek organizacyjnych używających wyrazu „bank”, z których działalności jednoznacznie wynika, że jednostki te nie wykonują czynności bankowych (art. 3 ustawy pr. bank.). Analizując poglądy doktryny odnośnie ww. przepisu można wskazać, że bezprawne używanie wyrazu „bank” stanowi przybieranie pozorów banku³⁰, sugeruje zapewnianie odpowiedniego bezpieczeństwa środków powierzonych pod tytułem zwrotnym i *de facto* wiąże się z wprowadzeniem klienta w błąd oraz podważeniem zaufania do całego systemu bankowego³¹. W podstawowych zasadach efektywnego nadzoru bankowego opracowanych przez Bazylejski Komitet ds. Nadzoru Bankowego zaznaczono, że używanie słowa „bank” w nazwie instytucji powinno być kontrolowane w możliwie jak najszerszym zakresie, a jako kryteria podstawowe uznano, że:

- termin „bank” jest jasno zdefiniowany w prawie lub regulacjach;
- dozwolona działalność instytucji, które są licencjonowane oraz podlegają nadzorowi takich jak banki jest jasno zdefiniowana albo przez nadzór albo w prawie lub regulacjach;
- użycie słowa „bank” i jakiegokolwiek pochodnego terminu takiego jak „bankowość” w nazwie jest ograniczone do licencjonowanych i nadzorowanych instytucji we wszystkich okolicznościach, w których inne postępowanie mogłoby spowodować, że społeczeństwo mogłoby zostać wprowadzone w błąd³².

²⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.).

³⁰ Zob. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, TNOiK, Toruń 1997, s. 192. Zob. także eadem, *Artykuł 115...*, s. 53.

³¹ Zob. W. Srokosz, *Instytucje...*, s. 572. Zob. także J. Majewski, *Przestępne użycie określeń „bank” lub „kasa”*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 5, s. 61.

³² *Metodologia podstawowych zasad efektywnego nadzoru bankowego*, Bazylea 1999, s. 18, [online] <www.knf.gov.pl/o_nas/wspolpraca_miedzynarodowa/organizacje/Tlumaczenia_dokumentow_Komitetu_Bazylejskiego.html> (dostęp: 3.04.2017); wersja oryginalna: *Core Principles Methodology*, <www.bis.org/publ/bcbs61.pdf> (dostęp: 3.04.2017). Por. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Bazylea 2006, s. 3, [online] <www.bis.org/publ/bcbs129.pdf> (dostęp: 3.04.2017).

Przy czym art. 171 ust. 2 ustawy pr. bank. penalizuje tylko używanie wyrazu „bank”, a nie terminów pochodnych jak, np. „bankowość”³³. Istotne ograniczenie w stosowaniu ww. przepisu do zwalczania działalności parabankowej związane jest również z wykładnią art. 171 ust. 2 ustawy pr. bank. dokonaną w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r.³⁴, w którym uznano, że klauzula „wbrew warunkom określonym w ustawie”, zawarta w treści tego przepisu odsyła do przepisów określających warunki prowadzenia działalności zarobkowej danego rodzaju, na przykład ustanawiających wymóg zgłoszenia działalności we właściwej ewidencji albo uzyskania na jej prowadzenie zezwolenia, koncesji czy zgody odpowiedniego organu, przewidujących pewne ograniczenia w prowadzeniu działalności, nakładających na prowadzącego dany typ działalności określone wymogi itp., nie zaś do znamienia czynnościowego „używa”³⁵.

Z kolei mechanizm funkcjonowania parabanku (rzeczywiste dokonywanie inwestycji bądź tylko deklarowanie inwestowania powierzonych pieniędzy, prowadzenie działalności w formie tzw. piramidy finansowej³⁶) ma wpływ na rodzaj odpowiedzialności karnej (z art. 171 ust. 1 ustawy pr. bank. lub z art. 286 § 1 k.k.)³⁷.

Pomijam w tym miejscu szczegółową analizę znamion przestępstw z art. 286 § 1 k.k. oraz z art. 171 ust. 1 ustawy pr. bank., bowiem przestępstwa te zostały omówione w doktrynie. Jednakże z uwagi na tematykę opracowania i prowadzenie działalności parabankowej z reguły w formie spółek należy zasygnalizować dwie istotne kwestie:

- odpowiedzialności karnej członków organów spółek za wykonanie oraz podjęcie tzw. przestępczej uchwały;
- odpowiedzialności karnej osób spoza członków organów spółek za działanie parabanków.

Odnosząc się do pierwszego zagadnienia należy stwierdzić, że członkowie zarządu spółki nie mogą tłumaczyć się faktem, że ich działania stanowiły realizację postanowień uchwały. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia

³³ Por. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 1075.

³⁴ Sygn. akt I KZP 9/08, OSNKW 2008, nr 8, poz. 59, Lex Omega 393995.

³⁵ W doktrynie art. 171 ust. 2 ustawy pr. bank. jest krytykowany i postuluje się jego zmianę – zob. np. P. Ochman, *Z problematyki legislacyjnej w prawie karnym gospodarczym. Uwagi na marginesie przepisów karnych wybranych ustaw bankowych*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym...*, s. 180–181, 185.

³⁶ Odnosnie do specyfiki działania piramid finansowych zob. np. T. Frankel, op. cit., s. 6, 82–84; por. [online] <www.fbi.gov/scams-and-safety/common-fraud-schemes/pyramid-schemes>; <www.sec.gov/fast-answers/answersponzihtm.html#PonziVsPyramid> (dostęp: 3.04.2017).

³⁷ Zob. szerzej B. Gadecki, B. Gadecki, *Parabanki – aspekty prawnekarne i kryminologiczne*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym...*, s. 119. Zob. R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko obrotowi finansowemu. Przepisy karne z ustaw finansowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 122.

19 marca 1962 r.³⁸. słusznie uznano, że: „Żadna uchwała organów spółdzielni nie może sanować tego rodzaju »działalności«, która w swej istocie jest przestępstwem. Jeżeli jakakolwiek uchwała ciała kolegialnego instytucji społecznej zawiera w sobie – pod pozorem formalnych zaleceń – ukrytą przestępczą treść, jak np. wyasygnowanie z kasy instytucji pewnych kwot z przeznaczeniem na łapówki, i w wykonaniu takiej uchwały kasa instytucji wypłaca te pieniądze swemu urzędnikowi celem dalszej realizacji tej uchwały, to w zależności od konkretnych okoliczności sprawy każdy z uczestników, który przyczynił się do jej wydania, dopuścił się wyłudzenia mienia społecznego”. Cytowany wyrok dotyczy organów spółdzielni, jednak przedstawiony w nim pogląd może odnieść się do uchwał podejmowanych przez kolegialny zarząd spółki z o.o. Odpowiedzialność za podjęcie przestępczej uchwały została omówiona w doktrynie; J. Lachowski i T. Oczkowski wskazują, że członkowie organów kolegialnych w spółkach kapitałowych, podejmujący taką uchwałę, mogą odpowiadać jako współsprawcy tylko w przypadku istnienia między nimi wyraźnego porozumienia, a w innej sytuacji w grę wchodzić może sprawstwo pojedyncze wykonawcze³⁹.

Drugie zagadnienie dotyczy odpowiedzialności osób bezpośrednio zawierających umowy z klientami (np. w siedzibach firm) i pobierających od nich pieniądze (w zależności od przyjętej nazwy – kasjerów, przedstawicieli, doradców klienta, specjalistów d/s sprzedaży), a także np. osób zajmujących się reklamą takich podmiotów, osób wynajmujących pomieszczenia, gdzie prowadzona jest działalność takiego podmiotu. Na marginesie należy zauważyć, że E.H. Sutherland wskazywał, że w przypadku przestępczości białych kołnierzyków oskarżenie często kończy się na jednym sprawcy, podczas gdy w przypadku przestępstwa porwania skazywane są nie tylko osoby, które uprowadziły ofiarę, lecz także inne, które pomagały w przestępstwie (przechowywały ofiarę, negocjowały okup itp.)⁴⁰. Powracając do rozważań odnośnie funkcjonowania parabanku, odpowiedzialność ww. osób można rozważać w kategoriach pomocnictwa (art. 18 § 3 k.k.) do przestępstwa z art. 171 ust. 1 ustawy pr. bank. Istotne jednak będą ustalenia co do świadomości ww. osób odnośnie pracy na rzecz podmiotu działającego niezgodnie z pra-

³⁸ Wyrok SN z dnia 19 marca 1962 r., sygn. akt IV K 348/61, Lex 135933.

³⁹ J. Lachowski, T. Oczkowski, *Odpowiedzialność karna członków kolegialnych organów spółek kapitałowych – zagadnienia wybrane*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, s. 33. Por. O. Górniok, *Z problematyki przestępstw popełnionych w działalności spółek kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 12–13. Zob. także T. Oczkowski, *Problematyka uchwał organów kolegialnych – rozważania w kontekście odpowiedzialności karnej na podstawie art. 296 k.k.*, [w:] idem, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Lex 2013.

⁴⁰ E.H. Sutherland, *White-Collar Criminality*, „American Sociological Review” 1940, t. 4, nr 1, s. 7, <www.cooley.libarts.wsu.edu/criminology/Documents/Sutherland.pdf> (dostęp: 12.08.2014).

wem⁴¹. Kwestia ustalenia świadomości pracy na rzecz nielegalnie działającego parabanku może budzić trudności w początkowym okresie funkcjonowania takiej instytucji, natomiast w przypadku umieszczenia takiego podmiotu na liście KNF zasadniczo będzie wykluczona możliwość powoływania się przez ww. osoby na brak świadomości, co do charakteru prowadzonej działalności (choć oczywiście nie można przyjmować generalnej reguły). Odnosnie reguł odpowiedzialność trafne uwagi zawarto w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wskazując, że „Bezpośredni wykonawca może nawet nie ponosić odpowiedzialności karnej za zachowanie, realizowane pod kierownictwem innej osoby (sprawcy kierowniczego), co jednak nie będzie stanowić przeszkody do pociągnięcia tego sprawcy (kierowniczego) do odpowiedzialności karnej”⁴². W wyroku tym również odniesiono się do kwestii związanych z przypisaniem przestępstwa oszustwa osobie będącej prezesem spółki (czyli osobie, która bezpośrednio nie uczestniczy w zawieraniu umów z klientami). Sąd Apelacyjny uznał, że brak dowodów na to, aby oskarżony polecał zatrudnionym w spółce pracownikom wprowadzanie w błąd jej klientów nie stanowi okoliczności wyłączającej (uniemożliwiającej) przypisanie mu sprawstwa kierowniczego, bowiem zatrudnieni w spółce pracownicy mogli nawet nie wiedzieć o rzeczywistym zamiarze oskarżonego, a nawet być subiektywnie przekonani o tym, że klienci otrzymają zagwarantowane im w umowach świadczenia (produkty)⁴³.

Zakończenie

Omawiając problematykę funkcjonowania parabanków można zauważyć, że:

⁴¹ Zob. rozważania zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2014 r. (II AKa 467/13, Lex nr 1415932), w którym stwierdzono: „Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 18 § 3 k.k. pomocnictwo jest tą formą zjawiskową przestępstwa, którego stroną podmiotową cechuje zamiar (bezpośredni albo wynikowy), aby inna osoba popełniła czyn zabroniony. Oznacza to, że pomocnik musi co najmniej przewidywać i godzić się z tym, że jego działanie ułatwia popełnienie innej osobie czynu zabronionego. Wobec tego, że w ujęciu kodeksowym pomocnictwo nie stanowi samodzielnego typu przestępstwa, pomocnik musi obejmować swoim zamiarem ułatwienie innej osobie popełnienia konkretnego przestępstwa i to ten zamiar, a nie faktycznie popełnione przez sprawcę przestępstwo wyznacza granice jego odpowiedzialności karnej” oraz w wyroku SN z dnia 28 października 1976 r. (III KR 257/76, Lex nr 16999), w którym uznano, że: „Warunkiem odpowiedzialności za udzielenie pomocy do popełnienia przestępstwa jest świadomość, że sprawca chce popełnić przestępstwo, dążenie do tego, aby sprawca popełnił zamierzone przestępstwo, albo co najmniej godzenie się na to, dostarczenie sprawcy środków potrzebnych do popełnienia przestępstwa, albo udzielenie mu rady, informacji lub też podjęcia innego działania, które ułatwia sprawcy dokonanie zamierzonego celu”.

⁴² Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 75/13, POSP.

⁴³ Ibidem.

1. Do tego typu działalności wykorzystywana jest głównie forma spółek z o.o., co ma związek z:

a) niewielkim kapitałem zakładowym potrzebnym do założenia spółki (zgodnie z art. 154 § 1 k.s.h.⁴⁴ kapitał zakładowy spółki powinien wynosić co najmniej 5 tys. zł⁴⁵);

b) chęcią ukrycia przestępczej działalności poszczególnych osób za działaniem organów spółek, w tym działaniem w wykonaniu uchwał;

c) tworzeniem pozorów legalności prowadzonej działalności;

d) swoistą ochroną członków zarządów spółek (zob. art. 299 § 2 k.s.h.).

2. Parabanki dążą do wykreowania wizerunku własnej firmy tożsamego z wizerunkiem banku/institucji finansowej (przybieranie pozorów banku⁴⁶), począwszy od nazwy, poprzez wygląd siedzib, rodzaj deklarowanych usług, wzory umów, reklamę, marketing itp.

3. Parabanki oferują:

a) duże zyski, a przynajmniej większe niż te, które może osiągnąć klient banku;

b) inwestycje długoterminowe (co wiąże się z możliwością długoletniego prowadzenia przestępczej działalności, chęci pozyskania jak największej liczby osób i wpłat, trudnością z szybkim wykryciem tego typu działalności), przy czym skala możliwych do osiągnięcia zysków często ukazywana jest klientowi w krótkim przedziale czasu (np. ile zysku osiągnie w ciągu 3–6 miesięcy);

c) inwestycje w różnego rodzaju przedsięwzięcia (*de facto* praktycznie każdy rodzaj przedsięwzięcia może być przedstawiany przez organizatorów parabanku jako inwestycja mająca zapewnić duże zyski i tym samym przyciągnąć/pozyskać klientów⁴⁷).

4. Istnieją trudności w wykrywaniu, czy podmiot prowadzący działalność gospodarczą jest parabankiem, np. konieczność ustalenia skąd pochodzą pieniądze pożyczane następnie klientom, działanie w Polsce podmiotów mających siedziby w innych krajach o odmiennym systemie prawnym oraz związana z powyższym konieczność wykonywania czynności w drodze zagranicznych pomocy prawnych.

Biorąc pod uwagę polskie doświadczenia ostatnich lat oraz analizując problematykę tego typu działalności w USA⁴⁸, można bronić hipotezy, że nielegalna działalność parabanków na stałe wpisze się w krajobraz polskiej przestępczości gospodarczej. Przy czym należy zwrócić uwagę, że nie tylko

⁴⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1578 z późn. zm.).

⁴⁵ Obecne brzmienie art. 154 § 1 k.s.h. jest wynikiem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. nr 217, poz. 1381). Przed wejściem w życie ww. ustawy kapitał zakładowy spółki z o.o. musiał wynosić minimum 50 tys. zł.

⁴⁶ Zob. także T. Frankel, op. cit., s. 97–98.

⁴⁷ Por. ibidem, s. 26.

⁴⁸ Zob. ibidem; por. [online] <www.sec.gov/spotlight/enf-actions-ponzi.shtml> (dostęp: 3.04.2017).

surowe sankcje⁴⁹ mogą wpłynąć na ograniczenie omawianego zjawiska. Konieczne są również kampanie edukacyjne wśród inwestorów⁵⁰ mające na celu uświadomienie zagrożeń płynących z inwestycji mających przynieść duże zyski (w krótkim okresie czasu) bez ryzyka.

Literatura

- Chorbot P., Gadecki B., *Prawnokarne aspekty funkcjonowania szarej strefy bankowości, tzw. parabanków*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2014, nr 10.
- Fojcik-Mastalska E., [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Frankel T., *The Ponzi Scheme Puzzle. A History and Analysis of Con Artists and Victims*, Oxford University Press, New York 2012.
- Gadecki B., *Parabanki – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym. Analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania*, Wyd. UWM, Olsztyn 2013.
- Góral L., *Instytucje „parabankowe” w ustawodawstwie wybranych krajów Unii Europejskiej i w Polsce*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 10.
- Górniok O., *Artykuł 115 prawa bankowego a działalność parabankowa*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 4.
- Górniok O., *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, TNOiK, Toruń 1997.
- Górniok O., *Z problematyki przestępstw popełnionych w działalności spółek kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4.
- Jurkowska A. M., *Instytucje parabankowe w polskim systemie bankowym*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. VII.
- Jurkowska-Zeidler A., *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Jurkowska-Zeidler A., *Definicja parabanku*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 6.
- Lachowski J., Oczkowski T., *Odpowiedzialność karna członków kolejalnych organów spółek kapitałowych – zagadnienia wybrane*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2.
- Majewski J., *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 6.
- Majewski J., *Przestępne użycie określeń „bank” lub „kasa”*, „Prawo Bankowe” 2000, nr 5.
- Mazur L., *Prawo bankowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Ochman P., *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Ochman P., *Z problematyki legislacyjnej w prawie karnym gospodarczym. Uwagi na marginesie przepisów karnych wybranych ustaw bankowych*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym. Analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania*, Wyd. UWM, Olsztyn 2013.

⁴⁹ W Polsce można orzekać dość surową karę za przestępstwo oszustwa (art. 286 § 1 k.k.), w szczególności gdy przestępstwo zostało popełnione przez sprawcę, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu (art. 65 § 1 k.k.), w ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.) lub w stosunku do mienia znacznej wartości (art. 294 § 1 k.k.).

⁵⁰ Zob. np. M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym. Poradnik klienta usług finansowych*, Warszawa 2016, [online] <www.knf.gov.pl/Images/piramidy%20finansowe%20calosc%20internet_tcm75-48851.pdf> (dostęp: 3.04.2017).

- Oczkowski T., *Problematyka uchwał organów kolegialnych – rozważania w kontekście odpowiedzialności karnej na podstawie art. 296 k.k.*, [w:] idem, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Lex 2013.
- Ofiarski Z., *Prawo bankowe*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.
- Pachucki M., *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym*, Warszawa 2013, s. 23, [online] <www.knf.gov.pl/Images/KNF_piramidy_tcm75-28815.pdf>.
- Pachucki M., *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym. Poradnik klienta usług finansowych*, Warszawa 2016, [online] <www.knf.gov.pl/Images/piramidy%20finansowe%20calosc%20internet_tcm75-48851.pdf>.
- Płończyk K., Podlasko P., [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. II: *Komentarz do art. 92A–194*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Srokosz W., *Banki i parabanki a zasada równej konkurencji*, [w:] K. Święch, A. Zalcewicz (red.), *Sanacja finansów publicznych w Polsce. Aspekty prawne i ekonomiczne*, PPH „Zapół”, Szczecin 2005.
- Srokosz W., *Instytucje parabankowe w Polsce*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Sutherland E.H., *White-Collar Criminality*, „American Sociological Review” 1940, t. 4, nr 1.
- Szuster S., Wyrwiński M., [w:] F. Zoll (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–92*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Świstak A., *Firmy „systemu argentyńskiego” – prawo czy bezprawie?*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 18.
- Waliszewski K., *Miejsce i rola parabanków w systemie finansowym i gospodarce*, [w:] G. Kotliński, K. Waliszewski (red.), *Instytucje parabankowe na rynku usług bankowych w Polsce*, CeDeWu Sp. z o.o., Warszawa 2012.
- Zawłocki R., *Przestępstwa przeciwko obrotowi finansowemu. Przepisy karne z ustaw finansowych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2002.

Summary

Shadow banking system functioning (chosen aspects)

Key words: bank, fraud, criminology, economic crime, quasi-bank companies, white collar crime.

The article demonstrates particular types and activity of the quasi-bank companies. Very high returns and no risk is a hallmark of the quasi-bank companies. The author presents dogmatic aspects of offence described in the Art. 171 of The Banking Act which regulates crime of conducting the banking acts without authorization and conducting commercial activity contrary to provisions of an Act and using in the company name of organizational unit not being bank, or in the description of its activity or in any advertising, the term “bank”. Also examined herein is the meaning of the following terms: “bank” and “quasi-bank company”. The author points out that quasi-bank companies have several characteristic features.

Agnieszka Łąpieś-Rosińska

Sędzia WSA w Warszawie

Przypadki łącznego stosowania prawa publicznego i prywatnego

W systemie prawa polskiego w zależności od przyjętego kryterium wyodrębnić możemy różne działy (dziedziny prawa), a także podstawowy podział na prawo prywatne, które chroni interesy jednostek, reguluje stosunki osobiste i majątkowe, oraz prawo publiczne, służące ochronie interesów państwa jako dobra wspólnego wszystkich obywateli¹.

Prawo publiczne to jedna z dwóch podstawowych gałęzi prawa skupiająca normy prawne, których zadaniem jest ochrona interesu publicznego. Jako podstawowe kryterium rozróżnienia prawa publicznego i prywatnego wskazuje się „korzyść”. Zgodnie z tym kryterium, zadaniem norm prawa publicznego jest przynoszenie korzyści społeczeństwu jako całości. W przeciwieństwie do prawa prywatnego chroni ono zatem interesy publiczne, a nie poszczególnych jednostek. Ponadto normy prawa publicznego to w zasadzie wyłącznie normy bezwzględnie obowiązujące, w sytuacji gdy prawo prywatne w dużej mierze opiera się na zasadzie swobody umów, a więc zawiera normy względnie obowiązujące, które pozwalają dwóm równouprawnionym stronom kształtować dość swobodnie umowę, jaką chcą zawrzeć.

Podział na prawo publiczne i prywatne to także zróżnicowanie podmiotów, które je stosują. W zakresie prawa publicznego są to podmioty reprezentujące państwo oraz inne podmioty realizujące zadania państwa, działające w granicach przyznanych kompetencji. Z kolei na gruncie prawa prywatnego

¹ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999, s. 27. Genezy podziału na prawo publiczne i prywatne można poszukiwać w prawie rzymskim, w którym *ius publicum* regulowało organizację i funkcjonowanie państwa, obejmując dzisiejsze gałęzie prawa, takie jak prawo konstytucyjne, karne, administracyjne, kanoniczne. W starożytnym Rzymie rozwijało się ono zdecydowanie wolniej niż *ius privatum*, co w efekcie poskutkowało utożsamianiem prawa z prawem prywatnym. Po upadku imperium rzymskie prawo publiczne zostało zupełnie zapomniane, także w czasach szerokiej recepcji prawa rzymskiego do zachodnioeuropejskich systemów prawnych *ius publicum* nie odcisnęło niemal zupełnie śladu.

są to osoby fizyczne i osoby prawne oraz im podobne, które działają autonomicznie dla zaspokojenia ich własnych interesów. Przyjmując powyższe kryterium podmiotowe, należałoby przyjąć, że organy administracyjne stosują wyłącznie prawo publiczne i że jest to jedyny obszar ich działalności. Polega on na wydawaniu orzeczeń lub decyzji administracyjnych w indywidualno-konkretnych sprawach i owe orzeczenia bądź decyzje nazywamy aktami stosowania prawa. Akty stosowania prawa wydawane są na podstawie generalno-abstrakcyjnych norm prawnych w oparciu o tego rodzaju normy (stosowanie prawa polega na zastosowaniu normy do indywidualno-konkretnego przypadku). Jednakże z wielu przepisów prawnych wynika konieczność, a nawet nieodzowność łączenia prawa publicznego i prywatnego. Przykładem tego jest postępowanie wywłaszczeniowe, uregulowane w art. 112–127 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami².

Prawo własności jest jednym z konstytucyjnie gwarantowanych praw podmiotowych, a art. 64 Konstytucji RP³, w którym prawo to zostało wyartykułowane, stanowi podstawę do skorzystania ze środków przewidzianych dla ochrony konstytucyjnie gwarantowanych praw⁴. Mimo że zgodnie z art. 21 Konstytucji RP prawo własności podlega ochronie, to jednak dopuszcza wywłaszczenie pod warunkiem, że jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Ponieważ mamy wówczas do czynienia z ingerencją prawa administracyjnego w prawo własności, Naczelny Sąd Administracyjny w swoich orzeczeniach podkreśla, że przepisy regulujące zasady wywłaszczania nieruchomości jako szczególnej formy odjęcia prawa własności w drodze aktu władczego państwa, będące wyjątkiem od ogólnych, cywilnoprawnych zasad przenoszenia własności nieruchomości, muszą być stosowane literalnie, z wyłączeniem dopuszczalności wykładni rozszerzającej⁵.

Wywłaszczenie jest instrumentem umożliwiającym organom administracji publicznej ingerencję w sferę cudzej własności poprzez jej ograniczenie bądź pozbawienie prawa własności nieruchomości w celu prawidłowej realizacji i wykonywania zadań publicznych. Szczególny charakter przedmiotu orzekania w sprawach o wywłaszczenie nieruchomości skutkuje tym, że organy administracji publicznej w toczącym się postępowaniu zobowiązane są dowieść wystąpienia wszystkich określonych ustawą o gospodarce nieruchomościami przesłanek podjęcia rozstrzygnięcia o pozbawieniu albo ogra-

² Dz.U. z 2004, nr 261, poz. 2603 z późn. zm.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴ Konstytucyjną podstawę do wprowadzenia ograniczeń prawa własności stanowi art. 64 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. Ograniczenie prawa własności musi być przy tym uzasadnione potrzebą ochrony któregośkolwiek z dóbr lub wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

⁵ Wyrok NSA z dnia 15 kwietnia 1992 r., sygn. akt IV SA 112/92, ONSA 1993, nr 2, poz. 40; wyrok NSA z 9 grudnia 2010 r., sygn. akt I OSK 235/10, Lexis 2448913.

niczeniu praw do nieruchomości. Wywłaszczenia nieruchomości może nastąpić wyłącznie na cele publiczne. Niezbędną przesłanką wywłaszczenia jest zatem realizacja celu publicznego⁶.

Cele publiczne określone zostały w art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami, a wśród nich ustawodawca wymienia m.in. wydzielanie gruntów pod drogi publiczne, drogi rowerowe i drogi wodne, budowę, utrzymywanie oraz wykonywanie robót budowlanych tych dróg, obiektów i urządzeń transportu publicznego, a także łączności publicznej i sygnalizacji, wydzielenie gruntów pod linie kolejowe oraz ich budowę i utrzymanie czy też wydzielanie gruntów pod lotniska, urządzenia i obiekty do obsługi ruchu lotniczego, w tym rejonów podejść, oraz budowę i eksploatację tych lotnisk i urządzeń. Wyliczenie zawarte w tym przepisie nie jest enumeratywne, albowiem w pkt 10 zawarte jest odesłanie do odrębnych ustaw.

Przesłanki wywłaszczenia sformułowano w art. 112 o gospodarce nieruchomościami. Zgodnie z tym przepisem wywłaszczenie nieruchomości stosuje się do nieruchomości położonych na obszarach przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne albo do nieruchomości, dla których wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Polega na pozbawieniu albo ograniczeniu, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości. Ponadto może być dokonane, jeżeli cele publiczne nie mogą być zrealizowane w inny sposób niż przez pozbawienie albo ograniczenie praw do nieruchomości, a prawa te nie mogą być nabyte w drodze umowy. Organem właściwym w sprawach wywłaszczenia jest starosta wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej.

Potrzeba wszczęcia postępowania wywłaszczeniowego zachodzi wówczas, gdy nie ma innej możliwości realizacji celu publicznego, albowiem Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego nie dysponują nieruchomościami, które pozwalają zrealizować cel publiczny, a jednocześnie nie jest możliwa ingerencja w uprawnienia właściciela w innej formie, np. umowy czy poprzez zajęcie nieruchomości. Wywłaszczenie polega zatem na tym, że starosta wykonujący zdania z zakresu administracji rządowej, będący organem właściwym w sprawie wywłaszczenia w drodze decyzji administracyjnej, pozbawia lub ogranicza: prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, inne ograniczone prawo rzeczowe na nieruchomości. W sytuacji

⁶ J. Szachulowicz (*Gospodarka nieruchomościami*, Warszawa 2005, s. 208) podkreśla, że nie można zapominać, iż wywłaszczenie jest przejawem daleko idącej ingerencji administracji państwowej w prawo własności, a dopuszczalność wywłaszczenia jest limitowana wprost w Konstytucji RP, która dopuszcza wywłaszczenie, ale „jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem” (art. 21 Konstytucji RP), dlatego musi być ono poddane ścisłej regulacji prawnej, a cel być określony precyzyjnie w decyzji wywłaszczeniowej, tym bardziej że ma on kluczowe znaczenie przy ocenie dopuszczalności zwrotu nieruchomości. Por. wyrok NSA z dnia 31 maja 2010 r., sygn. akt I OSK 1076/09, Lex 594876.

pozbawienia dotychczasowego właściciela prawa własności na podstawie art. 121 powołanej ustawy prawo to przechodzi na własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

Wskazać należy na złożoną naturę prawną wywłaszczenia. Z jednej strony bowiem stanowi instytucję prawa publicznego, albowiem dokonywane jest w drodze decyzji administracyjnej na rzecz podmiotów prawa publicznego, takich jak Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego, wyłącznie na cel publiczny. Z drugiej strony z decyzją wywłaszczeniową przepisy prawa administracyjnego wiążą skutki cywilnoprawne w postaci pozbawienia albo ograniczenia praw rzeczowych, obowiązku wypłaty odszkodowania czy wpisu do księgi wieczystej⁷.

Specyfika decyzji o wywłaszczeniu nieruchomości polega przede wszystkim na tym, że jest to akt władztwa publicznoprawnego, który wywiera bezpośrednie skutki cywilnoprawne⁸. Można zatem przyjąć, że tryb wywłaszczenia wpisuje się w powołane na wstępie kryterium podmiotowe podziału prawa na publiczne i prywatne, albowiem organ administracji publicznej w drodze decyzji, a więc aktu władztwa publicznego dokonuje zmian w sferze prawa rzeczowego.

Ustawa o gospodarowaniu nieruchomościami przewiduje jednak procedurę, zgodnie z którą prawo prywatne jest wprost stosowane przez organy administracji publicznej. Chodzi mianowicie o etap postępowania, który poprzedza wydanie decyzji wywłaszczeniowej, tj. rokowania. Stosownie do treści z art. 114 ust. 1 o gospodarce nieruchomościami wszczęcie postępowania wywłaszczeniowego, z zastrzeżeniem ust. 2 i ust. 3, należy poprzedzić rokowaniami o nabycie w drodze umowy praw określonych w art. 112 ust. 3 wskazanej ustawy, przeprowadzonymi między starostą, wykonującym zadanie z zakresu administracji rządowej, a właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości, a także osobą, której przysługuje do nieruchomości ograniczone prawo rzeczowe. W trakcie prowadzenia rokowań może być zaoferowana nieruchomość zamienna. W przypadku wywłaszczania nieruchomości na wniosek jednostki samorządu terytorialnego rokowania, o których mowa w ust. 1, przeprowadzają ich organy wykonawcze (art. 14 ust. 2 omawianej ustawy).

Jednym z warunków przeprowadzenia postępowania wywłaszczeniowego jest niemożność nabycia nieruchomości w drodze umowy (por. art. 112 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami). Dlatego w art. 114 ust. 1 powołanej ustawy ustawodawca zobowiązał starostę do przeprowadzenia rokowań, zanim wszczęte zostanie postępowanie wywłaszczeniowe. Starosta pro-

⁷ G. Bieniek, [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2006, s. 838.

⁸ P. Wojciechowski, [w:] P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 506.

wadzi te rokowania w imieniu Skarbu Państwa jako ewentualnego nabywcy, gdyż w przypadku wywłaszczania nieruchomości na wniosek jednostki samorządu terytorialnego rokowania przeprowadzają organy wykonawcze tej jednostki (art. 114 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami). Organ nie może zlecić swoich ustawowych kompetencji innemu podmiotowi⁹.

W ustawie nie zdefiniowano rokowania, jednak sądy administracyjne w celu sprecyzowania tego terminu odwołują się do kodeksu cywilnego¹⁰, który używał tego pojęcia w art. 71 i 72¹¹. Obecnie kodeks cywilny posługuje się terminem „negocjacje”. Obowiązek prowadzenia rokowań zostaje spełniony przez złożenie właścicielowi nieruchomości oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego o charakterze zaproszenia do prowadzenia rokowań w sprawie zawarcia stosownej umowy, w którym zostają określone warunki nabycia własności nieruchomości. Podmiot, na rzecz którego ma nastąpić wywłaszczenie, powinien wystąpić z inicjatywą i zaproponować właścicielowi nieruchomości warunki, na których jest gotów nabyć daną nieruchomość przeznaczoną na realizację celu publicznego w drodze umowy¹². W wyniku przeprowadzonych rokowań może dojść zarówno do zawarcia umowy sprzedaży, jak i do zawarcia umowy zamiany nieruchomości. W przypadku zawarcia umowy cywilnoprawnej postępowanie administracyjne nie jest w ogóle prowadzone, a organ nie wydaje decyzji o wywłaszczeniu. Zawarta przez strony umowa cywilna podlega w całości regulacji przepisów prawa cywilnego, a roszczenia z niej wynikające – właściwości sądu powszechnego. W takim przypadku strona za zbytą nieruchomość uzyskuje bądź uzgodnioną cenę sprzedaży, bądź nieruchomość zamienną, a odszkodowanie w ogóle nie jest przez organ administracji ustalane¹³.

⁹ Wyrok NSA z dnia 3 sierpnia 2005 r., sygn. akt OSK 1843/04, Lex 188306. Sąd podkreślił, że przepis art. 114 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami nie zawiera możliwości przekazania uprawnień do przeprowadzania rokowań o nabycie w drodze umowy praw do nieruchomości, zwłaszcza spółce akcyjnej.

¹⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 459).

¹¹ Wyrok NSA z dnia 16 stycznia 2003 r., sygn. akt SA/Rz 426/01, Lex 685399; wyrok WSA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2009 r., sygn. akt II SA/Kr 1307/08, Lex 550504. Rokowania stanowią zespół czynności, jakie ma obowiązek podjąć starosta lub organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego (w przypadku wywłaszczania nieruchomości na wniosek jednostki samorządu terytorialnego) przed wszczęciem postępowania wywłaszczeniowego. Starosta prowadzi rozmowy z właścicielem (użytkownikiem wieczystym nieruchomości lub osobą, której przysługuje do nieruchomości ograniczone prawo rzeczowe) w celu osiągnięcia porozumienia co do nabycia w drodze umowy prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego na nieruchomości. Należy podkreślić, że inicjatywa zaproszenia do rokowań należy do podmiotu, na rzecz którego ma nastąpić wywłaszczenie. Podmiot ten powinien zaproponować właścicielowi nieruchomości warunki, na których jest gotów nabyć daną nieruchomość przeznaczoną na realizację celu publicznego w drodze umowy.

¹² Wyrok WSA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2009 r., sygn. akt II SA/Kr 1307/08, Lex 550504.

¹³ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 5 marca 2008 r., sygn. akt II SA/Gd 692/07, Lex 510456;

Jeśli rokowania nie przyniosą pożądanego skutku, właściwy organ administracji publicznej wszczyna postępowanie administracyjne w sprawie wywłaszczenia nieruchomości¹⁴.

O ile w przypadku postępowania wywłaszczeniowego mamy do czynienia z organem administracji publicznej, który z woli ustawodawcy wyposażony jest w kompetencje do stosowania prawa publicznego i w określonych sytuacjach prywatnego, to zupełnie odmiennie sytuacja przedstawia się odnośnie państwowych jednostek organizacyjnych posiadających osobowość prawną, do których zalicza się Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ). Zgodnie z art. 96 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁵, NFZ jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną, a zatem samodzielną i odrębną osobą prawną, nabywającą prawa i zaciągającą zobowiązania we własnym imieniu. Wobec tego jest on jednostką, do której stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące osób prawnych.

Ustawowe zadania NFZ szczegółowo określone zostały w art. 97 u.ś.o.z.¹⁶ Wśród nich ustawodawca wskazuje: określanie jakości i dostępności, analizę kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań i zawieranie umów o udzielanie świad-

¹⁴ Nie można wykluczyć sytuacji gdy podmioty postępowania dojdą jednak do porozumienia co do warunków wywłaszczenia na etapie niezakończonego postępowania wywłaszczeniowego. M. Szalewska (*Postępowanie wywłaszczeniowe*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 7–8, s. 70) podkreśla, że strona może wnosić o zawieszenie postępowania administracyjnego do czasu zawarcia odpowiedniej umowy (art. 98 § 1 k.p.a.). Po jej zawarciu organ podejmuje zawieszone postępowanie i umarza je jako bezzprzedmiotowe (art. 105 k.p.a.). Ustalenie zgodnych warunków wywłaszczenia, a w konsekwencji zawarcie odpowiedniej umowy może nastąpić także w czasie trwania postępowania odwoławczego. WSA w Szczecinie (wyrok z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Sz 220/10, Lex 674425) zauważył jednak, że ustawodawca nie nakłada na organ obowiązku przejęcia na siebie i kontynuowania rokowań, jakie toczyły się pomiędzy wnioskodawcą a właścicielem nieruchomości już po wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie wywłaszczenia. W sytuacji zatem, gdy w toku postępowania administracyjnego toczącego się po złożeniu wniosku o wywłaszczenie, właściciel nieruchomości zmienia swoje dotychczasowe stanowisko i wyraża wolę zbycia nieruchomości będącej przedmiotem postępowania, zaś gmina nie wyraża w tym czasie zainteresowania takim proponowanym sposobem załatwienia sprawy – nie istnieje możliwość skutecznego dowodzenia zaistnienia pozorności rokowań, bowiem te co do zasady zakończyły się z chwilą bezskutecznego upływu dwumiesięcznego terminu wyznaczonego w trybie art. 115 ust. 2 ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami.

¹⁵ Dz.U. z 2016 r., poz. 1793 ze zm. – dalej jako u.ś.o.z.

¹⁶ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, Komentarz, Warszawa 2006, s. 176–177. Stosownie do treści art. 116 u.ś.o.z. przychód Funduszu poza składką na ubezpieczenie zdrowotne stanowią m.in. odsetki od nieterminowo płaconych składek, darowizny i zapisy, środki przeznaczone na zadania zlecone czy przychody z lokat. NFZ może również zaciągać pożyczki i kredyty. Fundusz zarządza środkami finansowymi przekazywanymi na podstawie ustawy oraz zawiera umowy ze świadczeniodawcami. Zarządzanie tymi środkami powinno odbywać się na zasadach określonych w ustawie o finansach publicznych.

czeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie ich realizacji i rozliczanie oraz finansowanie świadczeń zdrowotnych. Rolą Funduszu jest zatem m.in. zarządzanie środkami finansowymi przekazywanymi na podstawie ustawy, jak też finansowanie świadczeń zdrowotnych na podstawie umów cywilnoprawnych zawieranych ze świadczeniodawcami, albowiem obowiązkiem Funduszu jest faktyczne zapewnienie ubezpieczonym możliwości korzystania z opieki zdrowotnej.

Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ma charakter umowy wzajemnej, odpłatnej, dwustronnie zobowiązującej, w której każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem¹⁷. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej kreuje między świadczeniodawcą a Funduszem stosunek zobowiązaniowy, do którego – jeżeli przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie stanowią inaczej – stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (art. 155 u.ś.o.z.). Do stosunku tego ma więc zastosowanie art. 354 k.c., zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom i w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Postanowienia umowy określające rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej, co do zasady, są dla stron umowy wiążące, ale nie oznaczają, że uwzględnienie wniosku świadczeniodawcy o przesunięcie środków finansowych zależy jedynie od uznania Funduszu¹⁸.

Zgodnie z treścią przepisu art. 132 ust. 2 u.ś.o.z., umowa może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w dziale VI omawianej ustawy. W dziale VI u.ś.o.z. określono swoistą, znaną tylko ustawie, procedurę zawarcia umowy w sprawie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. Nie budzi wątpliwości, że postępowanie to ma charakter cywilnoprawny.

¹⁷ T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007, s. 24. Autorka zwraca uwagę, że Fundusz ma wierzytelność względem świadczeniodawcy, której treścią jest udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a równocześnie jako dłużnik jest zobowiązany do zapłaty za udzielone świadczenia. Z drugiej strony świadczeniodawca jako dłużnik jest zobowiązany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, a jako wierzyciel posiada wierzytelność względem Funduszu o zapłatę za wykonane usługi. Fundusz jest w ten sposób związany umowami o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z podmiotami uprawnionymi i zarazem zobowiązanymi do jej udzielania. Tym samym pomiędzy Funduszem a świadczeniodawcą powstaje więź prawna o charakterze cywilnoprawnym, znajdująca swe źródło w umowie o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 7 sierpnia 2003 r., sygn. akt IV CKN 393/01, Lex 279804.

Naczelny Sąd Administracyjny zwraca w swoich orzeczeniach uwagę, że wszystkie etapy postępowania poprzedzającego zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, prowadzonego w ramach NFZ, wzorowane są na zasadach prawa cywilnego i nie podlegają przepisom postępowania administracyjnego. Postępowanie prowadzone przez komisję nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego¹⁹, a „rozstrzygnięcie” komisji nie jest decyzją administracyjną ani innym aktem o charakterze administracyjnoprawnym²⁰. Podkreślić bowiem należy, że NFZ nie jest organem administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym i nie ma generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych właściwych organom administracji publicznej. Jednakże na mocy konkretnych przepisów, np. art. 42d ust. 1, 2 i 21, art. 42f ust. 1 i 2, art. 42i ust. 1, art. 50 ust. 18, art. 109, w tym art. 154 u.ś.o.z., dyrektorzy oddziałów i Prezes NFZ są upoważnieni do wydawania decyzji²¹.

Stosownie do treści art. 152 u.ś.o.z. świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przysługują środki odwoławcze i skarga na zasadach określonych w art. 153 i 154 u.ś.o.z. W myśl art. 154 ust. 1 u.ś.o.z., świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania może złożyć odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu.

Celem odwołania jest zbadanie w trybie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, czy doszło do naruszenia interesu prawnego świad-

¹⁹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.).

²⁰ Postanowienie NSA z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt II GSK 186/06, ONSAiWSA 2007, z. 4, poz. 101. Sąd wskazał, iż postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami, prowadzone na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego, a ustawodawca wyraźnie odwołuje się do typowych pojęć prawa cywilnego, takich jak „oferta”, „konkurs ofert”, „rokowania”. Rozstrzygnięcie tego postępowania przez komisję nie jest niczym innym jak wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego.

²¹ W postanowieniu z dnia 14 czerwca 2007 r. (sygn. akt II GSK 57/07, Lex 339681) NSA podkreślił, że Narodowy Fundusz Zdrowia, reprezentowany przez dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną (art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz. U. nr 210, poz. 2135 ze zm.). Nie jest zatem organem administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym i nie przyznano mu generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych właściwych organom administracji publicznej. Takie stanowisko NSA zajmował w kolejnych postanowienie z dnia: 4 kwietnia 2008 r., sygn. akt II GSK 470/07, Lex 485377; 17 października 2008 r., sygn. akt II GSK 394/08, Lex 499834; 16 grudnia 2009 r., sygn. akt II GSK 1012/09, Lex 582818.

czeniodawcy w wyniku naruszenia określonych ustawą zasad prowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy²². Odwołanie rozpatrywane jest w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. Po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie. Decyzja jest zamieszczana w terminie 2 dni od dnia jej wydania na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu (art. 154 ust.3 u.ś.o.z.). Poza obowiązkiem zamieszczenia decyzji na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej dyrektor oddziału ma obowiązek doręczyć decyzję i to od dnia jej doręczenia biegnie termin na wniesienie wniosku o ponowne jej rozpatrzenie, który składa się do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu w terminie 7 dni od dnia doręczenia decyzji (ust. 4 i 5). Dyrektor rozpatruje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania i wydaje decyzję administracyjną w sprawie, która podlega natychmiastowemu wykonaniu (ust. 6). Od decyzji dyrektora oddziału, wydanej na skutek wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, świadczeniodawcy przysługuje skarga do sądu administracyjnego (ust. 8). Zasady wniesienia skargi określają przepisy ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²³.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania dotyczącego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania w trybie rokowań ze świadczeniodawcą, który złożył wskazane odwołanie, chyba że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawiera się z jednym świadczeniodawcą na danym obszarze. W takim przypadku dyrektor oddziału wojewódzkiego

²² W wyroku z dnia 25 stycznia 2012 r. (sygn. akt II GSK 1458/10, Lex 1126327) NSA stwierdził że granice postępowania wszczętego na skutek wniesienia odwołania w trybie art. 154 ust. 1 ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wyznacza materialnoprawna norma zawarta w przepisie art. 152 ust. 1 tej ustawy, zgodnie z którym środki odwoławcze przysługują tym świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Tym samym rozpoznanie odwołania wniesionego na podstawie art. 154 w związku z art. 152 cyt. ustawy jest ograniczone wyłącznie do zbadania, czy nie doszło do naruszenia zasad postępowania, które spowodowało uszczerbek w interesie prawnym świadczeniodawcy (oferenta), zaś w granicach tego postępowania nie mieści się ponowna ocena złożonych ofert, w tym badanie prawidłowości oceny oferty złożonej przez podmiot konkurujący z podmiotem wnoszącym odwołanie.

²³ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2016 r. poz. 718). Zgodnie z postanowieniami ustawy skargę można wnieść po wyczerpaniu środków zaskarżenia wymienionych w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej. Skargę do sądu administracyjnego należy wnieść co do zasady w terminie 30 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia w sprawie, czyli od dnia otrzymania decyzji dyrektora oddziału wydanej na skutek wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Skargę wnosi się za pośrednictwem dyrektora oddziału.

Funduszu ponownie przeprowadza postępowanie w sprawie zawarcia umowy (ust. 7)²⁴.

W postępowaniu prowadzącym do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej wyróżnić zatem należy dwa etapy: cywilnoprawny i administracyjnoprawny. W postanowieniu z dnia 14 czerwca 2007 r. NSA zauważył, że postępowanie prowadzone przez komisję, zmierzające do wyłonienia najkorzystniejszej oferty na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, jest wzorowane na czynnościach poprzedzających zawarcie umowy cywilnoprawnej uregulowanych w kodeksie cywilnym (art. 66 § 1 i nast. oraz art. 72 § 1 k.c.)²⁵.

Sprawa o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń staje się sprawą administracyjną z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę w trybie art. 154 tej ustawy odwołania od rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umowy. Odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania, składane na podstawie art. 154 ust. 1 ustawy, otwiera postępowanie administracyjne, do którego zastosowanie mają przepisy kodeksu postępowania administracyjnego w zakresie niewyłączonym przez przepisy ustawy²⁶.

Jak wskazano na wybranych przykładach, w postępowaniu przed organami administracyjnymi zastosowanie w pierwszej kolejności znajdują przepisy prawa publicznego. Często jednak z woli ustawodawcy konkretyzacja określonych praw lub obowiązków w formie aktu administracji publicznej poprzedzona jest stosowaniem przez organ administracyjny norm prawa prywatnego. Z drugiej strony w polskim systemie prawa funkcjonują podmioty, które nie są organami administracyjnymi w rozumieniu ustrojowym (w niniejszym opracowaniu wskazano na NFZ) i zasadniczo upoważnione są do podejmowania określonych czynności z zakresu prawa prywatnoprawnego. Nie przyznano im generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych właściwych organom administracji publicznej, jednakże na mocy konkretnych przepisów upoważniono do wydawania decyzji administracyjnych (np. art. 154 ust. 6 u.s.o.z.).

Wobec powyższego stwierdzić należy, że kryterium podmiotowe jako wyznacznik podziału prawa na publiczne i prywatne nie jest miarodajne. Należałoby bowiem przyjąć, że prawo publiczne stosują wyłącznie organy

²⁴ W wyroku z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt II GSK 297/15, Lex 2143346) NSA podkreślił, że zastosowanie art. 154 ust. 7 ustawy z 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych prowadzi do pominięcia przepisów art. 138 k.p.a., gdyż art. 154 ust. 7 ustawy z 2004 r. jest szczególną regulacją procedury odwoławczej, który przewiduje tylko jeden skutek uchylecia decyzji organu pierwszej instancji (kasacyjny) przez organ odwoławczy, a mianowicie obowiązek ponownego przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej, a wyłącza ponowne rozpatrywanie odwołania od rozstrzygnięcia konkursowego przez organ pierwszej instancji i wydawanie ponownej decyzji w sprawie tego odwołania.

²⁵ Postanowienie NSA z dnia 14 czerwca 2007 r., sygn. akt II GSK 57/07, Lex 339681.

²⁶ Wyrok NSA z dnia 16 marca 2011, sygn. akt II GSK 265/10, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>>.

administracyjne, a ponadto, że jest to jedyny obszar ich działalności. W niniejszym opracowaniu na wybranych przykładach wskazano, że przeprowadzenie takiej granicy w polskim systemie prawnym nie jest możliwe, zaś podział prawa na gałęzie prawa publicznego i prywatnego z punktu widzenia stosujących te normy podmiotów jest wyłącznie umowny.

Literatura

- Bieniek G., Rudnicki S., *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2006.
Czechowski P. (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami, Komentarz*, Warszawa 2015.
Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1999.
Nowak-Kubiak J., Łukasik B., *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych., Komentarz*, Warszawa 2006.
Szachulowicz J., *Gospodarka nieruchomościami*, Warszawa 2005.
Szalewska M., *Postępowanie wywłaszczeniowe*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 7–8.
Zimna T., *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007.

Summary

Cases of combined application of public and private law

Key words: expropriation, civil-legal consequences, provision of health care benefits.

Application of public law and private law by state administration and state legal entities. The division of public law is often conducted on the basis of subjective criteria. However, from many legal regulations arises the necessity, or even the indispensability, to combine public and private law. An example of this can be expropriation proceedings, which have been regulated in the Real Estate Management Act dated 21st August 1997 in Arts. 112–127. On the one hand, an administrative body issues the decision about expropriation as an act of public legal authority, on the other hand, it applies private law during the stage preceding the issuing of decision, i.e. during negotiations.

In contrast, entities such as the National Health Fund (NFZ), which is not a state administrative body within the governing system understanding, by virtue of specific regulations is authorized to issue decisions by its Chairman and branch directors.

In view of the above examples, it should be concluded that the division of law into public law and private law on the basis of subjective criteria is not appropriate.

Michał Mariański

Katedra Prawa Finansowego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Question of justice on the financial market regulations. Chosen legal aspects

Introduction

The new organization of financial market represent a very important issue for the functioning of today's capital markets. With the development of this market, it was necessary to find legal forms to ensure safe and quick concluding of financial instruments transactions that are considered as real or virtual document representing a legal agreement involving some sort of monetary value. That is why it is important to analyze the development the principle of justice on the financial market law regulations, from the perspective of minimizing the risks associated with transactions on some financial instruments. The financial markets are particularly prone to legal risk because the actors on this market are constantly trying to accommodate financial and technological innovations. Supposing that the law is unable to take these developments into consideration, the legal uncertainty can increase to the point where counter-parties become unwilling to carry out transactions or delay in obtaining the necessary assurances to limit their risk¹.

In the authors opinion the principle of justice on the financial market may be introduced or preserved by two independent but potentially compatible actions/initiatives.

First action is to create a common and international at least frame definition of financial instrument, because now even in EU continental system we have several different concepts of the object of trade on the modern market. Moreover, if we compare the European continental definitions to the common law concepts we could say that a lot of definitions of financial

¹ R. McCormick, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford 2006, p. 96.

instruments on national level are not compatible one to another². In the first part of the article the author is going to analyze the Unidroit convention on substantive rules for intermediated securities, that is the first international initiative related to the problem of the lack of financial instrument definition on international level.

Second action, that can be realized independently to the initiative described above, is the introduction of the common rules that determine the law applicable to the financial instrument transactions related to more than one legal system. In the authors opinion this action can be realized even as a first step of the harmonization of the law of financial market. Regarding the fact that the initiative related to harmonization the material financial market law can be very difficult it may be better to unify the rules determining the law applicable to these transactions in order to ensure some general principles on this field. One of the main principles that can be assured by such an unification is the principle of justice and security related to the transnational financial transitions.

Harmonization of the material law

The idea of unification of the financial instrument definition has a very long history. But due to several different national concepts it was very difficult to create a common model of the object of trade on financial market. One of the rare initiatives in this matter that was successfully finished is the Unidroit convention on substantive rules for intermediated securities from 9.10.2009. During the preparatory work for the Convention we can observe the evolution of the definitions contained in the most important Art. 1 of this Act. In the official commentary to the above mentioned Convention we can read that the scope and operation of the Convention was based from the beginning substantially on its principal defined terms, such as securities, intermediated securities, securities account, intermediary, account holder and relevant intermediary³. During the process of negotiations only some stylistic changes to this definitions were made.

One of this changes is the fact that the term “securities held with an intermediary” was replaced by the term of “intermediated securities”. But what is important to say is that the text of the definition of this concept remained the same. However the authors of the convention, just before its si-

² For more detailed description of the European concepts of financial instruments: M. Lemonnier, *Europejskie modele instrumentów finansowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, p. 38 and next.

³ H. Kanda, Ch. Mooney, L. Thevenoz, S. Beraud, T. Keijser, *Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities*, Oxford 2012, p. 13.

gnature, decided to change the definition of intermediated securities in order to make it clear that intermediated securities may include both the underlying securities as well as rights and interests in securities, in each case credited to a securities account⁴.

Other important definitions from the financial market point of view, like “control agreement”, “designating entry”, “acquisition by control agreement” were also included from the beginning the draft version of the Convention. After some small modifications during several sessions of the diplomatic conference the final definition of control agreement states that it is considered an agreement in relation to intermediated securities intermediary or between an account holder and another person of which the relevant intermediary receives notice, which includes either or both of the two described provisions⁵.

In the authors opinion it is important to mention that the Unidroit Convention introduced the definition of the term “non-Convention law” as the law in force in the Contracting State referred to in Art. 2, other than the provisions of this Convention. Also the term “securities settlement [or clearing] system” was divided into two separate notions: securities settlement system⁶ and securities clearing system⁷.

The most important point of the Convention referring to the definition of “securities” is very broad and includes any financial assets which are capable of being held in the intermediated holding system and governed by the Convention⁸. It is important to underline that, according to Art. 1 a) the definition of securities does not cover cash or certain categories of financial

⁴ Ibidem, p. 14.

⁵ First provision is saying that the relevant intermediary is not permitted to comply with any instructions given by the account holder in relation to the intermediated securities to which the agreement relates without the consent of that other person. Second provision is that the relevant intermediary is obliged to comply with any instructions given by that other person in relation to the intermediated securities to which the agreement relates in such circumstances and as to such matters as may be provided by the agreement, without any further consent of the account holder.

⁶ Referring to Art. 1 n) of the Convention securities settlement system means a system that: settles, or clears and settles, securities transactions; is operated by a central bank or central banks or is subject to regulation, supervision or oversight by a governmental or public authority in relation to its rules; and has been identified as a securities settlement system in a declaration made by the Contracting State the law of which governs the system on the ground of the reduction of risk to the stability of the financial system.

⁷ According to Art. 1 o), securities clearing system means a system that: clears, but does not settle, securities transactions through a central counterparty or otherwise; is operated by a central bank or central banks or is subject to regulation, supervision or oversight by a governmental or public authority in relation to its rules; and finally has been identified as a securities clearing system in a declaration made by the Contracting State the law of which governs the system on the ground of the reduction of risk to the stability of the financial system.

⁸ M. Glicz, *Międzynarodowy obrót instrumentami finansowymi*, [in:] *System Prawa Handlowego*: M. Stec (ed.), *Prawo instrumentów finansowych*, Warszawa 2016, p. 1578.

assets, including some categories of derivatives, which do not meet the two functional criteria described below. To be qualified as “securities”, two functional conditions should be respected⁹.

First condition, described in Art. 1 c), is related to the fact that they must be capable of being credited to securities accounts and maintained by an intermediary according to Art. 1 d). Second condition is that they must be capable of being acquired and disposed of in accordance with the provisions of the Convention, described in Arts. 11 and 12.

Securities is a very large term that may cover bonds and other debt instruments traded in the capital markets; shares and other equity instruments, other transferrable units¹⁰. Another problem is related to a group described as “derivatives”, that are the contracts coming from the common law system that are very difficult to define in the EU continental system¹¹. Derivatives, as options contracts, are bilateral agreements imposing some obligations on both parties, where their value depends on the value of the other financial instrument. This above mentioned contractual constructions are also covered by the definition of securities mentioned in the Art. 1 of the Convention.

The convention, that is taking into account the dematerialization and digitalization of the financial markets, we can also find a concept of “intermediated securities”. According to Art. 1 b), intermediated securities are considered as securities credited to a securities account or rights or interests in securities resulting from the credit of securities to a securities account. This definition is completed by Art. 1 f) where we can find the description of “securities held with an intermediary” as the rights of an account holder resulting from a credit of securities to a securities account. However by intermediary we can consider a person (including a central securities depository) who in the course of a business or other regular activity maintains securities accounts for others or both for others and for its own account and is acting in that capacity. That is why the definition of intermediated securities excludes securities held directly and physically by a natural or legal person as well as traditional securities like bill of exchange of checks.

Furthermore, it is important to underline that the definitions used in the Unidroit convention have a visible functional approach¹². This is related

⁹ H. Kanda, op. cit., p. 15.

¹⁰ For example the Polish act that regulates the trade of financial instruments from 2005 (Journal of Laws from 2005, No. 183, pos. 1538) divides the financial instruments on to: securities and other financial instruments that are not securities.

¹¹ For more details see M. Mariański, *Ryzyka związane z zawarciem umowy opcji walutowej z bankiem oraz możliwości jego ograniczenia*, [in:] P. Chlebowicz (ed.), *Zagrożenia w sektorze bankowym – analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania*, Olsztyn 2013, p. 188.

¹² J.J. Szczerbowski, *Ekonomiczna analiza prawa a metodologia prawa porównawczego. Wybrane zagadnienia*, [in:] G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj (eds.), *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, Olsztyn – Bari 2008, p. 193 and next.

to the fact that in some systems, the credit of securities to a securities account confers on an account holder direct ownership rights to those titles and in other systems not. The general and functional character of all definitions is giving a possibility to use the Convention rules independently of some specific national particularities and incompatibilities related to the regulation of financial markets.

Intermediated securities exist simply when they are brought by any means into the intermediated holding system and are credited to a securities account. This kind of functional approach, strongly connected with common law system, may be applied both by the countries like Germany where we have the non-contractual concept of securities and by the countries like France where the contractual concept of securities was developed¹³. In the same spirit we can say that securities no longer exist when they are withdrawn from the intermediated system.

The Convention, in order to extend its scope of application, is not using, contrary to most of EU regulation, any list of even exemplary securities¹⁴. Instead of the list we can find a general definition and some crucial characteristics like for example “transferable” or “capable of being credited”. According to the official commentary this allows that the evolution of market practice and the creation of new types of securities will enter into the scope of application of the Unidroit Convention¹⁵.

Unification of the conflict of law rules

The importance of the conflict of laws rules, as an important factor to ensure justice and security on the financial market was underlined during The Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law in May 2000 in Hague. This commission recommended, among other things, to start the work related to the question of the law applicable to securities. It was stressed during the discussions that work on this subject not only could be, but should be, expedited in view of the immediate practical need for legal certainty¹⁶. The above mentioned Commission was sure that the question of the law applicable for securities transactions was very important issue and needed to be addressed

¹³ M. Mariański, *Wpływ prawa międzynarodowego na ewolucję koncepcji instrumentu finansowego w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Wyd. UWM, Olsztyn 2014, p. 116 and next.

¹⁴ M. Lemonnier, op. cit., p. 60.

¹⁵ H. Kanda, op. cit., p. 16.

¹⁶ Ch. Bernasconi, *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held through Indirect Holding System*, Hague 2001, p. 1-2.

as quickly as possible. In this spirit the Secretary General of the Hague Conference founded a Group of Experts in order to prepare the principles governing the transactions on the financial market connected with more than one legal system¹⁷.

The unification of conflict of law rules, was needed to ensure justice and stability in this field, because in the past securities were held, traded and settled in a “direct holding system”. This system, was characterized by direct relationship between the owners of securities and the issuers as well as by physical possession material securities certificates. In this old system, that was not taking into account the phenomenon of the dematerialization and digitalization of economic life, the securities and other financial instruments were traded generally by a physical delivery. This situation was not compatible with the principles of security and rapidity of financial transactions. The paper documents, representing financial instruments were not only time-consuming and expensive but also risky¹⁸. But for the actors of a global economy the most important thing was the costs of protecting against such risks¹⁹. The financial instruments in a traditional material/documental form had to be delivered across a very long distances and constituted a source of an additional and not needed costs²⁰.

The importance of the risks described above led to the evolution of direct holding system governed by material securities. The new organization of financial market in order to minimize the costs and accelerate the speed of transactions had to terminate with a direct relationship between the investor and the issuer. It was both in the investor’s and in the issuer’s interest to hold the financial instruments in some independent securitized system. This system could ensure the principle of common justice and security of the transactions concluded on the financial market. In another words, introducing an independent place where the certificates or other documents representing the financial instruments may be registered would not only eliminate the risk of counterfeiting or stealing this titles but also would decrease the costs related to transnational transactions. That is why today’s financial market is no longer characterized by direct holding system but by *indirect holding system*. Of course in this indirect holding system the crucial role is

¹⁷ M. Glicz, *Ustalenie prawa właściwego dla stosunków międzynarodowego obrotu papierami wartościowymi*, [in:] *System prawa handlowego*: M. Stec (ed.), *Prawo instrumentów finansowych*, Warszawa 2016, p. 1610.

¹⁸ The protection of simple paper documents become in the XIX century very difficult due to the fact that they may be lost, mislaid, counterfeited or stolen.

¹⁹ S. L. Schwarcz, *Intermediary Risk in a Global Economy*, “Duke Law Journal”, April 2001, No. 50, p. 1541.

²⁰ Also during the time of delivery this papers were excluded from the further trade (lack of liquidity of the trade).

being given to the institution of intermediary and to the system that is registering the documents representing financial instruments²¹. In consequence such a system offers a digitalized registration and transfer of financial instruments instead of classical delivery of paper documents like in the ancient direct holding system²².

The transition from material direct holding system into dematerialized indirect holding system had a big consequences in the field of determining the law applicable to the securities transactions. In the report related to Hague Securities Convention it is underlined that in most of the jurisdictions, neither the substantive laws governing securities transactions nor the rules determining the law applicable for this transactions were changed and very often were not taking into account a new market reality²³. As an example, the Polish international private law act from 1965²⁴, was not referring to the financial instruments or securities at all. This situation was updated with a new international private law act from 2011²⁵ where at least in Art. 31 the Polish legislator has given the reference to securities and in Art. 44 to the financial instruments²⁶. But, in the authors opinion, the Polish legal system, like the systems of several other countries, is not still completely prepared to cope with the indirect holding system and is being adapted rather to the time when securities were physically delivered and directly held by investors²⁷. This opinion is referring to the traditional conflict of laws rule related to the enforceability of a transfer of property or a pledge of securities that is called *lex rei sitae*. This Latin rule that may be translated as the law where the property is situated, in the field of financial instruments is referring to the place where the security is located. In a traditional material system this was the place or country where the recipient was taking possession of the securities certificate. But in the new indirect demate-

²¹ In this system the number of intermediaries between the investor and the issuer may be different (more than one) and the financial instruments may be registered by book entries at several different interconnected levels.

²² About the difference between direct and indirect holding system L. Sobolewski, *Międzynarodowe transfery papierów wartościowych*, [in:] A. Szumański (ed.), *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006, p. 1097.

²³ Ch. Bernasconi, *The Law Applicable...*, p. 3 and 27; idem, *Une Convention de la Haye, une chance pour l'Europe*, AGEFI 2004, p. 1.

²⁴ Journal of Laws from 1965, No. 46, pos. 290 as amended.

²⁵ Law from 4 of February 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Journal of Laws 2011, No. 80, pos. 432).

²⁶ About this new international private law act see M. Pazdan, *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*, "Państwo i Prawo" 2011, No. 6, p. 18 and next.

²⁷ M. Marianański, *Pojęcie instrumentu finansowego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Analiza aktualnego stanu prawnego oraz wnioski na przyszłość*, [in:] J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (eds.), *Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2015, p. 39.

rialized holding system the place should be considered as place where the securities records of the issuer or its official record holder are located at the time of transfer.

The Hague Securities Convention concluded on 5th of July 2006 has given the new rules to determine the law applicable to intermediated securities in order to ensure justice and security of financial instruments transactions. In Art. 2 it is stated that this Convention determines the law applicable to the following issues in respect of securities held with an intermediary : *a)* the legal nature and effects against the intermediary and third parties of the rights resulting from a credit of securities to a securities account; *b)* the legal nature and effects against the intermediary and third parties of a disposition of securities held with an intermediary; *c)* the requirements, if any, for perfection of a disposition of securities held with an intermediary; *d)* whether a person's interest in securities held with an intermediary extinguishes or has priority over another person's interest; *e)* the duties, if any, of an intermediary to a person other than the account holder who asserts in competition with the account holder or another person an interest in securities held with that intermediary; *f)* the requirements, if any, for the realization of an interest in securities held with an intermediary; *g)* whether a disposition of securities held with an intermediary extends to entitlements to dividends, income, or other distributions, or to redemption, sale or other proceeds.

It is also specified that the scope of application of the Convention is not referring to the rights and duties arising from the credit of securities to a securities account to the extent that such rights or duties are purely contractual or otherwise purely personal. The Convention, in order to minimize some national differences, is also not regulating the contractual or other personal rights and duties of parties and the rights and duties of an issuer of securities or of an issuer's registrar or transfer agent, whether in relation to the holder of the securities or any other person.

The primary rule proposed by the Art. 4 of the Convention that may help to achieve justice and security on the financial market is that the law applicable is the law in force in the State expressly agreed in the account agreement as the State whose law governs the account agreement or, if the account agreement expressly provides that another law is applicable to all such issues, that other law. However, it is important to underline that this rule contains some important limitations because is applying only if the relevant intermediary has, at the time of the agreement, an office in that State *and* effects or monitors entries to securities accounts; administers payments or corporate actions; or is otherwise engaged in a business or other regular activity of maintaining securities accounts. Also this intermediary must be identified

by an account number, bank code, or other specific means of identification as maintaining securities accounts in the given State²⁸.

A very important regulation results from Art. 5 of the convention describing so called “fallback rules”. Referring to this article if the applicable law is not determined under Art. 4, but it is expressly and unambiguously stated in a written account agreement the law applicable should be considered as the law in force in the State in which that office was then located. But in the following case, none of the below mentioned provisions shall be taken into account. First, that notices or other documents shall or may be served on the relevant intermediary at that office. Second, that legal proceedings shall or may be instituted against the relevant intermediary in a given country. Third, that any statement or other document shall or may be provided by the relevant intermediary from that office. And finally the last excluded provisions giving that that any service shall or may be provided by the relevant intermediary from that office and any operation or function shall or may be carried on or performed by the relevant intermediary at that office.

But, if the applicable law cannot be determined under paragraph (1), that law is the law in force in the State, under whose law the relevant intermediary is incorporated or otherwise organized at the time the written account agreement is entered into²⁹.

The Convention in order to propose a complete regulation is also precisising that if the applicable law could not be determined under the above mentioned rules, the law applicable should be the law in force in the State in which the relevant intermediary has its simple place of business³⁰.

²⁸ The Convention also precises that an office is not engaged in a business or other regular activity of maintaining securities accounts if : *a*) it is a place where the technology supporting the bookkeeping or data processing for securities accounts is located; *b*) it is a place where call centers for communication with account holders are located or operated; *c*) it is a place where the mailing relating to securities accounts is organized or files or are located; or *d*) if it engages solely in representational functions or administrative functions, other than those related to the opening or maintenance of securities accounts, and does not have authority to make any binding decision to enter into any account agreement.

²⁹ However if such an agreement, does not exist at the time the securities account was opened but if, the relevant intermediary is incorporated or otherwise organized under the law of a Multi-unit State and not that of one of its territorial units, the applicable law is the law in force in the territorial unit of that Multi-unit State in which the relevant intermediary has its place of business.

³⁰ But if this intermediary has at least two places of business, its principal place of business is taken into account. This place is also determined at the time when the written account agreement was signed or at the time the securities account was opened.

Conclusion

Recent financial crises that affected both developed countries and those that are in the way of development showed the need to ensure the legal frames of the functioning of financial markets. To ensure the safety and Justice on this market in the first place we should develop international and national initiatives related to convergence and harmonization of the instruments traded on this market. The author tried to show that international regulations regarding financial instruments are very rare as there are different interpretations and conceptions in EU Member States. In this fact, the different theory of a financial instrument, often having deep historical roots, significantly determines both the degree of reception supranational regulation and the way of their transposition. In EU we have both legal systems, which quickly to adapt to international standards, as well as those that effectively these standards are based. An example of the first system is the conventional concept of a financial instrument that was developed mainly in France, while the German is an example of the Wertpapierrecht non-contractual concept.

Due to this duality and variety of the financial instruments concepts it may be difficult to adapt the UNIDROIT Convention harmonizing the material financial market law. But, in the authors opinion, it may be easier to adapt the Hague securities Convention described in second part of this work. This opinion results from the assumption that the harmonization of international private law rules – giving the rules of determining the law applicable to financial instruments obligations connected with more than one legal system – may be an independent way of ensuring justice on financial market. Eventually it may be the first step of the unification in this field.

In conclusion, due to the fact that the law of financial market is a very specific branch of law where we can find both the public and private law regulations, it would be very difficult to regulate this market in order to achieve the principle of justice in this field. That is why it is important to analyze the possibility to adapt some international initiatives, described in this work, referring to the financial market – considered as a place where in fact law meets economics.

Bibliography

- Bernasconi Ch., *The Law Applicable to Dispositions of Securities Held through Indirect Holding System*, Hague 2001.
- Bernasconi Ch., *Une Convention de la Haye, une chance pour l'Europe*, AGEFI 2004.
- Glicz M., *Międzynarodowy obrót instrumentami finansowymi*, [w:] *System Prawa Handlowego*: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych*, Warszawa 2016.

- Glicz M., *Ustalanie prawa właściwego dla stosunków międzynarodowego obrotu papierami wartościowymi*, [w:] *System Prawa Handlowego*: M. Stec (red.), *Prawo instrumentów finansowych*, Warszawa 2016.
- Kanda H., Mooney Ch., Thevenoz L., Beraud S., Keijser T., *Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities*, Oxford 2012.
- Lemonnier M., *Europejskie modele instrumentów finansowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011.
- Mariański M., *Rzyzka związane z zawarciem umowy opcji walutowej z bankiem oraz możliwości jego ograniczenia*, [w:] P. Chlebowicz (red.), *Zagrożenia w sektorze bankowym – analiza kryminalna zjawisk oraz możliwości przeciwdziałania*, Olsztyn 2013.
- Mariański M., *Wpływ prawa międzynarodowego na ewolucję koncepcji instrumentu finansowego w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Wyd. UWM, Olsztyn 2014.
- Mariański M., *Pojęcie instrumentu finansowego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Analiza aktualnego stanu prawnego oraz wnioski na przyszłość*, [w:] J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński (red.), *Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, Warszawa 2015.
- McCormick R., *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford 2006.
- Pazdan M., *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 6.
- Schwarz S. L., *Intermediary Risk in a Global Economy*, „Duke Law Journal”, April 2001, No. 50.
- Sobolewski L., *Międzynarodowe transfery papierów wartościowych*, [w:] A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006.
- Szczerbowski J.J., *Ekonomiczna analiza prawa a metodologia prawa porównawczego. Wybrane zagadnienia*, [w:] G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj (red.), *Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, Olsztyn – Bari 2008.

Streszczenie

Kwestia sprawiedliwości w regulacjach odnoszących się do rynków finansowych. Wybrane zagadnienia prawne

Słowa kluczowe: rynek finansowy, instrument finansowy, prawo właściwe, prawa pochodne, harmonizacja.

Problematyka zapewnienia sprawiedliwości i bezpieczeństwa funkcjonowania rynków finansowych jest niezmiernie istotna. Z uwagi na wielość koncepcji instrumentu finansowego oraz tak prywatno- jak i publicznoprawny charakter prawo rynków finansowych stanowi dla ustawodawcy bardzo trudną do uregulowania materię. Sprawiedliwość oraz bezpieczeństwo transakcji może zapewnić bądź unifikacja prawa materialnego w tym zakresie,

bądź unifikacja reguł określających prawo właściwe dla transakcji związanych z więcej niż jednym państwem. Dlatego też przedmiotem swoich rozważań autor uczynił międzynarodowe regulacje, które mogą stanowić asumpt do refleksji nad stanem prawa rynków finansowych zarówno na poziomie krajowym, jak i europejskim.

Marta Roma Tużnik

Wydział Nauk Społecznych i Administracji
Wyższa Szkoła Menedżerska w Warszawie

Interes publiczny czy interes prywatny w zasadzie *in dubio pro tributario*?

1. Zasada *in dubio pro tributario* stanowi, że wszelkie niedające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika. Zasada ta stała się przedmiotem żywego zainteresowania opinii publicznej za sprawą referendum ogólnokrajowego, które zostało przeprowadzone 6 września 2015 r., a jedno z pytań dotyczyło wprowadzenia zasady ogólnej rozstrzygania wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika. W opracowaniach naukowych, artykułach prasowych oraz w doniesieniach medialnych wskazuje się, że dzięki tej zasadzie interes podatnika będzie chroniony. Podatnik nie będzie więc stał jak dotąd na przegranej pozycji w starciu z fiskusem. Celem artykułu jest przedstawienie wątpliwości powstałych w związku z wprowadzeniem tej klauzuli do porządku prawnego. Czy zasada *in dubio pro tributario* coś zmieni? Czy interes publiczny (fiskusa) będzie traktowany na równi z interesem prywatnym (podatnika) oraz czy zasada ta będzie faktycznie stosowana?

2. Pojęcie interesu publicznego oraz prywatnego było i jest przedmiotem badań naukowych przedstawicieli doktryny oraz judykatury. Opracowania naukowe zwykle dotyczą interesu publicznego¹. Natomiast pojęcie interesu prywatnego jest przedstawiane na zasadzie wzajemnych relacji z tym pierwszym. Interes publiczny należy do tzw. klauzul generalnych, wyrażonych w Konstytucji RP² (art. 17 ust. 1, 22, 63, 213 ust. 1) oraz wielu innych aktach normatywnych.

¹ Zob. A. Żurawik, „Interes publiczny”, „Interes społeczny” i „Interes społecznie uzasadniony”. Próba dookreślenia pojęć, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 2, s. 60 i n.; idem, *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013, s. 127 i n.; także: J. Nawrot, *Interes publiczny*, [w:] A. Powałowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009, s. 67–68; A. Wilczyńska, *Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 6, s. 48–55.

² Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Jak podkreśla Aleksandra Wilczyńska, nie jest możliwe skonstruowanie definicji bądź wyczerpujące skatalogowanie interesu publicznego. Treść pojęcia jest zależna przede wszystkim od konkretnego kontekstu normatywnego, w jakim zostało ono użyte, celu regulacji oraz innych warunków prawnych i pozaprawnych. Wypracowanie jednolitego znaczenia interesu publicznego nie byłoby zresztą pożądane z punktu widzenia tego, jaką rolę pełnią w prawie klauzule generalne. Gdyby zwrot niedookreślony uzyskał konkretną treść, utraciłby swą elastyczność, a to w konsekwencji doprowadziłoby do utraty przez powołane organy możliwości podejmowania decyzji ze szczególnym uwzględnieniem warunków indywidualnych. Ustalanie interesu publicznego pozostaje w związku z całokształtem okoliczności towarzyszących danemu konkretnemu stanowi faktycznemu każdej indywidualnie ocenianej sprawy i nie nadaje się do uniwersalnego unormowania prawnego³.

Próby definiowania pojęcia „interes publiczny” były jednak podejmowane. Według Artura Żurawika, można wyróżnić trzy ujęcia relacji pomiędzy interesem publicznym a interesem jednostki. W pierwszym modelu (tzw. teoria nadrzędności interesu publicznego) interes publiczny jest nadrzędny w stosunku do interesu jednostki. Drugi model (tzw. teoria wspólnego interesu) odwołuje się również do interesów jednostek, ale zakłada sumowanie wszystkich interesów indywidualnych przy jednoczesnym uwzględnieniu interesów mniejszości, podczas gdy tzw. teoria nadrzędności dopuszcza możliwość eliminacji interesów mniejszości w procesie definiowania dobra wspólnego. Ostatni zaś ze wspomnianych modeli, czyli teoria jedności (*unitary conception*), zakłada, że pojęcie interesu publicznego opiera się na rywalizacji konkurencyjnych roszczeń, bazujących jednak na pewnych wspólnych wartościach uznawanych w społeczeństwie i stanowiących podstawę rozstrzygnięć władzy publicznej⁴. Zdecydowana większość poglądów wyrażanych w doktrynie⁵ oraz judykaturze⁶ opowiada się za ideą ważenia interesów: publicznego oraz prywatnego.

W opinii A. Wilczyńskiej ważenie interesów (zasada proporcjonalności) jest przede wszystkim zadaniem ustawodawcy. Ten ostatni jest w szczególności legitymowany do uwzględniania zróżnicowanych i społecznie doniosłych interesów, które często dotyczą bezpośrednio praw i wolności jednost-

³ A. Wilczyńska, op. cit., s. 48–55.

⁴ A. Żurawik, „*Interes publiczny*”, „*Interes społeczny*”..., s. 60 i n.; idem, *Interes publiczny w prawie...*, s. 127 i n.; także: J. Nawrot, op. cit., s. 67–68.

⁵ L. Leszczyński, *Kategoria interesu w stosowaniu prawa administracyjnego. Przykład art. 7 KPA*, [w:] A. Korybski, M. W. Kostycki, L. Leszczyński (red.), *Pojęcie interesu w naukach prawnych, prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy*, Lublin 2006, s. 81; M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986; A. Wilczyńska, op. cit., s. 49 i n.; A. Żurawik, „*Interes publiczny*”, „*Interes społeczny*”..., s. 60.

⁶ Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 30; wyrok SN z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/93.

ki, a tym samym ograniczają możliwości realizacji przysługujących jej praw zasadniczych⁷.

3. Kluczowa dla niniejszych rozważań pozostaje kwestia miejsca prawa podatkowego w systemie prawa. Konieczność powyższego ustalenia ma taki związek z przedmiotowym zagadnieniem, że zasada *in dubio pro tributario* jest jedną z zasad prawa podatkowego. Wobec tego poniższe wywody będą potrzebne do zbadania, czy ustawodawca, wyodrębniając prawo podatkowe jako jedną z gałęzi prawa, postępował zgodnie z ideą ważenia interesów publicznego i prywatnego.

Nie ulega wątpliwości, że prawo podatkowe w klasycznym podziale na prawo publiczne, w którym dominuje interes państwa, oraz prawo prywatne, gdzie przeważa interes poszczególnych jednostek, należy do prawa publicznego⁸. Należy zaznaczyć, że samo uzyskanie przez prawo podatkowe statusu samodzielnej gałęzi prawa nastąpiło stosunkowo niedawno. W okresie PRL stanowiło fragment jednego z podstawowych działów prawa finansowego – prawa budżetowego, a dokładniej tzw. budżetowego prawa dochodowego. Pozycję samodzielną miało natomiast prawo finansowe, które wyodrębniło się z prawa administracyjnego, pozostając z tym prawem w ścisłym związku.

Kryteriami przesądzającymi o tym, że obecnie prawo podatkowe stanowi samodzielną gałąź prawa, są przede wszystkim przedmiot oraz metoda regulacji stosunków społecznych⁹. Przedmiotem regulacji prawa podatkowego są stosunki społeczne należące do zjawisk ekonomicznych, polegające na podziale środków pieniężnych pomiędzy państwem a podmiotami na rynku. Ich cechą charakterystyczną jest przymusowość i nieodpłatność, czyli prawo żądania przez państwo od innego podmiotu świadczenia pieniężnego bez jakiegokolwiek świadczenia z jego strony. Treścią tych stosunków prawnych jest obowiązek podatkowy, tj. nieskonkretyzowana powinność poniesienia przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w ustawie. Na jego mocy organ skarbowy ma prawo dokonać wymiaru podatku, a podatnik musi mu się podporządkować. Normy prawa podatkowego regulują więc stosunki społeczne między państwem a jednostką związane z nieekwiwalentnym przesuwaniem środków pieniężnych pomiędzy tymi podmiotami¹⁰.

⁷ A. Wilczyńska, op. cit., s. 49 i n.

⁸ Tak też: R. Wolański, *System podatkowy w Polsce*, Warszawa 2009, s. 58; M. Goettel, A. Goettel, [w:] M. Goettel, M. Lemmonier (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011, s. 17; A. Mariański, *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011, s. 20; R. Mastalski, *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008, s. 17.

⁹ M. Goettel, A. Goettel, [w:] *Instytucje prawa cywilnego...*, s. 16.

¹⁰ R. Wolański, op. cit., s. 59–60; M. Goettel, A. Goettel, [w:] *Instytucje prawa cywilnego...*, s. 19.

Kolejną cechą wyróżniającą prawo podatkowe jest wyłączenie stosowania administracyjnoprawnej metody regulacji. Zastosowanie tej metody wynika z władztwa, podporządkowania i nierównorzędności stosunków w prawie podatkowym. Stosunki te wynikają bezpośrednio z mocy prawa, są kształtowane przez prawodawcę i nie mają na niego wpływu podmioty prawa podatkowego¹¹. Konstatacja jest więc taka, że podmiotem uprawnionym jest związek publicznoprawny, zaś obowiązek zawsze ciąży na podatniku. Realizacja zaś tego obowiązku jest zagwarantowana bezpośrednim przymusem państwowym. Biorąc powyższe pod uwagę, można postawić tezę, że podatkowy stosunek zobowiązaniowy jest kształtowany przez ustawodawcę, a autonomia woli stron tego stosunku i możliwość wpływu na jego kształt w istocie nie wchodzi w rachubę¹².

4. Zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika została wprowadzona do przepisów Ordynacji podatkowej¹³ z dniem 1 stycznia 2016 r., o czym szerzej będzie mowa dalej. Warto zatem przeanalizować przepisy tej ustawy pod kątem częstotliwości posługiwania się przez ustawodawcę terminami związanymi z interesem publicznym oraz interesem prywatnym.

Analiza przepisów Ordynacji podatkowej doprowadziła do ustalenia, że ustawodawca operuje kilkoma pojęciami, m.in. „interes publiczny”, „ważny interes podatnika” oraz „ważny interes strony”. Warto zaznaczyć, że zgodnie z art. 133 § 1 O.p. stroną w postępowaniu podatkowym jest także podatnik, czyli należy uznać, że „ważny interes strony” obejmuje również swoim zakresem treściowym „ważny interes podatnika”.

Termin „interes publiczny” został użyty w przepisach Ordynacji podatkowej (art. 20, art. 22 § 1, art. 48 § 1, art. 67a § 1, art. 133a § 1, art. 169 § 3 pkt 1, art. 179 § 1, art. 208 § 2, art. 234, art. 240 § 2, art. 253 § 1, art. 253a § 1, art. 270 § 1, art. 299b § 2) aż czternaście razy, „ważny interes podatnika” sześć razy (art. 22 § 1, art. 48 § 1, art. 67a § 1, art. 77a, art. 253 § 1), zaś „ważny interes strony” tylko trzy razy (art. 20, art. 169 § 3 pkt 1, art. 253a § 1).

Trzeba też podkreślić, że przepisy Ordynacji podatkowej nie definiują pojęć ważnego interesu podatnika lub interesu publicznego ani też nie odsyłają do innych aktów prawnych. „Ważny interes podatnika” oraz „interes publiczny” są pojęciami niedookreślonymi, czyli nie mają stałej treści, lecz zyskują znaczenie w zależności od kontekstu sprawy. Dlatego też ich treść powinna być oceniana z uwzględnieniem konkretnych okoliczności występujących w danej sprawie. Na ten temat istnieje bogate orzecznictwo sądu ad-

¹¹ R. Wolański, op. cit., s. 60.

¹² Zob. M. Goettel, A. Goettel, [w:] *Instytucje prawa cywilnego...*, s. 24–25.

¹³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 201) – dalej O.p.

ministracyjnego, które wskazuje, jakie okoliczności powinny być brane pod uwagę przy ocenie przesłanek udzielania ulg w spłacie zobowiązań podatkowych – ważnego interesu podatnika lub interesu publicznego. Art. 67a § 1 O.p. stanowi: „Organ podatkowy, na wniosek podatnika, z zastrzeżeniem art. 67b, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym, może: 1) odroczyć termin płatności podatku lub rozłożyć zapłatę podatku na raty; 2) odroczyć lub rozłożyć na raty zapłatę zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę lub odsetki od nieuregulowanych w terminie zaliczek na podatek; 3) umorzyć w całości lub w części zaległości podatkowe, odsetki za zwłokę lub opłatę prolongacyjną”.

Dookreślenia pojęć interesu publicznego oraz ważnego interesu podatnika podjął się Naczelny Sąd Administracyjny, który stwierdził, że „użyte w art. 67a § 1 pkt 3 Ordynacji podatkowej zwroty: »ważny interes podatnika« i »interes publiczny« nie mają stałego zakresu treści. Są to więc swoiste klauzule generalne, odsyłające do ocen pozaprawnych. To wszystko sprawia, że w identyfikowaniu powyższych pojęć szczególnego znaczenia nabiera orzecznictwo sądów administracyjnych. W orzecznictwie tym, jak również w piśmiennictwie przyjmuje się, że przez ważny interes podatnika należy rozumieć nadzwyczajne względy, które mogłyby zachwiać podstawami egzystencji podatnika”¹⁴. W tym samym wyroku NSA słusznie zauważył, że „pojęcia ważnego interesu podatnika oraz interesu publicznego stanowią warunki skorzystania przez organ podatkowy z uznania”. W innym wyroku podkreślił, iż organ podatkowy dysponuje pewnym marginesem swobody zarówno w odniesieniu do wykładni tych pojęć, jak i oceny sytuacji faktycznej sprawy¹⁵.

Wspomnianej swobody nie można jednak utożsamiać z uznaniem administracyjnym. Weryfikacja istnienia przesłanek udzielenia ulgi, o jakiej mowa w art. 67a § 1 pkt 3 O.p., poddana jest bowiem rygorom postępowania podatkowego. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciami niedookreślonymi wymaga od organu wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności faktycznych po to, aby na tej podstawie stwierdzić, czy dana sytuacja faktyczna mieści się w zakresie przesłanki ważnego interesu podatnika, tudzież interesu publicznego, czy też nie. Natomiast z samym uznaniem będziemy mieli do czynienia dopiero wówczas, gdy organ podatkowy stwierdzi istnienie jednej z tych przesłanek lub obu łącznie. Jeżeli jednak nie stwierdzi wystąpienia sytuacji odpowiadających użytym pojęciom ważnego interesu podatnika tudzież interesu publicznego, wówczas w ogóle nie będzie wchodziło w grę zastosowanie przez ten organ uznania administracyjnego. Oznacza to, że w takim

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2011 r., sygn. akt II FSK 425/10. Por. wyrok NSA z dnia 19 sierpnia 2010 r., sygn. akt II FSK 619/09, CBOSA; wyrok WSA z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt I SA/Łd 148/11; B. Dauter, [w:] S. Babiarsz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 382.

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. akt II FSK 689/09, CBOSA.

przypadku organ nie będzie dysponował wyborem, tylko decyzja będzie miała charakter związany¹⁶.

Reasumując, należy stwierdzić, że ocena, czy w danej sprawie zachodzą okoliczności, które mogą być uznane za stanowiące o ważnym interesie podatnika lub interesie publicznym, należy do organu podatkowego dokonującego rozstrzygnięcia w sprawie¹⁷.

5. Wprowadzenie klauzuli *in dubio pro tributario* do przepisów Ordynacji podatkowej nastąpiło z inicjatywy Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego, który wniósł do Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹⁸. Projekt dotyczył:

1) wprowadzenia zasady ogólnej rozstrzygania wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika;

2) doprecyzowania przesłanek przerywających bądź zawieszających bieg terminu przedawnienia oraz ustanowienia na 3 lata maksymalnego okresu, o jaki może zostać przedłużony termin przedawnienia;

3) okresu możliwości nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji nieostatecznej; wprowadzenia fakultatywności składania uzasadnienia do korekty deklaracji podatkowej i zmiany mechanizmu tzw. korekty kosztów w podatkach dochodowych.

Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹⁹ weszła w życie 1 stycznia 2016 r., wprowadzając do przepisów ogólnych Ordynacji podatkowej art. 2a w brzmieniu: „Niedające się usunąć wątpliwości co do treści przepisów prawa podatkowego rozstrzyga się na korzyść podatnika”.

Prace nad ustawą, jak już wspomniano, miały związek z zapowiadany na wrzesień 2015 r. referendum, które miało doprowadzić m.in. do wprowadzenia klauzuli rozstrzygania wątpliwości prawnych na korzyść podatnika (*in dubio pro tributario*).

6. Uzasadnieniem dla wprowadzenia omawianej klauzuli, co podkreśla się w judykaturze, jest to, że podstawowym fundamentem każdej z zasad państwa prawa winna być Konstytucja jej normy. W przypadku zasady *in dubio pro tributario* „obywatel tylko wyjątkowo i w bardzo ograniczonym za-

¹⁶ Por. M. Jaśkowska, *Glosa do wyroku NSA z 26 września 2002 r., III SA 659/01*, OSP 2003, nr 9, s. 481.

¹⁷ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Finansów – z upoważnienia ministra na interpelację nr 17659 w sprawie podejścia organów skarbowych do próśb o rozłożenie na raty orzeczonych, zaległych należności skarbowych, [online] <www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=5D9AAD54> (dostęp: 31.05.2016).

¹⁸ Projekt ustawy z dnia 9 grudnia 2014r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Druk sejmowy nr 3018.

¹⁹ Dz.U. z 2015 r., poz. 1197.

kresie może mieć wpływ na treść stosunku prawnego. Dlatego należy kłaść nacisk na bezpieczeństwo prawne i ekonomiczne podatnika. Wymaga tego zasada pewności prawa i zaufania obywatela do państwa²⁰. Stąd jedną z pierwszych wymienionych w ustawie zasadniczej norm jest zasada demokratycznego państwa prawnego wyrażona w art. 2 Konstytucji RP i rozwijana w innych aktach prawnych, m.in. powtórzona wprost w art. 120 O.p.

Na gruncie prawa podatkowego podstawowymi normami, które stanowią punkt wyjścia do tworzenia i stosowania dalszych przepisów, są ponadto rozdział II Konstytucji RP („Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”) i art. 217 Konstytucji RP, stanowiący, że „nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy”. Wskazane normy konstytucyjne są podstawą każdego przepisu prawa podatkowego i powinny być w pierwszej kolejności brane pod uwagę przez ustawodawcę, który nie może ich jednak przekraczać²¹.

Uchwalenie ustawy z dnia 5 sierpnia 2016 r., a w raz z nią art. 2a statującego zasadę *in dubio pro tributario* spowodowało, że powstało szereg wątpliwości interpretacyjnych co do jej stosowania w praktyce. W związku z tym Minister Finansów wydał w dniu 29 grudnia 2015 r. interpretację ogólną, w której wyjaśnił, że zasada rozstrzygania na korzyść podatnika dotyczy tylko wątpliwości co do treści przepisów prawa, a nie wątpliwości co do stanu faktycznego. Określenie kręgu adresatów przedmiotowej normy, zdaniem Ministra Finansów, również wymaga doprecyzowania. Słowem kluczem jest w tym wypadku użyte w art. 2a O.p. pojęcie „rozstrzyganie”, gdyż jest ono bezpośrednio związane z działaniem organu, co w konsekwencji oznacza, że to właśnie organ podatkowy rozstrzygający sprawę podatkową jest bezpośrednim adresatem normy wynikającej z art. 2a. Przy czym w zastosowanej przez resort finansów wykładni wyróżnia się także adresata pośredniego i wskazuje się na podatnika, który „może powoływać się na ten przepis i żądać jego zastosowania przez organ podatkowy w sytuacji, gdy – jego zdaniem – w sprawie zaistniały niedające się usunąć wątpliwości interpretacyjne, a organ podatkowy nie zastosował art. 2a Ordynacji podatkowej”²². Poza tym jednoznacznie stwierdzono, że nie ma żadnych uzasadnionych powodów, które uniemożliwiałyby stosowanie tego przepisu także w sprawach innych

²⁰ Uchwała TK z dnia 26 kwietnia 1994 r., sygn. akt W 11/93, OSwSG 1994, nr 9, poz. 155.

²¹ W. Szewc, M. Broniecki, *Jeszcze raz o zasadzie „in dubio pro tributario”*, [w:] P. Borszowski, A. Huchla, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Podatnik versus organ podatkowy*, „Studia Finansowoprawne” 2011, nr 2, s. 189–190.

²² Interpretacja ogólna Ministra Finansów nr PK4.8022.44.2015 z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie stosowania art. 2a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.Urz. MF, poz. 4).

podmiotów obciążanych obowiązkami wynikającymi z przepisów prawa podatkowego – płatników, inkasentów, następców prawnych podatnika czy osób trzecich odpowiedzialnych za cudze zobowiązania podatkowe. Minister Finansów stanął na stanowisku, że sytuacja prawna wyżej wymienionych podmiotów spełnia warunki do tego, aby dopuścić stosowanie art. 2a O.p. w drodze analogii.

Zakresem interpretacji ogólnej Ministra Finansów objęto także tryb oraz sposób postępowania organów przy stosowaniu klauzuli *in dubio pro tributario*. Wątpliwość dotyczyła tego, czy zasada ta będzie miała swoje zastosowanie wyłącznie w przypadku postępowania podatkowego. Stwierdzono, że już z samego umiejscowienia art. 2a w przepisach ogólnych Ordynacji podatkowej będzie wynikało jego szersze zastosowanie. Zwrócono przy tym uwagę, że „rozstrzyganie spraw przez organy podatkowe następuje w drodze aktów władczych, jakimi są decyzje (postanowienia). Analogicznie dotyczy to także interpretacji przepisów prawa podatkowego. Zatem sporne kwestie związane z zastosowaniem art. 2a Ordynacji podatkowej lub wskazaniem braku przesłanek jego zastosowania powinny stanowić przedmiot tych aktów administracyjnych”²³.

Minister Finansów dokonał również interpretacji pojęcia „korzyść podatnika”. Uznał, że jest to optymalne rozwiązanie prawne dla podatnika spośród tych, które zarysowały się w trakcie wykładni przepisu i to on sam powinien je wskazać. Oczywiście nie oznacza to, że w każdym wypadku organ musi się z taką interpretacją przepisu i sposobem jego zastosowania przed podatnika zgodzić. Niemniej kwestionując to, ma obowiązek wykazać, że treść przepisu nie budzi wątpliwości na tle konkretnej sprawy albo udowodnić, że zaistniałe wątpliwości da się usunąć, a wynik prawidłowo przeprowadzonej wykładni przepisu jest inny niż wskazany przez podatnika. Innymi słowy nie wystarczy, aby organ podatkowy w treści uzasadnienia do wydanej decyzji jedynie przytoczył argumentację podatnika. Ma on dokonać jej analizy i jednoznacznie odnieść do tego, z jakich powodów nie zgadza się ze stawiąną przez podatnika tezą o istnieniu niedających się usunąć wątpliwości oraz wyjaśnić, co w rezultacie miałyby oznaczać, że przepis art. 2a O.p. nie będzie miał zastosowania w konkretnej sprawie.

W opinii Ministra Finansów szczególnego zaakcentowania wymaga fakt, że gdy będzie można zastosować więcej niż jedną, równorzędną i korzystną dla podatnika interpretację przepisu, to organ podatkowy powinien wybrać tę korzystniejszą dla podatnika. W przypadku, gdy organ nie będzie w stanie tego ustalić (np. obie interpretacje są korzystne dla podatnika, ale – na innym polu działania prawa podatkowego – wybór jednej spowoduje utratę korzyści płynących z drugiej), powinien uzyskać stanowisko podatnika co do wyboru interpretacji. Trzeba również podkreślić, że przyjęcie korzystnej dla

²³ Ibidem.

podatnika wykładni przepisu w danej sprawie nie oznacza, że organy podatkowe są obligowane tak samo rozumieć korzyść innego podatnika na tle odrębnej sprawy, mimo że przedmiotem stosowania art. 2a O.p. będzie ten sam przepis prawa podatkowego²⁴.

Analizowana zasada spowodowała optymistyczne, ale i pełne sceptycyzmu opinie co do jej funkcjonowania w praktyce. Zdaniem ekspertów²⁵ wprowadzenia klauzuli *in dubio pro tributario* może obawiać się Ministerstwo Finansów, gdyż obecnie zdecydowana większość spraw rozstrzygana jest *in dubio pro fisco* – czyli na korzyść Skarbu Państwa. Przykładów stosowania przepisów prawa podatkowego wyłącznie na korzyść fiskusa można podać wiele. Jednym z nich jest, jak wskazuje Mirosław Siwiński, akcyza od samochodów podwójnego przeznaczenia, czyli osobowo-towarowych (pick-up, van). W unijnej klasyfikacji CN²⁶ mogą być one uznane zarówno za ciężarowe (bez akcyzy), jak i osobowe (z akcyzą). Fiskus niemal zawsze uważa, że są one osobowe.

Analogiczne zasady obowiązują w podatku od towarów i usług (VAT). Organy podatkowe uzależniają możliwość zastosowania niższej stawki VAT od prawidłowej klasyfikacji wyrobów i usług, ale wątpliwości co do tego fiskus rozstrzyga na niekorzyść podatników. Obecnie najczęściej dotyczy to towarów spożywczych. Na inny przykład wątpliwości w VAT zwraca uwagę Bartosz Bogdański. Z art. 43 ust. 13 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług²⁷ wynika, że zwolnione z podatku są usługi pomocnicze, które stanowią odrębną całość, ale są właściwe i niezbędne do wykonania usługi zwolnionej (np. likwidacja szkód ubezpieczeniowych). Organy podatkowe prawie zawsze uważają jednak, że dana usługa nie jest ani niezbędna, ani właściwa do wykonania usługi zwolnionej, bo może być wykonywana również przy okazji innych usług. Szansą na rozstrzygnięcie sporów w tej sprawie będzie dopiero orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE²⁸.

Jak podkreśla Dariusz Adamski, głównym problemem w stosowaniu za-

²⁴ Zob. [online] <www.izbapodatkowa.pl/zasada-in-dubio-pro-tributario-w-swietle-interpretacji-ogolnej-ministra-finansow,4,1867> (dostęp: 31.05.2016).

²⁵ Tak Ł. Zalewski, A. Pokojka, P. Dudek, M. Szulc, *Wątpliwości podatkowe? Fiskus rozstrzyga je na swoją korzyść*, [online:] <podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/877517,watpliwosci-podatkowe-fiskus-rozstrzyga-je-na-swoja-korzysc.html> (dostęp: 31.05.2016).

²⁶ Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 43), do celów poboru akcyzy i oznaczania wyrobów akcyzowych znakami akcyzy, a także do wiążących informacji akcyzowych [...] stosuje się klasyfikację w układzie odpowiadającym Nomenklaturze Scalonej (CN) zgodną z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.Urz. WE L 256 z 7 września 1987, s. 1, z późn. zm. (Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 2, t. 2, s. 382, z późn. zm.)). Zmiany w Nomenklaturze Scalonej (CN) nie powodują zmian w opodatkowaniu akcyzą wyrobów akcyzowych i samochodów osobowych, jeżeli nie zostały określone w niniejszej ustawie.

²⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 710 z późn. zm.

²⁸ Postanowienie NSA z dnia 19 listopada 2014 r., sygn. akt I FSK 1563/13, zob. [online] <<http://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/877517,watpliwosci-podatkowe-fiskus-rozstrzyga-je>>

sady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika jest fakt, że dotyczy ona wątpliwości co do treści przepisów, a nie wątpliwości co do stanu faktycznego czy tego, jak do stanu faktycznego powinien zostać zastosowany dany przepis. Zdaniem eksperta różnica ta jest kolosalna, ponieważ wszystkie wątpliwości pojawiające się w praktyce prawnopodatkowej odnoszą się do tego, jak zastosować przepisy do określonej sytuacji. Oczywiście w wielu przypadkach wynikają one z niejednoznacznych przepisów. Są to jednak zawsze wątpliwości dotyczące sposobu stosowania, a nie samej treści przepisów. Ekspert dodaje, że w konsekwencji omawiana zasada odnosi się jedynie do przypadków nieistniejących²⁹.

Sceptycyzm wobec klauzuli *in dubio pro tributario* widoczny jest także w wypowiedziach innych ekspertów³⁰, choć nie brakuje i bardziej optymistycznych komentarzy, choćby Katarzyny Rogowskiej³¹, która podkreśla, że stosowanie art. 2a O.p. zarówno przez organy podatkowe, jak i podatników może okazać się odrobinę łatwiejsze. Wskazanie granic ochrony wynikającej z niniejszego przepisu z pewnością zwiększy skuteczność powoływania się na klauzulę *in dubio pro tributario* oraz umożliwi podatnikom lepszą ochronę ich praw. Z kolei Waldemar Gontarski twierdzi, że zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika w rzeczywistości przywraca równowagę w relacjach między państwem a podatnikiem i odpowiada konstytucyjnym zasadom sprawiedliwości. niesprawiedliwością byłaby przewaga państwa nad podatnikiem wynikająca z ustanowienia przepisów niejasnych³².

7. Reasumpcja niniejszych rozważań, w mojej ocenie wymaga spojrzenia wieloaspektowego.

Po pierwsze, ustawodawcy poprzez wprowadzenie klauzuli *in dubio pro tributario* trudno będzie przełamać tendencję, że prawo podatkowe, będące gałęzią prawa publicznego, chroni przede wszystkim interes publiczny, a nie podatnika.

Po drugie, w przepisach Ordynacji podatkowej w ich obecnym kształcie, tzn. stawiających interes publiczny ponad ważnym interesem podatnika

-na-swoja-korzysc.html> (dostęp: 31.05.2016).

²⁹ Zob. [online] <www.gazetapodatnika.pl/artykuly/podatki_2016_zasada_in_dubio_pro_tributario_niewiele_zmieni-a_20243.htm> (dostęp: 31.05.2016).

³⁰ Por. M. Maj, *Podatnik sam wybierze to, co dla niego korzystne*, Rzeczpospolita” nr 3 z 5–6 stycznia 2006, s. C1; także: C. Kosikowski, *Fiskus sobie poradzi*, „Dziennik Gazeta Prawna” nr 2 z 5–6 stycznia 2016 r., s. D4, gdzie na pytanie: „Czy podatnicy mogą liczyć na to, że po wprowadzeniu zasady rozstrzygania na ich korzyść niedających się usunąć wątpliwości co do treści przepisów, ich sytuacja ulegnie radykalnej poprawie”? Padła odpowiedź: „Myślę, że nie i to z wielu powodów”.

³¹ Zob. [online] <www.izbapodatkowa.pl/zasada-in-dubio-pro-tributario-w-swietle-interpretacji-ogolnej-ministra-finansow,4,1867> (dostęp: 31.05.2016).

³² Zob. [online] <<http://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/890092,zasada-in-dubio-pro-tributario-to-powrot-do-normalnosci.html>> (dostęp: 31.05.2016).

oraz ważnym interesem strony, trudno będzie znaleźć miejsce na faktyczne zastosowanie w praktyce zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika.

Po trzecie, wprowadzenie zasady *in dubio pro tributario* jest koncepcją słuszną i potrzebną. W ostatnim czasie pojawiła się informacja o tym, iż omawiana klauzula nie jest już martwym przepisem za sprawą wyroku Naczelnego Sąd Administracyjny z dnia 10 stycznia 2017 r.³³, w którym odwołał się on do niej wprost, choć i tak po roku od jej wprowadzenia wszystkie sądy administracyjne stosowały ją w ok. 10% spraw³⁴. Mniej optymistyczne wnioski można sformułować, przyglądając się pracy organów administracji skarbowej – w urzędach i izbach skarbowych wydano 13 decyzji na podstawie *in dubio pro tributario*, cztery razy klauzulę zastosowali celnicy, a tylko kilkakrotnie zasadę zastosowano w urzędach kontroli skarbowej³⁵.

Literatura

- Babiarz S., Dauter B., Gruszczyński B., Hauser R., Kabat A., Niezgódka-Medek M., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Goettel M., Lemmonier M. (red.), *Instytucje prawa cywilnego w konstrukcji prawnej podatków*, Warszawa 2011.
- Jaśkowska M., *Glosa do wyroku NSA z 26 września 2002 r., III SA 659/01*, OSP 2003, nr 9.
- Kosikowski C., *Fiskus sobie poradzi*, „Dziennik Gazeta Prawna” nr 2 z 5–6 stycznia 2016.
- Leszczyński L., *Kategoria interesu w stosowaniu prawa administracyjnego. Przykład art. 7 KPA*, [w:] A. Korybski, M. W. Kostycki, L. Leszczyński (red.), *Pojęcie interesu w naukach prawnych, prawie stanowionym i orzecznictwie sądowym Polski i Ukrainy*, Lublin 2006.
- Maj M., *Podatnik sam wybierze to, co dla niego korzystne*, Rzeczpospolita” nr 3 z 5–6 stycznia 2006.
- Mariański A., *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Warszawa 2011.
- Mastalski R., *Stosowanie prawa podatkowego*, Warszawa 2008.
- Nawrot J., *Interes publiczny*, [w:] A. Powąłowski (red.), *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009.
- Pawłowski J., *In dubio pro tributario już nie tylko na papierze*, „Dziennik Gazeta Prawna” nr 7 z 11 stycznia 2017.

³³ Sygn. akt II FSK 3729/14; zob. J. Pawłowski, *In dubio pro tributario już nie tylko na papierze*, „Dziennik Gazeta Prawna” nr 7 z 11 stycznia 2017 r., s. B3; [online] <www.rp.pl/Postepowanie-podatkowe/301109907-NSA-w-wyroku-odwolal-sie-do-klauzuli-rozstrzygania-watpliwosci-na-korzysc-podatnikow.html#ap-1> (dostęp: 25.02.2017).

³⁴ Zob. [online] <www.rp.pl/Postepowanie-podatkowe/312209912-Rozstrzyganie-watpliwosci-na-korzysc-podatnikow-nie-dziala.html#ap-1> (dostęp: 25.02.2017).

³⁵ Zob. [online] <<http://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/979821,ministerstwo-finansow-stosuje-in-dubio-pro-tributario-ale-rzadko.html>> (dostęp: 25.02.2017).

- Szewc W., Broniecki M., *Jeszcze raz o zasadzie „in dubio pro tributario”*, [w:] P. Borzowski, A. Huchla, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Podatnik versus organ podatkowy*, „Studia Finansowoprawne” 2011, nr 2.
- Wilczyńska A., *Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 6.
- Wolański R., *System podatkowy w Polsce*, Warszawa 2009.
- Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986.
- Zalewski Ł., Pokojka A., Dudek P., Szulc M., *Wątpliwości podatkowe? Fiskus rozstrzyga je na swoją korzyść*, [online:] <podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/877517,watpliwosci-podatkowe-fiskus-rozstrzyga-je-na-swoja-korzysc.html>.
- Żurawik A., „*Interes publiczny*”, „*Interes społeczny*” i „*Interes społecznie uzasadniony*”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 2.
- Żurawik A., *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013.

Summary

Public interest or private interest in principle in dubio pro tributario?

Key words: the principle in dubio pro tributario, private interest (taxpayer), the public interest, tax law.

The article discusses the principle in dubio pro tributario, which was established by the law of 5 August 2015, Act – Tax Code and some other laws. This Act came into force on 1 January 2016 introducing the general provisions of the Tax Code art. 2a is inserted: “indelible doubt about the contents of tax law are resolved in favor of the taxpayer”. The axis of discussion article was an attempt to answer the question: is based on the principle in dubio pro tributario interests of the taxpayer will actually be protected and whether the public interest will be treated on a par with private interests (the taxpayer).

Anna Tworkowska-Baraniuk

Karolina Zapolska

Katedra Prawa Gospodarczego Publicznego

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Prywatnoprawny tryb egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję

Wprowadzenie

Podział prawa na publiczne (*ius publicum*) i prywatne (*ius privatum*) to jedna z najstarszych kategoryzacji, z którą wiąże się jednak szereg kontrowersji. Podział ten pociąga bowiem za sobą szereg konsekwencji, także tych odnoszących się do zagadnień prawa konkurencji. Istnienie i funkcjonowanie niezakłóconej konkurencji na rynku zawsze było dla państwa istotne i stanowiło podstawę interwencji publicznoprawnej¹. Skutkiem działań naruszających lub zagrażających samoregulującemu się mechanizmowi konkurencji, a tym samym interesowi publicznemu jest zastosowanie środków sankcjonujących o charakterze publicznym. Już bowiem przepis art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów² podkreśla, że ochrona interesów przedsiębiorców i konsumentów realizowana na jej podstawie w interesie publicznym. Z drugiej zaś strony podmiotom prywatnym przyznano indywidualne prawo do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia norm prawa konkurencji³. Takie prywatnoprawne stosowanie mających publicznoprawny rodowód reguł prawa konkurencji – *private enforcement of competition law* – polega zaś na zastosowaniu regulacji prawa antymonopolowego w celu indywidualnego dochodzenia przez podmioty prywatne roszczeń wynikających z naruszeń prawa konkurencji. Tryb ten sprowadza się

¹ C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 305.

² Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.

³ M. Sieradzka, *Dochodzenie roszczeń za naruszenie unijnych i krajowych reguł konkurencji a kwestie prejudycjalności rozstrzygnięć organów ochrony konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 12, s. 47.

więc do możliwości zastosowania w stosunkach prywatnoprawnych norm prawa publicznego, przeznaczonych do wdrożenia przez organy administracji publicznej⁴.

Biorąc pod uwagę dychotomiczny podział systemu prawa zastanowić się należy nad katalogiem dostępnych instrumentów prawnych indywidualnego dochodzenia roszczeń za naruszenie publicznego prawa konkurencji. Założeniem niniejszego opracowania jest zaś próba uzasadnienia możliwości zastosowania przepisów prawa publicznego w celu realizacji roszczeń cywilnoprawnych. Biorąc bowiem po uwagę, że organy antymonopolowe rozpatrują przede wszystkim sprawy wywierające istotny negatywny wpływ na konkurencję na rynku właściwym, podmioty prywatne powinny mieć możliwość skutecznego dochodzenia w trybie prywatnoprawnym wynikających z tych praktyk roszczeń (unieważnienia kontraktu, nakazu zaprzestania naruszeń czy wreszcie odszkodowania). Ograniczone ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na dokonanie wiarygodnej analizy komparatystycznej dlatego pomija ono regulacje prawa unijnego oraz kwestię prejudycjalności unijnych orzeczeń organów konkurencji, skupia się zaś na krajowym porządku prawnym. Zaznaczenia wymaga również fakt, że prawodawca polski stoi o krok od wprowadzenia – implementującej dyrektywę odszkodowawczą 2014/104/UE – ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Termin na dokonanie transpozycji minął 27 grudnia 2016 r., dotychczas pojawiło się kilka rozbieżnych wersji projektu, nie jest więc możliwe dokonanie analizy proponowanych zmian.

Prywatne i publiczne dochodzenie roszczeń za naruszenie reguł konkurencji – dozwolona dychotomia?

Polski porządek prawny przewiduje ochronę konkurencji co do zasady na dwóch płaszczyznach – publicznej i prywatnej. Na pierwszej możliwe są działania podejmowane w celu ochrony interesu publicznego. Takie publicznoprawne postępowanie – *public enforcement* – ma miejsce jedynie wówczas, gdy w wyniku stosowania praktyk ograniczających konkurencję zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, przy czym jego prowadzenie należy do kompetencji państwowych organów antymonopolowych – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵. Nigdy zaś celem takiego postępowania nie będzie ochrona prywatnoprawnego interesu podmiotu poszkodowa-

⁴ A. Jurkowska-Gomułka, [w:] A. Piszcz, D. Wolski (red.), *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2016, s. 18–22.

⁵ M. Sieradzka, op. cit., s. 48.

nego w wyniku zastosowania praktykami ograniczającymi konkurencję⁶. Druga możliwość – prywatnoprawny model ochrony konkurencji (*private enforcement*) – wykorzystywany jest wyłącznie do ochrony prywatnych interesów przedsiębiorców lub konsumentów, które zostały zagrożone lub naruszone w wyniku złamania obowiązujących reguł uczciwej konkurencji. Przez *private enforcement* należy więc rozumieć służące przedsiębiorcom i konsumentom prawo do dochodzenia przed sądem powszechnym ochrony swoich interesów, które zostały naruszone m.in. w wyniku zastosowania praktyk ograniczających konkurencję zakazanych na mocy art. 6 i art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Zaznaczyć jednocześnie należy, że podmioty prywatne dochodząc na drodze prywatnoprawnej mogą roszczeń zarówno o charakterze kompensacyjnym (żądanie odszkodowania), jak i roszczeń o charakterze niekompensacyjnym, np. roszczenie o zaniechanie, o wykonanie, czy też powództwo o ustalenie. Korelacja między prywatnym i publicznym dochodzeniem roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji najdokładniej przejawia się właśnie w zagadnieniach dotyczących egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Jest to kwestia tym bardziej wymagająca analizy, że to naruszenie reguł przewidzianych w art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (oraz ich odpowiedników – art. 101 i 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej) jest najczęściej kwestionowane jako podstawa postępowania przed sądem powszechnym⁷.

Dopuszczalność zastosowania norm publicznego prawa konkurencji jako podstawy indywidualnych roszczeń w trybie prywatnoprawnym wiąże się z problemem dotyczącym braku w polskim ustawodawstwie jednoznacznego wskazania takiej możliwości. Podstawowy akt antymonopolowy – ustawa o ochronie konkurencji i konsumenta – nie zawiera żadnych przesłanek do wniesienia roszczeń z tytułu naruszeń prawa konkurencji. Uzasadnienie projektu ustawy wskazywało zaś, że podmioty indywidualne poszkodowane w związku z naruszeniem norm prawa antymonopolowego powinny dochodzić ochrony przynależnych im praw przed sądami cywilnymi. Podmioty te powinny więc korzystać z istniejących przepisów prawnych znajdujących się w kodeksie cywilnym⁸. Możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę powstałą w wyniku naruszenia norm art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest poparta istnieniem podstaw prawnych jego dochodzenia – nie istnieją bowiem żadne szczególne regulacje prywatnego egzekwowania reguł konkurencji. Dodatkowo w polskim dorob-

⁶ Wyrok SN z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt III SK 2/2008, LexPolonica 255102.

⁷ Zob. też. M. Motyka-Mojkowski, *Private enforcement w Niemczech – przegląd orzecznictwa*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 1(5).

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 380).

ku naukowym nie ma zgodności co do podstaw prawnych, na których mogą opierać się roszczenia w ramach prywatnego egzekwowania reguł konkurencji⁹.

Kodeks cywilny a prywatnoprawny tryb dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji

W ustawodawstwie polskim podstaw prywatnoprawnego egzekwowania zakazów konkurencji upatrywać można w przepisach Kodeksu cywilnego (jako regulacji ogólnej, uniwersalnej), ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁰ oraz – co budzić może pewne wątpliwości – ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym¹¹.

I tak wydaje się, że podmiot poszkodowany w wyniku naruszenia reguł konkurencji swoje roszczenie oprzeć może na przepisach art. 415 k.c. dotyczącego odpowiedzialności deliktowej¹², art. 471 k.c. konstytuującego odpowiedzialność kontraktową oraz art. 405 k.c. przewidującego odpowiedzialność za bezpodstawne wzbogacenie. Katalog przepisów kodeksu cywilnego mogących stanowić podstawę dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji nie jest jednak jednoznaczny – nie został powszechnie przyjęty przez doktrynę. Niejednokrotnie rozpatrując możliwość zastosowania regulacji prawa konkurencji spotkać się można z rozbieżnymi zapatrywaniami¹³. Wydaje się, iż najmniej wątpliwości budzi możliwość dochodzenia powództw odszkodowawczych na podstawie art. 415 k.c.¹⁴. Stanowi on, iż każdy, kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Jeżeli szkoda wywołana jest działaniami przedsiębiorców, dodatkową podstawę stanowi art. 416 k.c. Zgodnie z nim każda osoba prawna jest zobowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej z winy jej organu. Powództwo wynikające z przepisów o odpowiedzialności deliktowej może wysunąć każda osoba poszkodowana wskutek praktyki antykonkurencyjnej – nie ma przy tym znaczenia, czy łączą ją bezpośrednie stosunki umowne

⁹ Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013, s. 105.

¹⁰ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. nr 171, poz. 1206).

¹² Odpowiedzialność ta oparta została na zasadzie winy.

¹³ Zob. M. Sieradzka, *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Wolter Kluwer, Warszawa 2012, s. 279.

¹⁴ W przypadku naruszeń prawa konkurencji czynem niedozwolonym będzie praktyka antykonkurencyjna, polegająca na zawarciu przez przedsiębiorców nielegalnego porozumienia wpływającego niekorzystnie na rynek lub na nadużyciu pozycji dominującej przez przedsiębiorcę.

z przedsiębiorcą będącym sprawcą naruszenia, oraz niezależnie od tego, czy organ ochrony konkurencji stwierdził wcześniej naruszenie prawa¹⁵. W praktyce oznacza to, że powództwo o odszkodowanie mogą wytoczyć zarówno ci, którzy związani są bezpośrednio ze sprawcą naruszenia, jak i nabywcy pośredni, w szczególności konsumenci.

Podstawą materialnoprawną zasądzenia odszkodowania może być także art. 471 k.c. Wymaga on udowodnienia, że szkoda danego podmiotu jest wynikiem niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania. Praktyczne znaczenie będzie miał jednak wskazany wyżej art. 415 k.c. obejmujący sytuacje, w których szkoda nie stanowi następstwa niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania¹⁶. Zaznaczyć należy, że część autorów krytycznie podchodzi do stosowania art. 471 k.c. jako materialnoprawnej podstawy naruszenia zakazów przewidzianych w art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁷. Podobnie wątpliwości budzi możliwość dochodzenia na podstawie art. 405 k.c. roszczeń z tytułu powstałego w wyniku naruszenia zakazów antykonkurencyjnych bezpodstawnego wzbogacenia¹⁸.

Abstrahując od wątpliwości dotyczących możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji w procesie prywatnym stwierdzić należy, iż jego skuteczność osłabiona jest przez fakt, iż w klasycznym procesie cywilnym to strona powołująca się na daną okoliczność, musi ją udowodnić. Barrierami skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia odpowiednio zakazu porozumień ograniczających konkurencję oraz zakazu nadużycia pozycji dominującej są dodatkowo m.in. koszty postępowania, brak zasad ustalania wysokości szkody antymonopolowej, czy kwestie udowodnienia winy.

¹⁵ J. Fidała, *Jakie odszkodowanie za naruszenie prawa konkurencji*, [online] <www.rp.pl/arttykul/1182275-Jakie-odszkodowanie-za-naruszenie-prawa-konkurencji.html#ap-2> (dostęp: 5.06.2016).

¹⁶ K. Kohutek, *Stosowanie reguł wspólnotowego prawa konkurencji przez sądy krajowe*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 8, s. 18

¹⁷ Zob. P. Podrecki, *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 218.

¹⁸ B. Nowak-Chrząszczyk, *Roszczenie odszkodowawcze w postępowaniu w sprawie o naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji*, [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 448–449. Zob. też A. Piszcz, *Wybrane problemy związane ze stosowaniem prawa antymonopolowego Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, [w:] N. Szczęch (red.), *Księga Jubileuszowa z okazji 5-lecia Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Legnicy „Ius est ars boni et aequi”*, Legnica 2010, s. 68.

Ustawodawstwo z zakresu prawa konkurencji a dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia prawa konkurencji

Mniejsze wątpliwości budzi stosowanie jako podstawy egzekwowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję i nadużycia pozycji dominującej przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Możliwość taką stwarza przede wszystkim użycie przez ustawodawcę klauzuli generalnej do zdefiniowania czynu nieuczciwej konkurencji. I tak jest nim „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”¹⁹. Wskazana w definicji „sprzeczność z prawem” obejmować może m.in. złamanie antykonkurencyjnych zakazów – dla kwalifikacji czynu jako nieuczciwej konkurencji wystarczające jest spełnienie przesłanki bezprawności²⁰. Wydaje się, że nie ma przeszkód aby to samo działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy stanowiło jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji oraz praktykę ograniczającą konkurencję²¹. Za taką opcją przemawia również ogólny cel ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. „zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej” „w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”²². Dodatkowo podstawą roszczeń podmiotów indywidualnych mogą być także przepisy bezpośrednio kwalifikujące działania odpowiadające istocie antykonkurencyjnych praktyk, jako określone czyny nieuczciwej konkurencji²³. Wobec naruszenia zakazów przewidzianych w art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znaleźć zastosowanie może także przepis art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji może bowiem przybrać różne postacie, dlatego też utrudnianie dostępu do rynku może być kwalifikowane bądź jako praktyka ograniczająca konkurencję, bądź jako czyn nieuczciwej konkurencji. Kwalifikacja takiej

¹⁹ Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

²⁰ M. Zdyb, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 99.

²¹ Za taką możliwością opowiedzieli się m.in. T. Skoczny, M. Bernatt, czy A. Jurkowska-Gomułka. Zob. T. Skoczny, M. Bernatt [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 566. A. Jurkowska, *W stronę umocnienia prywatnoprawnego wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję – glosa do uchwały SN z 23.07.2008 r. (III CZP 52/08)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 48.

²² Art. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

²³ „Jeżeli określony czyn co prawda wypełnia hipotezę norm wynikających z przepisu rozdziału 2 ustawy, jednakże nie wystąpi zarazem określona w art. 3 ust 1 przesłanka zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, to uznać należy, że nie stanowi on czynu nieuczciwej konkurencji. W razie przyjęcia tego założenia zachodzi zatem *in concreto* nie tylko możliwość, lecz potrzeba jednoczesnej oceny postępowania przedsiębiorcy zarówno z punktu widzenia przepisów rozdziału 2, jak i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” – wyrok SN z dnia 30 maja 2006 r., sygn. akt I CSK 85/2006, OSP 2008, nr 5, poz. 55.

antykoncepcyjnej praktyki jako czyn nieuczciwej konkurencji pozwala zaś sądom powszechnym na orzekanie o roszczeniach wynikających z takiej praktyk, czy działania na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²⁴.

Ustawa – mimo, że jej celem jest m.in. ochrona uczciwości konkurencji – przewiduje środki ochrony, które użyte mogą być indywidualnie przez jednostki²⁵. Roszczenia przewidziane w art. 18 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwalają wstrzymać niedozwolone zachowania sprawców czynów nieuczciwej konkurencji, jak i prowadzić do kompensacji skutków naruszeń (roszczenia o naprawienie szkody i zwrot bezpodstawnie uzyskanych korzyści)²⁶. Ustawodawca odwołuje się tu do „zasad ogólnych”, przez które należy rozumieć regulacje kodeksu cywilnego. Uznać można bowiem, iż kodeks cywilny stanowi uniwersalną podstawę roszczeń z tytułu naruszenia zakazów antykonkurencyjnych praktyk.

Ograniczenie efektywności dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia zakazów konkurencji w ramach prywatnoprawnego postępowania opartego na przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika m.in. z faktu, że z żądaniem ochrony wystąpić może jedynie przedsiębiorca. Roszczenia przewidziane w art. 18 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dochodzone mogą być bądź przez przedsiębiorców indywidualnych, bądź przez organizacje przedsiębiorców²⁷. Wprawdzie taka zbiorowa interwencja organizacji nosi pewne znamiona działania w interesie publicznym, niemniej jednak dalej powinna być traktowana jako prywatne egzekwowanie reguł konkurencji.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności zastosowania przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako podstawy prawnej sądowego dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia zakazów praktyk ograniczających konkurencję za zasadne uznać należy stanowisko wyrażone m.in. przez A. Jurkowską-Gomułkę. Wskazała ona m.in., że „przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie dają podstaw

²⁴ T. Skoczny, M. Bernatt [w:] J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 569–571.

²⁵ Wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r., sygn. akt IV CKN 255/2000, OSNC 2001, nr 9, poz. 137.

²⁶ P. Podrecki, *Czyny nieuczciwej konkurencji jako podstawa dochodzenia roszczeń w postępowaniach grupowych*, [online] <www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Podrecki_Uznk.pdf> (dostęp: 5.06.2016).

²⁷ Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z niektórymi roszczeniami, takimi jak żądanie zaniechania niedozwolonych działań, usunięcia skutków niedozwolonych działań, złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie oraz zarządzenia określonej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego, może w imieniu przedsiębiorcy wystąpić krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców, a także prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji zagraża lub narusza interesy konsumentów.

dla kwalifikacji działań naruszających art. 6 lub 9 uokik bądź art. 101 lub 102 TFUE jako praktyk, które mogą być sankcjonowane na podstawie omawianej ustawy”²⁸. Przewidziana w przepisach ustawy definicja nieuczciwej praktyki rynkowej odwołuje się bowiem jedynie do sprzeczności z dobrymi obyczajami²⁹, nie uwzględnia zaś przesłanki niezgodności z prawem – w tym np. art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Brakuje więc podstawy prawnej pozwalającej na kwalifikację praktyk antykonkurencyjnych jako nieuczciwych praktyk rynkowych.

Zakończenie

Wydaje się, że doktryna polska uznała współistnienie – mimo zdecydowanie mniejszego zastosowania tryby prywatnego – dwóch sposobów egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję³⁰. Przy czym prywatnoprawne stosowanie prawa konkurencji wykorzystywane jest w celu ochrony interesów poszczególnych przedsiębiorców i konsumentów, którzy doznali pewnego uszczerbku w wyniku naruszenia regulacji prawa konkurencji, a dochodzenie indywidualnych roszczeń przez podmioty dotknięte skutkami praktyk ograniczających konkurencję pozostaje poza sferą interesu publicznego.

Wprawdzie w polskim systemie prawnym istnieją instrumenty, które umożliwiają dochodzenie roszczeń związanych z naruszeniami zakazów antykonkurencyjnych praktyk³¹, niemniej jednak nie są one wystarczająco efektywne. Dodatkowo takie prywatnoprawne dochodzenie roszczeń za naruszenie prawa konkurencji nie jednoznacznie określonych podstaw – wciąż toczą się dyskusje nad możliwością oparcia roszczenia o konkretne przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy o regulację ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Tym samym pojawiają się trudności dotyczące egzekwowania roszczeń wynikających z naruszeń reguł konkurencji oraz ustalania podstawy roszczeń z tego tytułu. Wskazane w artykule wątpliwości pozwalają zważyć, że prywatnoprawna ochrona inte-

²⁸ A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów...*, s. 136. Por. E. Nowińska, *Zakaz nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 3 u.p.n.p.r.) i klauzula generalna nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 4 u.p.n.p.r.)*, [w:] E. Nowińska, D. Kasprzycki (red.), *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wyd. UJ, Kraków 2012, s. 151.

²⁹ Przez dobre obyczaje rozumieć zaś należy działanie przedsiębiorcy wykraczające przeciw uznanym w społeczeństwie zasadom moralnym lub przyjętej w obrocie uczciwości, kiedy przedsiębiorca chroni swe interesy, nie biorąc dostatecznie pod uwagę praw i interesów konsumentów. Zob. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 czerwca 2010 r., XVII Ama 124/2009, LexPolonica 3072420.

³⁰ Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów...*, s. 431.

³¹ Chodzi to o przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

resów podmiotów poszkodowanych w wyniku naruszenia publicznoprawnych reguł konkurencji wymaga stworzenia, czy też przyznania podmiotom poszkodowanym odpowiednich instrumentów dochodzenia roszczeń. Zasadnicze znaczenie ma przede wszystkim określenie takich elementów takiego prywatnoprawnego dochodzenia roszczeń jak: zakres legitymacji czynnej, przesłanki odpowiedzialności, prejudycjalność wyroków organów unijnych i krajowych. Pozwoliłoby to bowiem m.in. na intensyfikację prywatnego egzekwowania reguł konkurencji i przełamanie dominacji publicznego trybu egzekwowania zakazów antykonkurencyjnych praktyk (dotychczas przejawia się ona w znikomej liczbie spraw z zakresu prywatnego egzekwowania reguł konkurencji)³².

Uznać można, że możliwość dochodzenia roszczeń wynikających z naruszenia zakazów porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej przybrać powinna formę modelu zintegrowanego i zrównoważonego. Przy czym charakter zrównoważony przejawiać winien się w komplementarnej, ewentualnie komplementarnej i subsydiarnej formie korelacji między publicznym a prywatnym sposobem egzekwowania reguł konkurencji.

Literatura

- Fidala J., *Jakie odszkodowanie za naruszenie prawa konkurencji*, [online] <www.rp.pl/artykul/1182275-Jakie-odszkodowanie-za-naruszenie-prawa-konkurencji.html#ap-2>.
- Jurkowska A., *W stronę umocnienia prywatnoprawnego wdrażania zakazów praktyk ograniczających konkurencję – glosa do uchwały SN z 23.07.2008 r. (III CZP 52/08)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 5.
- Jurkowska-Gomułka A., *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2013.
- Jurkowska-Gomułka A., [w:] A. Piszczyński, D. Wolski (red.), *Dochodzenie przed sądem polskim roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2016.
- Kohutek K., *Stosowanie reguł wspólnotowego prawa konkurencji przez sądy krajowe*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 8.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Lexis Nexis, Warszawa 2005.
- Motyka-Mojkowski M., *Private enforcement w Niemczech – przegląd orzecznictwa*, „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 1(5).
- Nowak-Chrząszczyk B., *Roszczenie odszkodowawcze w postępowaniu w sprawie o naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji*, [w:] E. Piontek (red.), *Nowe tendencje w prawie konkurencji UE*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.

³² R. Stefanicki, *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2014, s. 39–45.

- Nowińska E., *Zakaz nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 3 u.p.n.p.r.) i klauzula generalna nieuczciwych praktyk rynkowych (art. 4 u.p.n.p.r.)*, [w:] E. Nowińska, D. Kasprzycki (red.), *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Ocena regulacji*, Wyd. UJ, Kraków 2012.
- Piszc A., *Wybrane problemy związane ze stosowaniem prawa antymonopolowego Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, [w:] N. Szczęch (red.), *Księga Jubileuszowa z okazji 5-lecia Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Legnicy „Ius est ars boni et aequi”*, Legnica 2010.
- Podrecki P., *Porozumienia monopolistyczne i ich cywilnoprawne skutki*, Zakamycze, Kraków 2000.
- Podrecki P., *Czynny nieuczciwej konkurencji jako podstawa dochodzenia roszczeń w postępowaniach grupowych*, [online] <www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Podrecki_Uznk.pdf>.
- Sieradzka M., *Dochodzenie roszczeń za naruszenie unijnych i krajowych reguł konkurencji a kwestie prejudycjalności rozstrzygnięć organów ochrony konkurencji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 12.
- Sieradzka M., *Pozew grupowy jako instrument prywatnoprawnej ochrony interesów konsumentów z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Wolter Kluwer, Warszawa 2012.
- Stefanicki R., *Prywatnoprawne środki dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia reguł konkurencji*, Warszawa 2014.
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Zdyb M., Sieradzka M. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.

Summary

Private enforcement – it is possible?

Key words: private enforcement, competition law, enforce, competition rules.

The division of law into public and private is one of the oldest ways of serving ordering system of law. The existence and operation of undistorted competition in the market has always been important for the state and constituted the basis for the intervention of public law. The result of activities affecting or threatening the mechanism of competition – and thus the public interest – is the application of sanction of a public nature. Article 1.1 of the Law of antitrust stresses that protecting the interests of businesses and consumers carried out on the basis of public interest. On the other hand, private entities granted an individual right to seek redress in respect of infringements of the rules of competition law. Such use of private-public law with the pedigree of rules of competition law – private enforcement of competition law – is the application of regulations on antitrust law for an individual investigation by private claims arising from infringements of competition law. The premise of this paper is the attempt to justify the applicability of public law for the purpose of civil claims.

Dominik Styczyński

doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego

Wydział Prawa i Administracji UMK

Umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi jako forma prywatyzacji wykonywania zadań publicznych

Wstęp

Współcześnie administracja publiczna w wielu krajach, także w Polsce, jest zobligowana do wykonywania coraz szerszego katalogu zadań o charakterze publicznym. Mimo rozrostu organizacyjnego i strukturalnego administracji, tempo narastania czy też rozbudowywania obecnie istniejących zadań publicznych jest na tyle dynamiczne, iż coraz częściej mamy do czynienia z niewydolnością sfery publicznej w zakresie realizacji celów społecznych. W tym kontekście warto przywołać jakże aktualne stanowisko Jerzego Langroda, sprowadzające się do stwierdzenia, iż przyjęte rozwiązania prawne, w szczególności ustrojowe w zakresie administracji publicznej, nie przystają do dynamizmu aktywności nowoczesnego państwa¹.

Wydaje się, że odpowiedzią na niniejsze spostrzeżenia jest doktryna nowego zarządzania publicznego, która wprowadza podejście menedżerskie do zarządzania sektorem publicznym. Nowość tego modelu polega na adaptacji metod i technik stosowanych w sektorze prywatnym do warunków zarządzania organizacjami publicznymi². Doktryna ta zakłada, że wdrożenie nowych koncepcji wpłynie na efektywniejszą realizację zadań, jakie wypełnia państwo wobec obywateli³. Zmierza ona do zmiany w zakresie sfery publicznej poprzez nastawienie celów jednostek publicznych na osiąganie wyników, decentralizację zarządzania nimi, przejście przez nie perspektywy strategicz-

¹ J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Reprint: Zakamycze 2003, s. 33.

² H. Krynicka, *Koncepcja Nowego Zarządzania W Sektorze Publicznym (New Public Management)*, „Prace Instytutu Prawa i Administracji PWSZ w Sulechowie” 2006, nr 2, s. 193.

³ B. Kozuch, *Zarządzanie publiczne. W teorii i praktyce polskich organizacji*, Placet, Warszawa 2004, s. 72.

nej oraz wykorzystanie mechanizmów rynkowych⁴. W sposób istotny różni się zatem od klasycznej formy państwa opiekuńczego, gdzie znakomita większość zadań publicznych ze swojego założenia powinna być realizowana w sposób bezpośredni przez podmiot publiczny⁵.

Model nowego zarządzania publicznego ma zapewnić gospodarność, efektywność i skuteczność organizacji publicznych⁶. Aktualne pozostaje zatem zagadnienie prawnej dopuszczalności oraz możliwości wyboru właściwej, tzn. najefektywniejszej formy wykonywania zadań publicznych. W tym kontekście należy zauważyć, iż w ramach administracji świadczącej zyskuje na sile koncepcja aktywnego udziału podmiotu prywatnego w realizacji celów społecznych, co wypełnia znamiona procesu prywatyzacji sfery publicznej.

Przekazywanie zadań i funkcji publicznych na rzecz podmiotów niepublicznych, w szczególności poprzez podejmowanie przedsięwzięć publiczno-prywatnych, stanowi szczególny przejaw procesu prywatyzacyjnego. Podstawowym instrumentem prawnym jest przyjęcie konsensualnej formy prawnej działania administracji publicznej w miejsce działań władczych. Niewładcza forma działania administracji publicznej w postaci konsensualnej współpracy z podmiotem prywatnym – jak słusznie wskazała Małgorzata Gięda – ze swej istoty nakazuje administracji publicznej zwrócenie uwagi na rzeczywiste potrzeby drugiej strony umowy, tzn. obywatela, samorządu, organizacji pozarządowej, ale powoduje także powstanie nowej perspektywy w zakresie realizacji celów społecznych⁷. Jedną z tego typu form zaangażowania środków prywatnych w wykonywanie zadań publicznych jest umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi. Umowa taka w założeniach polskiego i unijnego legislodawcy ma na celu stworzenie nowych możliwości wykonywania zadań publicznych przez wykorzystanie potencjału prywatnych podmiotów, które może wpłynąć korzystnie na poprawę ich dostępności i jakości⁸. W niniejszym artykule podjęto próbę określenia charakteru prawnego koncesji na roboty budowlane w perspektywie prywatyzacji wykonywania zadań publicznych.

⁴ A. Zalewski, *Reformy sektora publicznego w duchu nowego zarządzania publicznego*, [w:] A. Zalewski (red.), *Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wyd. SGH, Warszawa 2005, s. 66.

⁵ K. Chojnicka, H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań 2004, s. 330.

⁶ Ibidem.

⁷ M. Gięda, *Idea społeczeństwa obywatelskiego i zasada subsydiarności a umowy administracyjnoprawne*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Kolonia sp. z o.o., s. 65.

⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 9 stycznia 2009 r., [online] <<https://bip.kprm.gov.pl/ftp/kprm/dokumenty/080721u1uz.pdf>> (dostęp: 20.05.2016).

Geneza koncesji na roboty budowlane i usługi jako formy prywatyzacji wykonywania zadań publicznych

Współpraca podmiotów publicznych z prywatnymi, w ramach której kapitał wносił podmiot prywatny, sięga starożytności. Jako przykład można wskazać transport poczty na obszarze cesarstwa rzymskiego. Władze lokalne zawierały z zarządcami budynków pocztowych umowy, na mocy których zobowiązywali się oni do wybudowania kolejnych i ich utrzymania oraz prowadzenia przez okres pięciu lat⁹. Jednakże instytucja koncesji *de facto* pochodzi z XV wieku, kiedy to francuski szlachcic Luis de Bernam otrzymał koncesję rzeczną na pobieranie opłat za towary przewożone po Renie¹⁰. Kolejnym przykładem pierwowzoru obecnej koncesji na usługi jest zgoda udzielona w 1792 r. braciom Perrier na dystrybucję wody na terenie Paryża¹¹. Wkrótce po tym wydarzeniu we francuskim systemie prawnym uregulowana została instytucja koncesji robót publicznych¹². Realizowano w ten sposób przedsięwzięcia komunikacyjne oraz wznoszono budowle publiczne. Koncesja ta stanowiła umowę, na podstawie której jedna lub kilka osób zobowiązywało się względem administracji państwowej, że wytworzy w interesie publicznym na własny koszt i na własne ryzyko określone urządzenia¹³. Wynagrodzenie koncesjonariusza stanowiły opłaty pobierane od użytkowników¹⁴. W związku z tym to właśnie koncesja stała się jednym z najistotniejszych elementów prywatyzacji wykonywania zadań publicznych. Spowodował to chroniczny brak kapitału w administracji państwowej oraz długi okres amortyzowania się poczynionych nakładów. Ponadto stan administracji nie zawsze gwarantował profesjonalne wykonanie tego typu projektów¹⁵.

Już na wczesnym etapie rozwoju prywatyzacja w postaci koncesji obejmowała nie tylko czynności z zakresu administracji świadczącej, ale także te związane z wykonywaniem władztwa publicznego. Szeroki udział kapitału prywatnego w inwestycjach publicznych znalazł powszechne zastosowanie

⁹ Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie roli EBI w partnerstwie publiczno-prywatnym (PPP) i wpływu PPP na wzrost, ECO /143 PPP, Bruksela 2005.

¹⁰ D.R. Kijowski, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000, za: B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010, s. 47.

¹¹ K. Brzozowska, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przesłanki, możliwości, bariery*, CeDeWu, Warszawa 2006, za: B. Korbus (red.), op. cit., s. 47.

¹² Delalleau, *Des droit et des obligationis des concessionnaires de travaux publics. Revere de legislation et de jurisprudence*, Paryż 1834, t. 1, s. 183.

¹³ A. Blondeau, *La concession de service Public*, Paris 1933, s. 16.

¹⁴ D.R. Kijowski, op. cit., s. 35.

¹⁵ Ibidem. M. Kania, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Oficyna Wydawnicza Walasek, Katowice 2013, s. 38.

od przełomu XVII i XVIII w. do końca wieku XIX, kiedy budowa urządzeń infrastrukturalnych (kanały wodne, drogi, szlaki kolejowe) w Europie, a później w Ameryce, Chinach i Japonii była finansowana ze źródeł prywatnych w ramach kontraktów koncesyjnych¹⁶. Rozwój prywatyzacji wykonywania zadań publicznych w postaci koncesji przerwał dopiero wzrost interwencjonizmu państwowego, narastający z końcem XIX stulecia. Zaspokojenie potrzeb w zakresie podstawowej infrastruktury należącej do państwa doprowadziło do zredukowania do minimum przekazywania wykonywania zadań publicznych na rzecz podmiotów prywatnych, w tym także koncesji robót publicznych¹⁷.

W Europie za pioniera nowej fali prywatyzacji uważa się Wielką Brytanię. Prywatyzacja w tym kraju na większą skalę rozpoczęła się z końcem lat 70. XX w. za rządów Margaret Thatcher¹⁸. Niniejsza tendencja zaowocowała wdrożeniem w 1992 r. szeroko zakrojonego programu *Private Finance Initiative* (PFI), który miał obejmować przedsiębiorstwa pozostające własnością państwa. W ramach PFI sektor publiczny stawał się nabywcą usług świadczonych przez przedsiębiorcę, ten drugi natomiast zapewniał aktywa trwale niezbędne do ich świadczenia. Jednym z wiodących modeli zarządzania i rozbudowy infrastruktury stały się kontrakty polegające na przekazaniu podmiotowi prywatnemu obowiązku zrealizowania inwestycji infrastrukturalnej lub świadczenia usług o charakterze publicznym wraz z jednoczesnym transferem określonego ryzyka na tego przedsiębiorcę¹⁹. W tym samym okresie we Francji popularnym modelem nawiązywania współpracy pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym stała instytucja *delegation de service public*. Model ten cechuje się pozyskiwaniem wpływów z opłat użytkowników (możliwe są však płatności obciążające jednostkę publiczną) infrastruktury zarządzanej i utrzymywanej przez koncesjonariusza (w zależności od modelu prawnego – również budowanej)²⁰.

Równocześnie ze wzrostem popularności koncepcji prywatyzacji, szczególnie w wariacie związanym z doktryną nowego zarządzania publicznego, na popularności zyskała również koncesja, która swoim przedmiotem obejmowała roboty budowlane lub usługi. W ten sposób koncesja weszła stopniowo do porządków prawnych innych państw Unii Europejskiej, powielając wyżej wskazany model brytyjski lub francuski, co zaowocowało kontraktami na budowę i zarządzanie infrastrukturą, których wartość sięgała setek milionów euro, w takich krajach, jak Niemcy, Włochy, Hiszpania, Portugalia, Holandia, państwa skandynawskie, Irlandia, Grecja, Czechy, Bułgaria, Rumunia czy Węgry.

¹⁶ Zob. [online] <http://ppp4krakow.pl/O_PPP/Definicja,_geneza_i_ewolucja/> (dostęp: 1.06.2016).

¹⁷ B. Korbus (red.), op. cit., s. 28.

¹⁸ S. Surdykowska, *Prywatyzacja*, Warszawa 1996, s. 51; M. Kania, op. cit., s. 40.

¹⁹ B. Korbus (red.), op. cit., s. 28.

²⁰ Ibidem.

Istota koncesji na roboty budowlane lub usługi

Z przepisów ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi²¹ wynika, że koncesja to umowa między koncesjodawcą i koncesjonariuszem, na podstawie której koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem. Jednakże przedmiotowe wynagrodzenie w przypadku robót budowlanych stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością, natomiast w przypadku koncesji na usługi – wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. Koncesja w takim kształcie jest traktowana jako szczególna forma zamówienia publicznego, jednakże z elementem specyficznego sposobu wynagradzania podmiotu prywatnego. Zawarcie umowy koncesji następuje w wyniku postępowania wszczętego w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, którego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym umowa koncesji zostanie zawarta. Przedmiot umowy koncesji nie został w sposób bezpośredni zdefiniowany przez ustawodawcę. Jednakże zgodnie z ustawą o koncesji na roboty budowlane i usługi, przedmiotem umowy koncesji mogą być roboty budowlane lub usługi. Warto wskazać, iż ustawa nie definiuje tych pojęć, odsyłając do definicji zawartych w ustawie – Prawo zamówień publicznych²². W konsekwencji przez koncesję na roboty budowlane należy rozumieć koncesję, której przedmiotem jest wykonywanie albo zaprojektowanie i wykonywanie robót budowlanych lub realizacja obiektu budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego²³. W zakres przedmiotu umowy koncesji na roboty budowlane wchodzić będą także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast koncesja na usługi została zdefiniowana w sposób negatywny i należy przez nią rozumieć koncesję, której przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Charakterystyczną cechą przedmiotu umowy koncesji jest specyficzny sposób wynagradzania koncesjonariusza. Wynagrodzenie to może bowiem przybrać postać pobierania pożytków z wybudowanego obiektu lub wykonywania usług. Ponadto wraz pobieraniem pożytków umowa koncesji może przewidywać dodatkową płatność ze strony

²¹ Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1920), dalej jako: u.k.r.b.u.

²² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.)

²³ Zgodnie z art. 3 pkt 1 i 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r., nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), obiekt budowlany to a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury.

koncesjodawcy²⁴, choć nie może to powodować przeniesienia ryzyka ekonomicznego wykonania przedmiotu koncesji. Niniejszy sposób wynagradzania koncesjonariusza odróżnia umowę koncesji od umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz od umowy w zawieranej w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego z zastosowaniem przepisów prawa zamówień publicznych.

Należy zauważyć, iż koncesja na roboty budowlane lub usługi stanowi wariant partnerstwa publiczno-prywatnego, jednakże koncesja może funkcjonować niezależnie od koncepcji partnerstwa publiczno-prywatnego²⁵. Koncesja na roboty budowlane i usługi w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego stanowi wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Pojęcie wspólności w realizacji przedsięwzięcia wymaga zaangażowania strony publicznej w proces świadczenia. Przez koncesję w tym modelu rozumie się współpracę sektora publicznego z sektorem prywatnym w celu realizacji przedsięwzięć lub świadczenia usług, które tradycyjnie były realizowane przez sektor publiczny. Współpraca ta opiera się na założeniu, iż każda ze stron jest w stanie wywiązać się z własnych, powierzonych jej zadań sprawniej niż druga strona. Strony w ten sposób uzupełniają się, zajmując się w ramach partnerstwa zadaniami, które wykonują najlepiej. Jednakże w przypadku koncesji ryzyko ekonomiczne przedsięwzięcia w zasadniczej części ponosi koncesjonariusz²⁶. Przez „zasadniczą część ryzyka ekonomicznego” rozumieć należy większą część całości tegoż ryzyka przypisaną wykonawcy koncesji, mimo że koncesja dotyczy składników majątkowych o charakterze publicznym. Koncesjodawca będzie mógł ponieść część ryzyka ekonomicznego, ale nie będzie ona mogła być równa lub wyższa od części spoczywającej na koncesjonariuszu. Ustawodawcy nie chodzi tu o potencjalne ryzyko, które może wystąpić, ale nie musi, lecz o ryzyko faktycznie ponoszone w okresie trwania umowy. W konsekwencji to koncesjonariusz bierze na siebie ryzyko powodzenia i rentowności danego przedsięwzięcia²⁷.

Dzięki podziałowi zadań, odpowiedzialności i ryzyka w ramach koncesji osiąga się najbardziej efektywny ekonomicznie sposób tworzenia infrastruktury i dostarczania usług publicznych. Przedmiotem współpracy są roboty budowlane lub świadczenie usług w oparciu o najbardziej optymalny podział zadań i ryzyk oraz korzyści, jednakże z immanentną odpowiedzialnością ekonomiczną koncesjonariusza oraz w oparciu o składniki majątkowe stanowiące mienie publiczne, natomiast jej celem jest osiągnięcie celów użytecznych publicznie.

²⁴ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 696).

²⁵ B. Korbus (red.), op. cit., s. 13.

²⁶ Art. 1 ust. 3 u.k.r.b.u.

²⁷ Wyroki ETS w sprawach: C-324/98 Telaustria z 7 grudnia 2000 r. oraz C-458/03 Parking Brixen z 13 października 2005 r.

Pojęcie prywatyzacji

Przenalizowanie koncesji na roboty budowlane lub usługi pod kątem prywatyzacji wymaga na wstępie wyjaśnienia zakresu pojęciowego instytucji prywatyzacji. Prywatyzacja ma charakter wielopłaszczyznowy, czego efektem są liczne, czasami niespójne definicje. W rozumieniu ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji²⁸, prywatyzacja polega na: obejmowaniu akcji w podwyższonym kapitale zakładowym jednoosobowych spółek Skarbu Państwa powstałych w wyniku komercjalizacji przez podmioty inne niż Skarb Państwa lub inne niż państwowe osoby prawne, zbywaniu należących do Skarbu Państwa akcji w spółkach, rozporządzaniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego lub spółki powstałej w wyniku komercjalizacji na zasadach określonych ustawą przez: sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki, oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania.

Pojęcie prywatyzacji przede wszystkim w kontekście własnościowym zostało również przyjęte przez część doktryny. Dla przykładu, według Sławomira Lachowskiego prywatyzacja oznacza proces przekształcający instytucje państwowe w prywatne, a jego skutkiem jest znaczna różnica jakościowa w późniejszym ich funkcjonowaniu²⁹. Definicja prywatyzacji jako procesu odnoszącego się do zmiany struktury własnościowej podmiotów publicznych, mimo iż ma najpowszechniejsze zastosowanie w obrocie prawnym, nie oddaje pełnej istoty procesu prywatyzacji. Warto zaznaczyć, iż w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi nie dochodzi do zmian własnościowych składników majątkowych, stanowiących czy też związanych z przedmiotem koncesji. Jak wskazuje Andrzej Panasiuk, koncesjonariusz w okresie trwania umowy zarządza składnikami majątkowymi pozostającymi własnością koncesjodawcy³⁰. Tym samym koncesja na roboty budowlane lub usługi nie mieści się w pojęciu prywatyzacji w wyżej wskazanym znaczeniu.

Warto w tym miejscu pokrótce przedstawić wybrane koncepcje nieograniczające się do kwestii zmiany struktury własnościowej. Otóż według Lidii Zacharko, prywatyzacja stanowi twórczy proces w zakresie sposobu wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne przejmujące zadania dobrowolnie, a prowadzące je w interesie wyższym, ogólnym, nie zaś w interesie jednostkowym³¹. Prywatyzacja jest w doktrynie traktowana również

²⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 981 z późn. zm.).

²⁹ S. Lachowski, *Prywatyzacja sektora bankowego jako czynnik wspomagający długofalowy wzrost gospodarczy*, Warszawa 1998.

³⁰ B. Korbus (red.), op. cit., s. 47.

³¹ L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych. Studium administracyjnoprawne*, Wyd. Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2000, s. 31.

jako proces polegający na zmianie sposobu wykonywania pewnych zadań, w takim przypadku podmiot prawa publicznego ustępuje miejsca podmiotom prawa prywatnego, a z drugiej strony istotny staje się wynik procesu prywatyzacji, czyli nowy sposób wykonywania zadań polegający na przejściu z formy publicznoprawnej do formy prywatnoprawnej³². Jak wskazuje Iwona Sierpowska, prywatyzacja sprowadza się do przekazywania (czy też zlecania) zadań administracji „na zewnątrz” (podmiotom prawa prywatnego), aby w założeniu wspierać organy administracji publicznej w wykonywaniu coraz bardziej rosnącej liczby zadań publicznych³³. Tomasz Bąkowski pojmuje prywatyzację jako rezygnację państwa z ingerencji w sprawy objęte dotychczasową regulacją prawną i mające przymiot zadań publicznych poprzez pozostawienie ich realizacji podmiotom spoza systemu administracji publicznej lub szerzej – podmiotom spoza systemu władzy w państwie³⁴. Z kolei Emanuel S. Savas niejako łączy dwie wyżej wskazane koncepcje, wskazując, iż prywatyzacja to podejmowanie działań ograniczających udział władz publicznych w działalności lub we własności zasobów na rzecz sektora prywatnego, najczęściej poprzez zbycie przedsiębiorstwa publicznego za pośrednictwem giełdy, na której sprzedaje się akcje jednoosobowej spółki Skarbu Państwa³⁵.

Z wyżej przedstawionego przeglądu definicji należy wywnioskować, iż prywatyzacja to nie tylko proces sprowadzający się do przekształceń własnościowych w obrębie kapitału publicznego i czynienia części mienia publicznego prywatnym. Proces prywatyzacji należy rozumieć szerzej, także jako zmianę w sposobie wykonywania zadań publicznych, co stanowi punkt wyjścia do dalszych rozważań odnoszących się do koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Formy prywatyzacji wykonywania zadań publicznych

Z uwagi na wielopłaszczyznowy charakter, a także nasilenie zadań publicznych bezsporne staje się ich przekazywanie do realizacji podmiotom prywatnym. Prywatyzacja zadań publicznych pojawiła się w polskiej gospodarce wraz z transformacją ustrojową i może odbywać się w różnych for-

³² S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, PWN, Warszawa – Kraków 1994, s. 26–27.

³³ I. Sierpowska, *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 250.

³⁴ T. Bąkowski, *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 184.

³⁵ E. Savas, *Prywatyzacja: klucz do lepszego rządzenia*, PWE, Warszawa 2002, s. 10.

mach, m.in. poprzez zawieranie umów z przedsiębiorcami z kapitałem prywatnym lub z instytucjami *non for profit*³⁶. Jak wskazał Jan Zimmermann, prywatyzacja stanowi jedną z wielu możliwości decentralizowania administracji publicznej i wymaganego przez zasadę subsydiarności maksymalnego zbliżania administracji publicznej do obywatela³⁷. Natomiast Ernest Knosala stwierdził, iż ograniczenie zadań administracji może nastąpić przez deregulację lub prywatyzację. Jednakże w wypadku prywatyzacji, mimo rezygnacji państwa z realizacji pewnych zadań publicznych, co do zasady państwo ma wpływ na kształt i sposób gospodarowania środkami publicznymi przez podmioty prywatne³⁸.

Prywatyzacja zadań publicznych nie tworzy jednolitej instytucji prawnej. Należy ją raczej potraktować jako zbiorcze określenie mechanizmów, których celem jest dokonanie przemian w administracji publicznej. Doktryna wyróżnia prywatyzację *sensu stricto* oraz prywatyzację *sensu largo*³⁹. Pierwsza ma miejsce, gdy organy administracji publicznej rezygnują z wykonywania zadań publicznych na rzecz podmiotów niepublicznych. W takim wypadku przestają być odpowiedzialne za określoną sferę życia społecznego, a zadanie publiczne przestaje mieć publiczny charakter. W przypadku, gdy wykonywanie zadań jest przejmowane przez podmioty niepubliczne w sposób bezpośredni, a władza publiczna pozostaje za nie odpowiedzialna, mówimy o prywatyzacji *sensu largo*. Zadania zachowują wówczas charakter publiczny, a jedynie zmienia się sposób ich realizacji z bezpośredniego na pośredni. W miejsce dawnych czynności, polegających na organizowaniu wykonywania zadań i ich wykonywaniu przez organy, zakłady czy przedsiębiorstwa publiczne, wchodzi czynności polegające na inspirowaniu, kontrolowaniu, nadzorowaniu czy wspieraniu podmiotów niepublicznych⁴⁰. Prywatyzacja *sensu largo* nie ma charakteru jednolitego, dlatego doktryna wyróżnia jej szczególne formy. W konsekwencji można wyróżnić prywatyzację organizacyjną, prywatyzację materialną oraz funkcjonalną⁴¹.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, w ramach prywatyzacji organizacyjnej zadania publiczne są realizowane przez państwo, jednak przy wykorzy-

³⁶ E. Savas, op. cit., s. 10.

³⁷ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 121.

³⁸ E. Knosala, *Zadania współczesnej administracji publicznej*, [w:] M. Baron-Wiaterek (red.), *Ustrojowo-prawne instrumenty polityki społecznej*, Gliwice 2005, s. 46.

³⁹ S. Biernat, op. cit., s. 30; A. Mikicka, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prywatyzacja sensu largo zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2012, s. 415; M. Kania, op. cit., s. 43.

⁴⁰ A. Mikicka, op. cit., s. 415.

⁴¹ L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 351.

staniu form prawa prywatnego⁴². Jak wskazuje Michał Kania, podmiot publiczny tworzy jednostkę działającą w formie prawa prywatnego w celu realizacji zadania publicznego⁴³. Prywatyzacja funkcjonalna polega natomiast na tym, że określone zadania publiczne zostają powierzone podmiotowi w pełni prywatnemu, nie tracąc charakteru publicznego, a przy tym są przez podmiot prywatny wykonywane pod daleko idącym nadzorem władz publicznych⁴⁴. W takim wypadku na podmiotach publicznych nadal spoczywa odpowiedzialność za należyte wykonanie takiego zadania. Odpowiedzialność ta nie obejmuje już czynności wykonawczo-realizacyjnych, lecz przyjmuje postać odpowiedzialności kierowniczej i nadzorczej⁴⁵. Ostatnią z form prywatyzacji *sensu largo* stanowi prywatyzacja materialna, która wyraża się przekazaniem zadań publicznych wraz z przeniesieniem pełnej odpowiedzialności za ich wykonanie na podmioty niepubliczne. Następuje wówczas przesunięcie zadania do sektora prywatnego⁴⁶, a jednostki publiczne nie mają albo posiadają znikomą bezpośrednią kontrolę nad jego wykonywaniem przed podmiot prywatny.

Podsumowanie – koncesja na roboty budowlane lub usługi jako prywatyzacja materialna

W świetle powyższych rozważań, bez większych wątpliwości można stwierdzić, iż realizacja umowy koncesji mieści się w pojęciu prywatyzacji, *in concreto* prywatyzacji dotyczącej wykonywania zadań publicznych. Z samej swojej istoty umowa koncesji stanowi ramę prawną do współpracy podmiotu publicznego z podmiotem prywatnym. Przedmiotem tego typu współpracy będzie zaspokajanie przez podmiot prywatny potrzeb o charakterze powszechnym, co do zasady wypełniające znamiona czynności, których realizacja skutkuje użytecznością publiczną. W związku z tym należy uznać, iż koncesja stanowi element systemu nowego zarządzania publicznego, której celem jest m.in. przekazywanie przez administrację państwową i samorządową funkcji o charakterze publicznym podmiotom prywatnym. Mamy zatem do czynienia z wycofywaniem się podmiotów publicznych z pewnej sfery działalności gospodarczej, społecznej, a nawet publicznej. Wraz z swoistą de-

⁴² Ibidem.

⁴³ M. Kania, op. cit., s. 44.

⁴⁴ M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Wolters Kluwer 2008, s. 265–266.

⁴⁵ M. Bugri, *Verwaltungsorganisationsrecht*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht: Verwaltungsverfahrenrecht – Verwaltungsprozessrecht (Recht – Kompendien)*, Nomos 2004, s. 854; H.J. Wolff, O. Bachoff, R. Stober, *Verwaltungsrecht*, Band 3, München 2004, s. 500–501.

⁴⁶ R. Hofmann, *Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben*, XBIBW 1984, s. 121; M. Kania, op. cit., s. 44.

legacją zadań publicznych następuje przerzucenie na podmiot prywatny także ryzyk związanych z przedsięwzięciem publicznym, w tym ryzyka ekonomicznego niepowodzenia inwestycji. Pamiętać przy tym należy, iż podmiot publiczny nie przerzuca na podmiot prywatny pełnej odpowiedzialności za wykonanie przekazanych zadań publicznych. Podmiot publiczny w ramach koncesji ponosi przede wszystkim odpowiedzialność przed społeczeństwem za powodzenie przedsięwzięcia, a ponadto odpowiedzialność za inne ryzyka – zgodnie z dokonaniem przez strony koncesji podziałem.

Przenosząc niniejsze dywagacje na poziom prywatyzacji wykonywania zadań publicznych, należy stwierdzić, iż koncesja stanowi prywatyzację *sensu largo*. Z całą pewnością koncesja na roboty budowlane lub usługi nie może być uznana za formę prywatyzacji *sensu largo* w postaci organizacyjnej. Warto zwrócić uwagę, iż w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego, którego wariantem może być koncesja na roboty budowlane lub usługi, przewidziano możliwość zawiazania przez podmioty prywatny i podmiot publiczny spółki celowej. Jednakże spółka celowa nie jest zawiązywana tylko i wyłącznie przez podmiot publiczny, jak to ma miejsce w przypadku prywatyzacji organizacyjnej, a ponadto spółka ta jest ograniczona tylko do danego przedsięwzięcia i z założenia ma charakter tymczasowy, co odróżnia ją od podmiotu utworzonego w wyniku prywatyzacji organizacyjnej.

Analizując koncesję na roboty budowlane lub usługi pod kątem prywatyzacji materialnej, należy zauważyć, iż w przeciwieństwie do procedury przewidzianej w tym typie prywatyzacji, w wyniku koncesji nie następuje definitywne przesunięcie danego zadania publicznego do sfery prywatnej. W dalszym ciągu zadania objęte koncesją to zadania o charakterze publicznym, które w pierwotnym założeniu powinny być wykonywane przez administrację publiczną. Otóż w ramach koncesji każdorazowo koncesjodawca w odbiorze społecznym będzie traktowany jako wykonawca robót budowlanych czy też podmiot świadczący usługi, gdyż z perspektywy obywateli to w jego imieniu koncesjonariusz wykonuje dane zadanie publiczne. Wobec tego podmiot publiczny nie jest w stanie przenieść na koncesjonariusza odpowiedzialności społecznej, a ponadto ponosi odpowiedzialność w szerszym zakresie, w szczególności przy zastosowaniu trybu partnerstwa publiczno-prywatnego. Chociaż koncesjonariusz najczęściej ponosi pełną, a co najmniej większą niż koncesjodawca odpowiedzialność za ekonomiczne powodzenie przedsięwzięcia, to nie obejmuje ona wszystkich sfer koncesji, a w przypadku koncesji *stricte* nie mamy do czynienia z prywatyzacją materialną.

Odnosząc się do prywatyzacji funkcjonalnej wykonywania zadań publicznych, należy wskazać, iż koncesja na roboty budowlane i usługi zasadniczo wypełnia przesłanki charakterystyczne dla tej formy prywatyzacji. Otóż *de facto* podmiot publiczny powierza podmiotowi prywatnemu wykonanie robót budowlanych lub usług, które są publicznie użyteczne, a co za tym idzie

– mieszczą się w desygnacie pojęcia zadania publicznego. Mimo że strony koncesji na roboty budowlane podejmują konsensualną formę współpracy, to silniejszą stroną umowy pozostaje podmiot publiczny. Sama umowa koncesji ma natomiast charakter adhezyjny, co powoduje, iż podmiot sfery publicznej dzięki odpowiednim zapisom sprawuje kontrolę, a w niektórych wypadkach nawet nadzór nad sposobem wykonania przedmiotu koncesji przez podmiot prywatny. Jak zostało to wskazane wcześniej, na podmiocie prywatnym spoczywa wówczas większy zakres ryzyk i zadań do wykonania, a co za tym idzie – większa odpowiedzialność, w szczególności odpowiedzialność ekonomiczna w zakresie powodzenia przedsięwzięcia, w przeciwieństwie do podmiotu publicznego, który w klasycznym kształcie koncesji ponosi odpowiedzialność społeczną. W konsekwencji koncesja na roboty budowlane lub usługi stanowi prywatyzację *sensu largo*, a *in concreto* mieści się w zakresie pojęciowym prywatyzacji funkcjonalnej.

Literatura

- Bąkowski T., *Administracyjnoprawna sytuacja jednostki w świetle zasady pomocniczości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, PWN, Warszawa – Kraków 1994.
- Blondeau A., *La concession de service Public*, Paris 1933.
- Brzozowska K., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Przestanki, możliwości, bariery*, CeDeWu, Warszawa 2006.
- Bugri M., *Verwaltungsorganisationsrecht*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht: Verwaltungsverfahrenrecht - Verwaltungsprozessrecht (Recht - Kompendien)*, Nomos 2004.
- Chojnicka K., Olszewski H., *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań 2004.
- Delalleau, *Des droit et des obligationis des concessionnaires de travaux publics. Revere de legailation et de jurisprudence*, Paryż 1834, t. 1.
- Gielda M., *Idea społeczeństwa obywatelskiego i zasada subsydiarności a umowy administracyjnoprawne*, [w:] J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, *Umowy w administracji*, Kolonia sp. z o.o.
- Hofmann R., *Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben*, XBIBW 1984.
- Kania M., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Oficyna Wydawnicza Walasek, Katowice 2013.
- Kijowski D.R., *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Temida 2, Białystok 2000.
- Knosala E., *Zadania współczesnej administracji publicznej*, [w:] M. Baron-Wiaterek (red.), *Ustrojowo-prawne instrumenty polityki społecznej*, Gliwice 2005.
- Korbus B. (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2010.
- Kożuch B., *Zarządzanie publiczne. W teorii i praktyce polskich organizacji*, Placet, Warszawa 2004.

- Krynica H., *Koncepcja Nowego Zarządzania W Sektorze Publicznym (New Public Management)*, „Prace Instytutu Prawa i Administracji PWSZ w Sulechowie” 2006, nr 2.
- Lachowski S., *Prywatyzacja sektora bankowego jako czynnik wspomagający długofalowy wzrost gospodarczy*, Warszawa 1998.
- Langrod J.S., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Reprint – Zakamycze 2003.
- Mikicka A., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako prywatyzacja sensu largo zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2012.
- Savas E., *Prywatyzacja: klucz do lepszego rządzenia*, PWE, Warszawa 2002.
- Sierpowska I., *Ustawa o pomocy społecznej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Surdykowska S., *Prywatyzacja*, Warszawa 1996.
- Szydło M., *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Wolters Kluwer 2008.
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych. Studium administracyjnoprawne*, Wyd. Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2000.
- Zacharko L., Wartenberg-Kempka B., *Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Kraków 2007.
- Zalewski A., *Reformy sektora publicznego w duchu nowego zarządzania publicznego*, [w:] A. Zalewski (red.), *Nowe zarządzanie publiczne w polskim samorządzie terytorialnym*, Wyd. SGH, Warszawa 2005.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

Summary

A concession contract for works or services as a form of privatization of performance of public task

Key words: concession for works and services, contract, privatisation, public task.

A public administration in accordance with the welfare state conception is obliged to perform more and more public task. A increase of public task is so rapid that public entities are not capable to undertake them in proper way. However, currently as a answer for this problems occur a conception of New Public Management, which depends on transferring performance of public task to private sector. As a example of mentioned conception can be indicated a concession contract for works or services. The contract concession for works or services is dated back from antiquities, but a prototype of current version derive mainly form medieval French law thereof. Furthermore institution of concession has been appeared recently in other western jurisdictions. In Poland legal base for concession provides an act on concession for works or services. Pursuant to this act concession contract is a cooperation between economic operator and pubic entity on the basis of which the public

task are performed. What is significant economic operator is liable for most of task and risk associated with the public project, particularly he is liable for economic prosperity of project. Notwithstanding public party bear social responsibility for public task and oversee realization of concession contract. This mentioned model of cooperation between public and private sector is example as effective privatization of performance of public task. It should be noticed that Polish model of concession seems to be a functional privatization of performance of public task.

Glosy

Glosa do wyroku WSA w Warszawie z dnia 23 października 2015 r., sygn. akt VII SA/Wa 22/15

Stwierdzenie przez organ, że wnoszący odwołanie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. następuje w drodze decyzji o umorzeniu postępowania wydanej na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 127 § 1 k.p.a. lub w przypadku wniesienia zażalenia – postanowienia o umorzeniu postępowania zażaleniowego (art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 144 k.p.a.), nie zaś w formie postanowienia wydanego na podstawie art. 134 k.p.a.

Sentencja

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2015 r. sprawy ze skargi S.C. na postanowienie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia [...] marca 2015 r., znak [...] w przedmiocie stwierdzenia niedopuszczalności zażalenia uchyła zaskarżone postanowienie.

Uzasadnienie

[...] Konserwator Zabytków postanowieniem z dnia [...] lipca 2013 r. nr [...] uzgodnił pozwolenie na wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie elewacji budynku mieszkalnego przy ul. [...] w [...], według projektu budowlanego [...] wykonanego przez [...]. Pismem z dnia [...] maja 2014 r. E.C. wniosła o wznowienie postępowania zakończonego ww. postanowieniem na podstawie art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. Postanowieniem z dnia [...] sierpnia 2014 r. znak [...], organ I instancji wznowił postępowanie administracyjne zakończone postanowieniem z dnia [...] lipca 2013 r., nr [...], a następnie postanowieniem z dnia [...] października 2014 r., znak [...] odmówił uchylenia postanowienia z dnia [...] lipca 2013 r., nr [...].

W uzasadnieniu powyższego postanowienia organ wskazał, że zgodnie z ustawą o własności lokali, podmiotem uprawnionym do występowania w postępowaniu administracyjnym, w sytuacji gdy postępowanie dotyczy części wspólnych nieruchomości, jest wspólnota mieszkaniowa reprezentowana przez zarząd. Status strony dla E.C. w niniejszym postępowaniu nie może w tej sytuacji wynikać wyłącznie z faktu, że jest ona współwłaścicielem nieruchomości wspólnej. Taki status mógłby wynikać jedynie, gdyby postępowanie dotyczyło jej indywidualnego interesu prawnego. [...]

Zażalenie na postanowienie z dnia [...] października 2014 r. wniosła S.C. Po rozpatrzeniu zażalenia S.C. na ww. postanowienie postanowieniem z dnia [...] marca 2015 r. Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego stwierdził niedopuszczalność zażalenia. W uzasadnieniu postanowienia organ odwoławczy podkreślił, że po otrzymaniu odwołania (zażalenia) obowiązany jest zbadać jego dopuszczalność, która wyznaczona jest przesłankami przedmiotowymi i podmiotowymi. Przesłanki podmiotowe to złożenie odwołania przez legitymowany podmiot stroną postępowania w sprawie. [...] Organ odwoławczy wskazał, że postępowanie wznowieniowe było prowadzone na wniosek E.C. i do niej skierowane było postanowienie, żaląca się brała udziału w tym postępowaniu. Ponadto stwierdził, że omawiane postanowienie nie nakłada na żalącą się żadnych obowiązków ani nie przyznaje jej jakichkolwiek uprawnień. [...]

Skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie na ww. postanowienie wniosła S.C., wnosząc o jego uchylenie. W uzasadnieniu skargi skarżąca wskazała, że zalecenie [...] Konserwatora Zabytków zastosowania ocieplenia od strony wewnętrznej przy użyciu płyt klimatycznych układanych w poszczególnych pomieszczeniach na ścianach obwodowych budynku dotyczą nie tylko części wspólnych (pomieszczeń), ale również lokali wyodrębnionych. Zdaniem strony skarżącej nie może być spornym, że obok Wspólnoty Mieszkaniowej [...] wszyscy właściciele lokali, w których ściany obwodowe występują, są stroną postępowania, które przeprowadzono w oparciu o te zalecenia. (...)

W odpowiedzi na skargę Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego wniósł o jej oddalenie.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, zważył co następuje:

[...] Na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem oceny Sądu było wydane podstawie na podstawie art. 134 k.p.a. postanowienie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia [...] marca 2015 r. o stwierdzeniu niedopuszczalności zażalenia złożonego przez S.C. od postanowienia Prezydenta Miasta [...] z dnia [...] października 2014 r. znak: [...] odmawiającego E.C. uchylenia postanowienia własnego z dnia [...] lipca 2013 r. nr [...] uzgadniającego Wspólnocie Mieszkaniowej Nieruchomości przy ul. [...] w [...] pozwole-

nie na wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie elewacji budynku mieszkalnego przy ul. [...] w [...].

Niewątpliwie Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego był zobowiązany w pierwszej kolejności zbadać formalne przesłanki dopuszczalności wniesionego przez skarżącą zażalenia. Wskazać w związku z tym należy, że niedopuszczalność odwołania/ zażalenia może wynikać zarówno z przyczyn o charakterze przedmiotowym jak i podmiotowym. [...]

W razie gdy odwołanie/ zażalenie wniósł podmiot, który twierdzi, że posiada przymiot strony w toczącym się postępowaniu, organ odwoławczy obowiązany jest rozpoznać jego odwołanie bądź zażalenie. Jeżeli w wyniku rozpoznania odwołania organ stwierdzi, że podmiot ten nie ma w danej sprawie indywidualnego interesu prawnego lub obowiązku, to zgodnie z uchwałą Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 1999 r., sygn. akt OPS 16/98, ONSA z 1999 r., nr 4, poz. 119), wydaje on wówczas decyzję o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a. [...]

Uchwała ta w ocenie Sądu ma w pełni zastosowanie także w razie wniesienia zażalenia przez podmiot do tego nielegitymowany materialnie. W konsekwencji odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących odwołań w postępowaniu zażaleniowym stwierdzenie, iż podmiot wnoszący zażalenie nie jest czynnie do tego legitymowany, albowiem nie posiada własnego interesu prawnego do zakwestionowania wydanego przez I instancję postanowienia, winno prowadzić do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania zażaleniowego (art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 144 k.p.a.), nie zaś do stwierdzenia jego niedopuszczalności.

Akceptując powyższy pogląd, stwierdzić przyjdzie, że ustalenie interesu prawnego wnoszącego odwołanie lub zażalenie powinno nastąpić w toku jego rozpoznania na podstawie stanu faktycznego wynikającego z dowodów zebranych przez organ I instancji wraz z ewentualnym ich uzupełnieniem zgodnie z art. 136 k.p.a. [...]

Ponownie podkreślić należy, że stwierdzenie przez organ, iż wnoszący odwołanie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., następuje w drodze decyzji o umorzeniu postępowania wydanej na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 127 § 1 k.p.a. lub w przypadku wniesienia zażalenia – postanowienia o umorzeniu postępowania zażaleniowego (art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 144 k.p.a.), nie zaś w formie postanowienia wydanego na podstawie art. 134 k.p.a., tak jak to uczynił organ w niniejszej sprawie.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że stwierdzenie niedopuszczalności odwołania/ zażalenia z przyczyn podmiotowych może mieć miejsce tylko wówczas, gdy ze złożonego odwołania/ zażalenia wynika w sposób oczywisty, jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że wnoszący nie jest stroną postępowania. Sąd nie podziela stanowiska organu, iż wystąpiły w niniejszej sprawie takie okoliczności.

Organ odwoławczy był więc zobowiązany przeprowadzić postępowanie [...] w oparciu o zebrany materiał dowodowy, czy skarżącej przysługuje przymiot strony w toczącym się postępowaniu, czego nie uczynił. [...] Wobec powyższego, skoro doszło do naruszenia przepisów procedury administracyjnej art. 7 i 77 k.p.a., a w szczególności art. 134 k.p.a., które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, Sąd uchylił zaskarżone postanowienie w trybie przepisu art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2012 r., nr 270 ze zm.).

Glosa

W glosowanym orzeczeniu skład orzekający Sądu odniósł się do kwestii, na jakim etapie postępowania odwoławczego organ II instancji bada interes prawny¹ podmiotu wnoszącego odwołanie/ zażalenie, a w związku z tym, czy art. 134 k.p.a.² może stanowić podstawę do rozstrzygnięcia, że odwołujący się/ wnoszący zażalenie nie jest stroną postępowania w rozumieniu art. 28 k.p.a. Zdaniem Sądu, stwierdzenie przez organ, że nie jest on stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., następuje w drodze decyzji o umorzeniu postępowania lub w przypadku wniesienia zażalenia – postanowienia o umorzeniu postępowania zażaleniowego, nie zaś w formie postanowienia wydanego na podstawie art. 134 k.p.a.

Należy zauważyć, że po otrzymaniu odwołania wraz z aktami sprawy organ II instancji, zanim zacznie rozpoznawać sprawę merytorycznie, przeprowadza postępowanie wstępne³. W trakcie tego postępowania bada, czy odwołanie jest dopuszczalne i czy zostało wniesione w terminie. W sytuacji stwierdzenia przez organ, że wniesione odwołanie jest niedopuszczalne, na podstawie art. 134 k.p.a. wydawane jest postanowienie o jego niedopuszczalności.

W literaturze wskazuje się, że niedopuszczalność odwołania może wynikać z przesłanek przedmiotowych oraz przesłanek podmiotowych. Niedopuszczalność odwołania z przyczyn przedmiotowych ma miejsce, gdy w spra-

¹ Szerzej o pojęciu „interesu prawnego”: D. Calkiewicz, *Interes prawny jako podstawa legitymacji procesowej strony w postępowaniu administracyjnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 83 i n.

² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm.).

³ W postępowaniu odwoławczym, poza stadium postępowania wstępnego, wyróżnia się jeszcze stadium rozpoznawcze, którego przedmiotem jest powtórne rozpoznanie sprawy oraz stadium orzecznicze, którego celem jest podjęcie ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy – W. Chróścielewski, J.P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 185.

wie nie jest spełniony aspekt przedmiotowy zaskarżalności w toku instancji, czyli np. sprawa nie została jeszcze rozpoznana i rozstrzygnięta decyzją administracyjną organu I instancji, decyzja organu I instancji nie weszła do obrotu prawnego przez doręczenie lub ogłoszenie stronie, sprawa została rozpoznana i rozstrzygnięta decyzją ostateczną, sprawa nie była rozstrzygnięta w drodze decyzji, lecz umową cywilnoprawną, gdy przepisy szczególnie wyłączają możliwość wniesienia odwołania od danej decyzji⁴.

Z kolei niedopuszczalność odwołania z przyczyn podmiotowych występuje, gdy odwołujący się nie posiada zdolności do czynności prawnych, jak również w przypadku oczywistego braku legitymacji u podmiotu wnoszącego odwołanie (np. wniesienia odwołania przez organizację społeczną, która nie została dopuszczona do udziału w postępowaniu na prawach strony)⁵. Wskazuje się, że art. 134 k.p.a. pozwala na stwierdzenie niedopuszczalności odwołania, jeżeli ustalenie tej okoliczności nie wiąże się z oceną interesu prawnego podmiotu wnoszącego odwołanie⁶. W sytuacji, gdy ustalenie interesu prawnego wymaga podjęcia czynności dowodowych w postępowaniu wyjaśniającym⁷, organ odwoławczy obowiązany jest podjąć postępowanie odwoławcze, a jeżeli ustali, że podmiot wnoszący odwołanie nie ma interesu prawnego, zakończy postępowanie odwoławcze decyzją o jego umorzeniu⁸.

Podobnie NSA w uchwale z dnia 5 lipca 1999 r. uznał: „Stwierdzenie przez organ odwoławczy, iż wnoszący odwołanie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., następuje w drodze decyzji o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a.”⁹. Również w wyroku z dnia 10 marca 1986 r. NSA przyjął, że „1. Artykuł 134 k.p.a. nie stanowi podstawy do rozstrzygania o odmowie uznania za stronę. 2. Postanowienie organu odwoławczego, stwierdzające na podstawie art. 134 k.p.a. niedopuszczalność odwołania wniesionego przez osobę, której organ ten – z naruszeniem art. 28 k.p.a. – nie uznał za stronę postępowania administracyjnego, należy uznać za decyzję administracyjną jednoznaczną w skutkach z umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a.”¹⁰.

⁴ B. Adamiak, *Weryfikacja rozstrzygnięć w toku instancji*, [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 9: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Prawo procesowe administracyjne*, Warszawa 2010, s. 215; Z.R. Kmiecik, *Wszczęcie ogólnego postępowania administracyjnego*, Lex 2014.

⁵ K. Glibowski, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 562-563.

⁶ G. Łaszczyca, *Postanowienie administracyjne w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Lex 2012.

⁷ Szerzej na temat obowiązków organu II instancji w postępowaniu wyjaśniającym: A. Rotkiewicz, *Zasada dwuinstancyjności postępowania podatkowego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 336-337.

⁸ K. Glibowski, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego...*, s. 563.

⁹ Sygn. akt OPS 16/98, ONSA 1999, nr 4, poz. 119.

¹⁰ Sygn. akt III SA 1377/86, ONSA 1989, nr 1, poz. 1.

Należy jednak zauważyć, że ww. uchwała z dnia 5 lipca 1999 r. została podjęta w okresie, gdy k.p.a. nie zawierał jeszcze regulacji dających podstawę do odmowy wszczęcia postępowania zwykłego w przypadku wniesienia podania przez osobę niebędącą stroną. W tej sytuacji badanie legitymacji procesowej podmiotu wnoszącego żądanie wszczęcia postępowania miało miejsce dopiero na etapie postępowania wyjaśniającego. Jednak w 2011 r. w wyniku nowelizacji¹¹ został dodany art. 61a, na podstawie którego organ w drodze postanowienia odmawia wszczęcia postępowania, jeżeli żądanie pochodzi od osoby niebędącej stroną lub z innych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte¹². W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. wskazano, że art. 61a k.p.a. został wprowadzony w celu odróżnienia „postępowania wstępnego, polegającego na wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania administracyjnego, od postępowania właściwego, które kończy się rozstrzygnięciem sprawy co do istoty przez wydanie decyzji administracyjnej”¹³.

Dodanie art. 61a k.p.a. nie spowodowało, że przestały istnieć rozbieżności w doktrynie odnośnie wykładni przepisu art. 28 k.p.a. i zawartej w nim legitymacji procesowej strony postępowania¹⁴. Nadal istnieje spór, czy interes prawny podmiotu wnoszącego żądanie powinien być badany przed wszczęciem postępowania, tj. w stadium wstępnym, czy już po jego wszczęciu – podczas postępowania wyjaśniającego. Zdaniem Barbary Adamiak, jeżeli wnoszący podanie powołuje się na swój interes prawny, to ustalenie, czy żądanie takie jest zasadne, może nastąpić wyłącznie w toku postępowania administracyjnego. Za sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego należy uznać rozważanie przez organ interesu prawnego podmiotu poza formami postępowania administracyjnego¹⁵. W przypadku stwierdzenia braku interesu prawnego lub obowiązku prawnego postępowanie powinno zostać zakończone decyzją o jego umorzeniu z powodu bezprzedmiotowości, a nie wydanym na podstawie art. 61a § 1 k.p.a. postanowieniem o odmowie wszczęcia postępowania¹⁶.

¹¹ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2011 r., nr 6, poz. 18).

¹² W doktrynie określono tę zmianę jako „jedną z najważniejszych zmian” – W. Chróścielewski, *Zmiany w zakresie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego i prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, które weszły w życie w 2011 r.*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2011, nr 4, s. 14.

¹³ Zob. Druk sejmowy nr 2987 z 16 kwietnia 2010 r., s. 16.

¹⁴ Zob. szerzej: D. Calkiewicz, *Glosa do wyroku WSA w Warszawie z dnia 29 marca 2012 r., VIII SA/Wa 1127/11*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29, s. 274-275.

¹⁵ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 297.

¹⁶ B. Adamiak, *Refleksje na temat dopuszczalności postępowania administracyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 5, s. 24.

Grzegorz Łaszczyca wskazuje, że odmowa wszczęcia postępowania administracyjnego z powodu wniesienia żądania przez osobę niebędącą stroną będzie miała miejsce, gdy brak interesu prawnego określonego podmiotu jest oczywisty, tj. osoby tej w sposób jednoznaczny nie można uznać za stronę postępowania. Oczywiście ta będzie wynikała z podania zawierającego żądanie wszczęcia postępowania albo zostanie stwierdzona w wyniku prostych czynności organu. W sytuacji, gdy przesądzenie o interesie prawnym podmiotu w określonej sprawie administracyjnej wymaga podjęcia czynności wyjaśniających, czynności te powinny być realizowane w granicach postępowania administracyjnego. Jeżeli po wykonaniu tych czynności organ uzna, że żądanie wszczęcia postępowania zostało wniesione przez podmiot niebędący stroną, w drodze decyzji postępowanie zostanie umorzone¹⁷.

Z kolei Rafał Stankiewicz zauważa, że wprowadzając art. 61a k.p.a., ustawodawca przyjął legitymację obiektywną z elementami legitymacji subiektywnej. Po otrzymaniu przez organ wniosku o wszczęcie postępowania administracyjnego organ jest zobowiązany do zbadania, czy podmiot występujący z takim żądaniem jest stroną tego postępowania w rozumieniu art. 28 k.p.a. Jeżeli po wstępnej oceny organ stwierdzi, że dany podmiot nie posiada legitymacji w tym zakresie, to wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania administracyjnego na podstawie art. 61a k.p.a. Zatem na organie ciąży obowiązek dokonania wstępnej oceny, czy określony podmiot jest stroną postępowania¹⁸.

Należy się zastanowić, czy w postępowaniu odwoławczym w stadium wstępnym również organ II instancji powinien badać interes prawny podmiotu wnoszącego odwołanie/ zażalenie i w przypadku stwierdzenia braku takiego interesu wydaje postanowienie o niedopuszczalności odwołania/ zażalenia? Czy nadal, pomimo wprowadzenia do k.p.a. art. 61a, wniesienie odwołania/ zażalenia przez podmiot przekonany o posiadaniu interesu prawnego w rozpatrywanej sprawie będzie skutkowało wszczęciem postępowania odwoławczego/ zażaleniowego?

Jak zauważa Jan Paweł Tarno, z art. 61a k.p.a. wynika, że podanie pochodzące od osoby, która nie jest stroną, nie spowoduje wszczęcia postępowania. Organ jest zobowiązany zbadać tę kwestię jeszcze przed wszczęciem postępowania i w sytuacji ustalenia, że osoba wnosząca podanie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., organ wydaje postanowienie odmowne. Zatem brak legitymacji procesowej strony powoduje niedopuszczalność wszczęcia

¹⁷ G. Łaszczyca, op. cit.

¹⁸ R. Stankiewicz, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 289; podobnie: E. Szewczyk, M. Szewczyk, *Odmowa wszczęcia postępowania administracyjnego w kontekście art. 61a kodeksu postępowania administracyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, z. 1, s. 41.

postępowania administracyjnego. Brak ten stanowi również przesłankę niedopuszczalności odwołania o charakterze podmiotowym¹⁹.

Podobnie Wojciech Chróścielewski wskazuje, że aktualnie organ II instancji powinien na wstępnym etapie postępowania odwoławczego rozważyć, czy wnoszący odwołanie jest stroną tego postępowania, a zatem czy odwołanie to jest dopuszczalne. Jeżeli okaże się, że wnoszący odwołanie nie jest stroną postępowania, bowiem nie spełnia przesłanek określonych w art. 28 k.p.a., organ II instancji powinien stwierdzić niedopuszczalność odwołania na podstawie art. 134 w zw. z art. 61a k.p.a. Jedynie w przypadku, gdy kwestia interesu prawnego u wnoszącego odwołanie (np. współwłaściciela nieruchomości sąsiadującej z nieruchomością, na której ma być wznoszony obiekt budowlany) nie jest oczywista, należy wszcząć postępowanie odwoławcze w celu wyjaśnienia istnienia tego interesu. Jeżeli interes prawny podmiotu wnoszącego odwołanie nie zostanie wykazany, organ powinien wydać decyzję o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a.²⁰

Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem Sądu zajętym w głosowanym orzeczeniu, że nie można rozstrzygać o interesie prawnym podmiotu wnoszącego odwołanie/ zażalenie we wstępnym stadium postępowania odwoławczego/ zażaleniowego. Skoro ustawodawca wprowadził do przepisów k.p.a. art. 61a w celu wyodrębnienia postępowania wstępnego, w trakcie którego organ I instancji bada interes prawny podmiotu żądającego wszczęcia postępowania i w sytuacji stwierdzenia braku takiego interesu wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania, to takie same czynności powinny być podejmowane przez organ II instancji po otrzymaniu odwołania/ zażalenia. Nie ma bowiem podstaw do różnicowania wszczęcia postępowania przed organem I i II instancji. Zatem w przypadku stwierdzenia przez organ II instancji, że odwołujący się/ wnoszący zażalenie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., organ powinien wydać postanowienie o niedopuszczalności odwołania/ zażalenia. Takie rozstrzygnięcie nie narusza praw strony, gdyż w razie odmowy uznania podmiotu za stronę postępowania i wydania przez organ II instancji postanowienia na podstawie art. 134 k.p.a., podmiot ten może wnieść skargę do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Postanowienie to podlega również weryfikacji w trybie wznowienia postępowania oraz w trybie stwierdzenia nieważności decyzji zgodnie z art. 126 k.p.a.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji pojawienia się trudności przy ustalaniu interesu prawnego odwołującego się/ wnoszącego zażalenie

¹⁹ J.P. Tarno, *Uprawnienia decyzyjne organu odwoławczego w świetle znowelizowanego art. 138 k.p.a.*, [w:] *Analiza i ocena zmian Kodeksu postępowania administracyjnego w latach 2010–2011*, Warszawa 2012, s. 224.

²⁰ W. Chróścielewski, *Konsekwencje prawne złożenia odwołania przez osobę, która nie jest stroną postępowania administracyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016, nr 5, s. 27 i 29.

i zaistnienia potrzeby zbadania tej kwestii w toku postępowania wyjaśniającego, organ II instancji powinien jednak wszcząć postępowanie odwoławcze/zażaleniowe i w razie stwierdzenia braku interesu prawnego podmiotu wnoszącego odwołanie/zażalenie umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a. Nie można jednak generalnie przyjmować, że interes prawny podmiotu wnoszącego odwołanie/zażalenie nie może być rozważany w stadium wstępnym postępowania odwoławczego/zażaleniowego.

Dorota Całkiewicz

Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt I SA/Łd 31/16

Stwierdzenie przez organ, że wnoszący odwołanie nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a. następuje w drodze decyzji o umorzeniu postępowania wydanej na podstawie art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 127 § 1 k.p.a. lub w przypadku wniesienia zażalenia – postanowienia o umorzeniu postępowania zażaleniowego (art. 138 § 1 pkt 3 w zw. z art. 144 k.p.a.), nie zaś w formie postanowienia wydanego na podstawie art. 134 k.p.a.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi Wydział I po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2016 r. sprawy ze skargi B. U. na postanowienie Dyrektora Izby Skarbowej w Ł. z dnia [...] nr UNP: [...] w przedmiocie odmowy stronie prawa do zapoznania się z wyłączonymi z akt sprawy dokumentami oddala skargę.

Uzasadnienie

Zaskarżonym postanowieniem z dnia [...] Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. utrzymał w mocy własne postanowienie z dnia [...] w przedmiocie odmowy B. U. prawa do zapoznania się z wyłączonymi z akt sprawy dokumentami.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia przedstawiono dotychczasowy przebieg postępowania.

Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. jako organ podatkowy I instancji, działając na podstawie art. 180 § 1 i art. 181 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, postanowieniem z dnia 13 lipca 2015 r. włączył do akt sprawy materiał dowodowy z postępowania kontrolnego przeprowadzonego przez Dyrektora Urzędu Kontroli Skarbowej w W. wobec M. B. w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych za 2006 r. oraz podatku od towarów i usług za poszczególne miesiące 2006 r., pozyskany od Dyrektora Izby Skarbowej w W.

Ze względu na fakt, że zakwestionowane faktury wystawione przez M. B. na rzecz B. U. były refakturami faktur wystawionych przez podmioty zamieszczone w proceder objęty śledztwem prowadzonym przez Prokuraturę Apelacyjną w R., Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. pismem z dnia 21 maja 2015 r. wystąpił do tej Prokuratury o wyrażenie zgody na włączenie do akt sprawy i wykorzystanie przez organ odwoławczy oraz udostępnienie stronie materiałów ze śledztwa o sygn. [...]. W wyniku rozpatrzenia powyższego wniosku Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w R. zarządzeniem z dnia 1 czerwca 2015 r. wyraził zgodę na włączenie i wykorzystanie w postępowaniu odwoławczym materiałów z tego śledztwa, jednakże zawarł wyraźne zastrzeżenie, że nie wyraża zgody na udostępnienie tych materiałów stronie postępowania, bowiem nie zostało ukończzone i ujawnienie materiałów tego postępowania innym osobom mogłoby utrudnić prawidłowy bieg śledztwa. W tej sytuacji Dyrektor Izby Skarbowej w Ł., związany stanowiskiem dysponenta procesowego przedmiotowych dokumentów, stosownie do art. 179 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa, postanowieniem z dnia 13 lipca 2015 r. wyłączył z akt sprawy następujące dokumenty: wyciągi z protokołów przesłuchań podejrzanych, wyciąg z protokołu przesłuchania, wyciąg z postanowienia Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w R. z dnia 7 kwietnia 2011 r. o przedstawieniu zarzutów, postanowienie Prokuratora Prokuratury Apelacyjnej w R. z dnia 23 listopada 2011 r. o uzupełnieniu-zmianie zarzutów, szczegółowo opisujących z imienia i nazwiska. Kolejnym postanowieniem z dnia 13 lipca 2015 r. strona została poinformowana o możliwości zapoznania się w trybie art. 200 § 1 z materiałem dowodowym znajdującym się w aktach sprawy. Strona nie skorzystała z tego uprawnienia, jednak pismem z dnia 21 lipca 2015 r. zwróciła się do organu z żądaniem udostępnienia do wglądu wyłączonych z akt sprawy dokumentów. Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2015 r. postanowił odmówić stronie prawa do zapoznania się z wyłączonymi dokumentami. Na powyższe postanowienie strona złożyła zażalenie [...]. Dyrektor Izby Skarbowej w Ł., odnosząc się do zarzutów zażalenia, powołał się na treść art. 178 § 1 i § 3 oraz art. 179 § 1 ustawy Ordynacja podatkowa i podkreślił, że stosowanie przesłanki ograniczenia prawa strony w dostępie do akt ze względu na interes publiczny nie jest oczywiste ze względu na fakt, iż Ordynacja podatkowa ani inne ustawy nie zawierają definicji określenia „interes publiczny”. Wskazano, że organ wydający postanowienie o wyłączeniu dokumentu z akt sprawy musi w nim wyjaśnić, co w danym przypadku stanowi interes publiczny, który jest przesłanką uniemożliwiającą stronie zapoznanie się z poszczególnymi dokumentami i ma większą wagę niż indywidualne uprawnienia strony wynikające z generalnych zasad postępowania podatkowego. Mając na uwadze powyższe, w ocenie organu w przedmiotowej sprawie interes publiczny został jasno określony – jako dobro prowadzonego śledztwa przez Prokuraturę Apelacyjną w R., udostępnienie

nie stronie materiałów mogłoby bowiem utrudnić prawidłowy bieg śledztwa. Podsumowując organ odwoławczy nie stwierdził naruszenia przepisów art. 121, art. 123, art. 178 i art. 179 Ordynacji podatkowej (dalej: O.p.).

Na postanowienie Dyrektora Izby Skarbowej w Ł. z dnia [...] wniesiono skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzucono:

1) naruszenie art. 179 § 1 O.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie przejawiające się w zastosowaniu niewłaściwej podstawy odmowy stronie postępowania dostępu do akt sprawy;

2) naruszenie art. 179 § 1 w zw. z art. 217 § 2 O.p. poprzez sporządzenie lakonicznego uzasadnienia postanowienia i brak sprecyzowania istnienia przesłanek uprawniających do zastosowania przepisu o odmowie skarżącemu dostępu do akt;

3. naruszenie art. 179 § 2 O.p. w zw. art. 216 § 1 i 2 O.p. poprzez niewydanie postanowienia o odmowie dostępu do wyłączonej części dokumentów z akt postępowania w trakcie zapoznawania się z aktami i poprzestaniu jedynie na ustnym poinformowaniu o braku dostępu do dokumentów bez za protokolowania tego faktu;

4) naruszenie art. 121 § 1 O.p. w zw. z art. 123 § 1 O.p. poprzez uniemożliwienie skarżącemu udziału w postępowaniu w zw. z brakiem dostępu do dokumentów wskazanych w skarżonym postanowieniu i brak możliwości odniesienia się skarżącego do materiału dowodowego w aktach postępowania;

5) naruszenie art. 120 O.p. w zw. z 121 § 1 O.p. poprzez nienależyte informowanie skarżącego o losie dokumentów w aktach postępowania, co pociąga za sobą nieuzasadnione ograniczenie skarżącemu dostępu do informacji o sprawie. [...]

W odpowiedzi na skargę Dyrektor Izby Skarbowej w Ł. wniósł o jej oddalenie, podnosząc argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna, gdyż zaskarżone postanowienie odpowiada prawu. [...]

Zgodnie z art. 178 § 1 O.p. zdanie pierwsze, strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Cytowany przepis wyraża zasadę jawności postępowania podatkowego i zarazem stanowi jeden z przejawów zasady czynnego udziału strony w tymże postępowaniu.

Jednak jawność postępowania i czynny udział strony w tym postępowaniu nie mają charakteru nieograniczonego. W myśl art. 179 § 1 O.p., stosowanie art. 178 O.p. organ podatkowy może wyłączyć w stosunku do znajdujących się w aktach sprawy dokumentów zawierających informacje niejawne, a także do innych dokumentów, które organ podatkowy wyłączy z akt sprawy ze względu na interes publiczny.

Z powyższego wynika, że występują dwie niezależne przesłanki uprawniające organ podatkowy do wyłączenia jawności postępowania. Jedną z nich jest nadanie statusu informacji niejawnych określonym dokumentom zgromadzonym w toku postępowania. Wówczas organ podatkowy ma prawo wyłączyć jawność tych dokumentów, powołując się na ich niejawny charakter. Drugą przesłanką jest natomiast wyłączenie określonych dokumentów z akt sprawy z uwagi na interes publiczny przemawiający za takim ograniczeniem zasady jawności postępowania i czynnego udziału strony. [...]

Jak wskazał organ odwoławczy, okolicznością o znaczeniu zasadniczym dla podjęcia przez organ podatkowy zaskarżonego postanowienia stało się zarządzenie prokuratora prowadzącego wskazane wyżej śledztwo. To właśnie ten organ, występując jako *dominus litis* i dysponent akt zawierających wnioskowane przez organ podatkowy dokumenty, wyraził zgodę na wykorzystanie w ramach postępowania podatkowego tychże dokumentów – z zastrzeżeniem, by nie udostępniać ich stronie postępowania podatkowego. Zasadnie zatem przyjęto w postanowieniu wydanym w I instancji, że skoro postępowanie w sprawie [...] nie zostało ukończone, to ujawnienie przedmiotowych materiałów mogłoby utrudnić jego prawidłowy bieg. W orzecznictwie utrwalony i niekwestionowany jest pogląd, że przez „interes publiczny” należy rozumieć korzyść służącą ogółowi, dyrektywę postępowania nakazującą respektowanie takich wartości wspólnych dla całego społeczeństwa, jak sprawiedliwość, bezpieczeństwo, zaufanie obywateli do organów władzy publicznej [...].

Z powyższym stanowiskiem sąd w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę zgadza się w całej rozciągłości. Zdaniem sądu I instancji nie może być kwestionowane, że w ramach tak rozumianego interesu publicznego mieści się także dobro prowadzonego śledztwa. Ujawnienie przestępstw i skuteczne ściganie ich sprawców, jako element bezpieczeństwa i porządku publicznego, leży bowiem w interesie całego społeczeństwa. [...]

Po wtóre zaś z woli ustawodawcy w sytuacji kolizji interesów tajemnicy postępowania karnego i jawności postępowania podatkowego prymat został przyznany stanowisku organu prowadzącego śledztwo, choćby nawet stanowisko to ograniczało zasadę jawności postępowania podatkowego i czynnego udziału strony w tym postępowaniu.

Odnosząc się do treści skargi, należy zauważyć, że wbrew zajętemu w niej stanowisku prokurator, a za nim organ podatkowy dokonali konkretyzacji pojęcia „interes publiczny” w rozpoznawanej sprawie. Wskazali, że postępowanie przygotowawcze w sprawie [...] nie zostało ukończone i ujawnienie materiałów tego postępowania innym osobom mogłoby utrudniać prawidłowy bieg śledztwa. W judykaturze podkreśla się, że takim interesem publicznym jest dobro prowadzonego śledztwa (por. wyrok NSA z 3 listopada 2015 r., sygn. akt II FSK 2297/13).

Tak więc, choć lapidarnie, to jednak przekonywająco i wprost skonkretyzowano przedmiot mający w postępowaniu podatkowym prymat nad czynnym udziałem strony i jawnością tego postępowania. [...] Wobec zastrzeżeń strony co do formy poinformowania jej o wyłączeniu z akt przedmiotowych materiałów sąd I instancji wskazuje, że jest uprawniony do oceny legalności jedynie zaskarżonego postanowienia, z wyłączeniem faktu ustnego poinformowania o braku możliwości zapoznania z aktami.

Ponadto zauważyć należy, że organ podatkowy dokonał wyboru spośród dwóch dóbr chronionych prawem, tj. czynnego udziału strony w postępowaniu podatkowym i prawidłowego przebiegu śledztwa, przyznając prymat temu ostatniemu jako dobru, za którego ochroną przemawia uzasadniony interes publiczny. [...]

Faktyczny wpływ ograniczenia jawności materiału dowodowego (w związku z wyłączeniem określonych dokumentów z akt sprawy) na prawo strony do jej obrony w konkretnej sprawie może być zaś oceniany w perspektywie całego postępowania prowadzonego przez organy i jego wyniku, nie zaś w ramach kontroli postanowienia odmawiającego wglądu w akta sprawy. [...]

Glosa

Głosowane orzeczenie zasługuje w pełni na aprobatę. Sformułowane w nim tezy dotyczą istotnych i pozostających ze sobą w związku zagadnień procesowych, odnoszących się do zasady jawności postępowania podatkowego (art. 129 O.p.¹) oraz zasady czynnego udziału strony w tym postępowaniu (art. 123 § 1 O.p.). W szczególności dotyczą prawa strony do obrony w postępowaniu podatkowym oraz przed sądami administracyjnymi w przypadku odmowy udostępnienia stronie dokumentów zawartych w aktach sprawy.

Należy podkreślić, że dostęp do akt sprawy ma szczególne znaczenie dla prawidłowości postępowania dowodowego, gdyż zgodnie z art. 192 O.p. okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możliwość wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów. Nie znając w pełni zebranego materiału dowodowego, strona nie może nie tylko się do niego ustosunkować, lecz także zgłosić dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. Bezpodstawna odmowa dostępu do akt podatkowych, a zatem taka, która miała miejsce z naruszeniem przepisów Ordynacji podatkowej, może natomiast stanowić w ocenie sądu administracyjnego inne naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy².

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 613 z późn. zm.).

² Art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 718 z późn. zm.) dalej: p.p.s.a.

Na początku trzeba wskazać, że zawarta w art. 123 § 1 O.p. zasada czynnego udziału strony nakłada na organy podatkowe obowiązek zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwienie im wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Organ podatkowy może odstąpić od zasady przewidzianej w § 1, jeżeli w wyniku postępowania wszczętego na wniosek strony ma zostać wydana decyzja w całości uwzględniająca wniosek strony, oraz w przypadkach, o których mowa w art. 200 § 2 pkt 2 (art. 123 § 2 O.p.).

Gwarancje dotyczące zapewnienia czynnego udziału strony w postępowaniu podatkowym zostały zawarte m.in. w przepisie art. 178 § 1 O.p., który przyznaje stronie prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, odpisów oraz kopii. Prawo strony do przeglądania akt obejmuje uprawnienie do zapoznania się z treścią wszystkich pism, opinii, protokołów, dokumentów i innych materiałów znajdujących się w aktach sprawy³. Tak określone uprawnienie nie jest jednak nieograniczone. Ograniczenie w dostępie strony do akt sprawy wprowadza bowiem art. 179 § 1 O.p., który stanowi, że przepisów art. 178 nie stosuje się do znajdujących się w aktach sprawy dokumentów zawierających informacje niejawne, a także do innych dokumentów, które organ podatkowy wyłączy z akt sprawy ze względu na interes publiczny⁴. Stosownie do § 2 i 3 tego przepisu, odmowa umożliwienia stronie zapoznania się z dokumentami, o których mowa w § 1, następuje w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie.

Analiza przepisów art. 178 i 179 O.p. wskazuje, że na postanowienie wydane na podstawie art. 178 § 1 tej ustawy nie przysługuje zażalenie. Taki kierunek wykładni znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych⁵. Dopiero w przypadku, gdy strona postępowania oświadczy organowi chęć zapoznania się z aktami sprawy, w tym także z dokumentami wyłączonymi z akt ze względu na interes publiczny, to organ w drodze postanowienia, na które służy zażalenie, odmawia dokonania tej czynności.

³ W doktrynie pojęcie akt sprawy jest rozumiane szeroko i obejmuje nie tylko pisma składane w toku postępowania, lecz również całość ewidencji i dokumentacji znajdującej się w posiadaniu organu podatkowego. Zob. J. Chlebny, *Udostępnianie stronie akt sprawy administracyjnej a prawo do sądu*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2008, nr 3, s. 57; M. Pirecka, *Udostępnienie akt w postępowaniu podatkowym*, „Gazeta Podatkowa” 1998, nr 32, s. 7; J. Zimmermann, *Ordynacja podatkowa. Komentarz. Postępowanie podatkowe*, Toruń 1998, s. 132.

⁴ Wyrok WSA w Lublinie z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt III SA/Lu 1715/15, [online] <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>> - dalej: CBOSA.

⁵ Por. wyroki NSA: z dnia 21 lipca 2007 r., sygn. akt I FSK 1070/05 oraz z 6 grudnia 2012 r., sygn. akt II FSK 898/11; postanowienie NSA z 7 stycznia 2010 r., sygn. akt II FSK 754/09; wyrok NSA z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt II FSK 616/11; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 17 września 2009 r., sygn. akt I SA/Gd 68/09.

Z art. 179 § 1 i 2 O.p. wynika zatem, że ustawodawca przewidział możliwość wydania dwóch odrębnych postanowień, z których tylko jedno, wydane na podstawie § 2, jest zaskarżalne. Powstaje w związku z tym pytanie o możliwość kontroli postanowienia wydanego w oparciu o art. 178 § 1 O.p. W orzecznictwie sądowym zasadnie podnosi się, że brak dopuszczalności zażalenia nie oznacza bezwzględnego braku możliwości kontroli wykonywania administracji publicznej w omawianym zakresie. Wskazuje się, że zaskarżalność postanowień w sprawach incydentalnych gwarantuje przepis art. 237 O.p. stanowiący, że stronie służy prawo wniesienia zarzutów w odwołaniu od decyzji na postanowienie organu, na które nie służy zażalenie. To Konstytucja RP przewiduje możliwość wprowadzenia w drodze ustawy wyjątków od zaskarżalności postanowień organów w sytuacji, gdy tego rodzaju orzeczenia mogą być zaskarżone w odwołaniu od decyzji rozstrzygającej o prawach i obowiązkach strony postępowania podatkowego⁶. W przypadku zatem ewentualnego podniesienia w odwołaniu zarzutów przeciwko wydanemu w postępowaniu postanowieniu, zarzuty te będą rozpatrywane łącznie z wniesionym odwołaniem od decyzji podatkowej. Natomiast w sytuacji, gdyby jednak strona wniosła zażalenie na postanowienie niezaskarżalne, organ odwoławczy zobowiązany jest stwierdzić jego niedopuszczalność⁷.

W związku z powyższym należy podkreślić, że gdy organ wyłączy z akt sprawy poszczególne dokumenty z powodu uchylenia ich jawności, ograniczając tym samym uprawnienia strony postępowania określone w art. 178 O.p., postanowienie w tym przedmiocie podlega kontroli instancyjnej lub sądowej w ramach badania legalności decyzji kończącej postępowanie w danej sprawie, na podstawie art. 134 § 1 p.p.s.a.⁸

W glosowanym wyroku Sąd wyraźnie zaznaczył, że jest uprawniony do oceny legalności jedynie zaskarżonego postanowienia w przedmiocie odmowy prawa do zapoznania się z wyłączonymi z akt sprawy dokumentami. Jednocześnie zróżnicował kwestię skutków odmowy dostępu do akt sprawy oraz zakresu sądowej kontroli w tym względzie. Przyjął bowiem, że: „faktyczny wpływ ograniczenia jawności materiału dowodowego (w związku z wyłączeniem określonych dokumentów z akt sprawy) na prawo strony do jej obrony w konkretnej sprawie może być oceniany z perspektywy całego postępowania prowadzonego przez organy i jego wyniku, nie zaś w ramach kontroli postanowienia odmawiającego wglądu w akta sprawy”. Tym samym

⁶ Por. wyrok NSA z dnia 3 marca 2005 r., sygn. akt FSK 690/04, niepubl.; wyrok NSA z dnia 21 lipca 2006 r., sygn. akt I FSK 1070/05, Lex nr 254935.

⁷ Wyrok NSA z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt II FSK 898/11, Lex nr 1311680.

⁸ Wyrok WSA w Opolu z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt I SA/Op 679/14, Lex nr 1648005; wyrok WSA w Lublinie z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt I SA/Lu 800/07, Lex nr 598173. Zgodnie z art. 134 §1 p.p.s.a., sąd rozstrzyga w granicach danej sprawy, nie będąc jednak związany zarzutami i wnioskami skargi oraz powołaną podstawą prawną – z zastrzeżeniem art. 57a.

Sąd przychylił się do wyodrębnionego w orzecznictwie sądowym stanowiska, że kwestia wyłączenia dokumentów z akt sprawy i wpływ tego wyłączenia na prawa procesowe strony postępowania powinna być badana w trakcie postępowania odwoławczego, a następnie rozpatrywana przez sąd administracyjny w związku z badaniem skargi na decyzję kończącą postępowanie w sprawie. Ostateczny walor dowodowy wyłączonych dokumentów będzie mógł być zatem skonfrontowany w odwołaniu od decyzji oraz w skardze sądowoadministracyjnej⁹.

Na tle rozstrzyganego przez Sąd sporu istotne jest przypomnienie, że przedmiotem zaskarżenia nie jest postanowienie o wyłączeniu dokumentów z akt sprawy, lecz postanowienie o odmowie umożliwienia stronie dokonania czynności określonych w art. 179 § 2 O.p. Wskazać również należy, że strona może żądać wglądu do akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów nie tylko w trakcie postępowania, ale również po jego zakończeniu (art. 178 § 1 O.p.). Natomiast organ jest zobligowany do wydania postanowienia na podstawie art. 179 § 2 O.p. nie z własnej inicjatywy, ale na skutek wniosku strony. Dopiero wówczas strona, której odmówiono umożliwienia zapoznania się z wyłączonymi dokumentami, dysponuje prawem do złożenia zażalenia od postanowienia wydanego w tym zakresie w trybie art. 179 § 2 O.p.¹⁰, a następnie wniesienia skargi do sądu administracyjnego.

W głosowanym wyroku Sąd dokonał oceny zaskarżonego postanowienia pod kątem jego zasadności merytorycznej, tj. zbadał, czy organ słusznie uznał, że zaistniała przesłanka interesu publicznego, rozumianego w niniejszej sprawie jako dobro prowadzonego śledztwa. Należy przy tym zauważyć, że kwestia ta (istnienie interesu publicznego) jest jednocześnie przesłanką odmowy udostępnienia dokumentów stronie. Oznacza to, że w uzasadnieniu postanowienia wydanego na podstawie art. 179 § 2 O.p. organ podatkowy powinien bezwzględnie wykazać przesłankę negatywną dostępu strony do dokumentu. Nie jest przy tym wystarczające odwołanie się do wcześniejszego postanowienia o wyłączeniu dokumentu z akt. Jak podkreślił WSA w Białymstoku w wyroku z dnia 17 września 2008 r., postanowienie odmawiające udostępnienia stronie dokumentu wyłączonego z akt sprawy powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne, o którym mowa w art. 217 § 2 O.p., odnoszące się do przesłanki wyłączenia, nawet jeśli wyłączenia dokonano odrębnym postanowieniem, na które nie przysługiwało zażalenie¹¹. Obowiązkiem organu podatkowego jest bowiem każdorazowe wskazanie, co w konkretnym przypadku stanowi interes publiczny, który uniemożliwia

⁹ Por. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. akt I SA/Bk 31/16, CBOSA.

¹⁰ Wyrok WSA w Opolu z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt I SA/Op 358/15, Lex nr 1932367.

¹¹ Por. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt I SA/Bk 229/08, CBOSA.

stronie zapoznanie się z aktami sprawy lub poszczególnymi dokumentami. Nie może być to oczywiście ogólne powołanie się na istnienie takiego interesu¹². Pojęcie interesu publicznego jest terminem nieostrym i wymagającym doprecyzowania na tle konkretnych okoliczności faktycznych¹³.

W konsekwencji należy stwierdzić, że sąd, kontrolując zaskarżone postanowienie wydane na podstawie art. 179 § 2 O.p., ma obowiązek dokonania oceny, czy organ podatkowy ustalił przesłankę wyłączenia dokumentów z akt sprawy oraz czy uzasadnienie wydanego w tej sprawie postanowienia wskazuje, czym organ kierował się i jaki interes publiczny jest w ten sposób chroniony¹⁴.

Przedstawiony w judykaturze kierunek wykładni znajduje również potwierdzenie w poglądach doktryny. W nauce prawa podkreśla się bowiem, że w przypadku odmowy udostępnienia stronie dokumentu z akt sprawy przy argumentacji organu podatkowego wywodzącego, iż tego wymaga potrzeba ochrony interesu publicznego, nie mamy do czynienia z uznaniem administracyjnym. Organ podatkowy jest wówczas zobowiązany do wskazania w realiach konkretnej sprawy, w czym upatruje owego interesu publicznego oraz jaka jest jego treść¹⁵.

Uwzględniając powyższe rozważania, należy również wskazać, że pełne zbadanie pod kątem zgodności z prawem zaskarżonego postanowienia wymaga przesłania do sądu całych akt sprawy wraz z wyłączonymi dokumentami. Wyłączenie odnosi się tylko do prawa strony do wglądu do tych dokumentów¹⁶. Sąd powinien zatem dokonać oceny prawidłowości toku rozumowania organów nie tylko na podstawie wydanych przez nie postanowień, lecz w drodze konfrontacji argumentacji organów z treścią dokumentów, które zostały wyłączone z akt sprawy¹⁷. W przypadku oddalenia skargi sąd, uzasadniając rozstrzygnięcie w sprawie skargi na postanowienie o odmowie wglądu do akt sprawy, nie może jednak ujawnić treści wyłączonych dokumentów¹⁸.

Biorąc pod uwagę tak zakreśloną wstępnie problematykę, należało zaprotestować glosowany wyrok, gdyż w przedmiotowej sprawie organ podatkowy dokonał konkretyzacji pojęcia „interes publiczny”. Lektura wyroku uzasadnia ocenę, że pomimo skorzystania przez organy z możliwości zawartej

¹² Por. wyrok WSA w Opolu z 29 kwietnia 2015 r., sygn. akt I SA/Op 3/15, CBOSA.

¹³ Por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. akt I SA/Gd 527/11; wyrok NSA z dnia 3 listopada 2015 r., sygn. akt II FSK 2297/13, CBOSA.

¹⁴ Zob. wyrok WSA w Opolu z dnia 23 maja 2007 r., sygn. akt I SA/Op 85/07, CBOSA; P. Pietrasz, *Komentarz do art. 179 ustawy- Ordynacja podatkowa*, Lex 2013.

¹⁵ R. Sawuła, *Glosa do wyroku WSA w Opolu z dnia 23 maja 2007 r.*, sygn. akt I SA/Op 85/07, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2008, nr 2, s. 154

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt I SA/Bk 229/08, CBOSA.

¹⁷ Zob. wyrok NSA z 28 września 2016 r. sygn. akt I FSK 770/16, CBOSA.

¹⁸ R. Sawuła, op. cit., s. 154.

w art. 179 § 1 O.p., ograniczenie dostępu do określonych dokumentów podlega kontroli sądowej, co stanowi istotną gwarancję procesową strony. Poddany analizie wyrok ma zatem istotne znaczenie dla praktyki działania organów podatkowych. Orzekając we wspomnianym zakresie, organy powinny przede wszystkim uwzględnić obowiązek doprecyzowania na tle konkretnych okoliczności faktycznych pojęcia interesu publicznego.

Agnieszka Rotkiewicz

Recenzje i sprawozdania

Mohd. Sanjeer Alam, K.C. Sivaramakrishnan (red.), *Fixing Electoral Boundaries in India. Laws, Processes, Outcomes, and Implications for Political Representation*, Oxford University Press, New Delhi 2015, ss. 279.

Recenzowana książka – zbiór dwunastu opracowań tworzących pod względem treściowym spójną monografię – stanowi efekt projektu badawczego *Fixing Electoral Boundaries in India*, finansowanego przez dwie indyjskie organizacje pozarządowe¹. W sposób kompleksowy podejmuje problematykę zasad tworzenia okręgów wyborczych, a także konsekwencji przyjętych rozwiązań w państwie określanym często jako największa demokracja świata². Odwołuje się też często do rozwiązań stosowanych w innych państwach, przede wszystkim tych, które podobnie jak Indie, stosują jednomandatowe okręgi wyborcze.

Warto zaznaczyć, iż dotychczas pojawiło się niewiele pozycji poświęconych wyłącznie okręgom wyborczym³, a przecież podjęta problematyka jest bardzo istotna, gdyż ściśle powiązana z ważnym aspektem zasady równości w procesie wyborczym, a mianowicie równej sile głosu. Równość materialna głosu wyborców zależy bowiem w głównej mierze od prawidłowo przeprowadzonego procesu wytyczania (zmiany) granic okręgów wyborczych. Problem ten jest obecnie coraz wyraźniej dostrzegany nie tylko przez naukę prawa konstytucyjnego, ale również władzę sądowniczą, a przede wszystkim sądy konstytucyjne⁴. Tworzenie okręgów wyborczych stwarza problemy szczególnie w państwach, w których obowiązuje większościowy system wyborczy oraz zachodzą dynamiczne zmiany w liczbie, a przede wszystkim rozmieszczeniu ludności. Oba te warunki Indie spełniają.

¹ Centre for the Study of Developing Societies oraz Centre for Policy Research.

² R. Guha, *India After Gandhi: The History of the World's Largest Democracy*, New York 2008.

³ Zob. A. Rehfeld, *The Concept of Constituency Political Representation, Democratic Legitimacy, and Institutional Design*, Cambridge University Press 2005; J. Toplak, *Comparative Redistricting. A Comparative Study of Election District Delimitation*, Saarbrücken 2011.

⁴ Zob. wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej z 20 października 2015 r. w sprawie materialnej równości wyborów do Sejmu (sygn. akt KT27-N16/2015) i przywołane tam wyroki sądów konstytucyjnych Węgier, Francji oraz Chorwacji (pkt IV.1 uzasadnienia do wyroku), [online] <www.lrkt.lt>.

Na wstępie redaktorzy recenzowanej pracy sygnalizują podstawowe zagadnienia, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki państwa będącego przedmiotem głównej analizy:

1) wybór pomiędzy maksymalną równości wyborców (*one person-one vote-one value*) a zachowaniem tożsamości oraz integralności obszaru tworzącego okręg wyborczy;

2) wybór podmiotu tworzącego okręgi wyborcze – legislatura czy niezależna komisja?

3) czy w wyborach niższego stopnia zadania tworzenia okręgów powierzyć organowi zcentralizowanemu czy zdecentralizowanemu?

4) czy rewizja granic okręgów powinna zostać poddana kontroli sądowej?

5) czy proces ten powinien być otwarty na wyborców?

6) jak często powinna być przeprowadzana rewizja granic okręgów wyborczych?

7) wybór pomiędzy równością wyborców a wprowadzeniem mandatów zarezerwowanych dla różnego rodzaju mniejszości.

Problemy te są przedmiotem analizy w dwunastu rozdziałach przygotowanych przez różnych autorów.

W pierwszym rozdziale (Andrew Rehfeld, *The Concept of Constituency*) przedstawiona została ogólna koncepcja okręgu wyborczego. Godne uwagi jest wskazanie trzech cech, którymi w różnym stopniu mogą charakteryzować się okręgi wyborcze: jednolitość, stabilność oraz dobrowolność. Stopień jednolitości zależy od tego, jaka część ogółu wyborców w danym okręgu jest homogeniczna przede wszystkim pod względem poglądów politycznych. Jak zauważa autor, najmniejszy stopień jednolitości charakteryzuje okręgi narodowe. Stabilność zależy natomiast od tego, jak duża część wyborców zmienia okręg wyborczy pomiędzy wyborami, co niekoniecznie wynika ze zmiany miejsca zamieszkania, ale decyzji władz państwowych dotyczącej np. zmiany granic okręgów wyborczych. Dobrowolność polega natomiast na możliwości zmiany przez wyborcę okręgu wyborczego, co zazwyczaj może nastąpić poprzez zmianę miejsca zamieszkania (s. 28–34). Warto zauważyć, że brak dobrowolności występuje często w przypadku głosowania za granicą, gdyż wyborcy zazwyczaj są z góry przypisywani do jednego z okręgów wyborczych, bez uwzględnienia ich wcześniejszego miejsca zamieszkania w kraju. Spośród wymienionych cech okręgów to właśnie dobrowolność wydaje się najistotniejsza, zaś jednolitość i stabilność można rozpatrywać dwojako – w zależności od charakterystyki danego państwa – jako zaletę albo wadę. Wydaje się, że dobrowolność, przynajmniej do pewnego stopnia, może być rozpatrywana jako prawo wyborcy, które można wywodzić z wolnego charakteru wyborów. Nie chodzi tutaj oczywiście o możliwość dopisywania się do dowolnego okręgu wyborczego, a jedynie o nienarzucanie wyborcy przez

ustawodawcę takiego czy innego okręgu lub też nadmierne utrudnianie jego zmiany.

Należy również wskazać na listę powodów, które stanowią podstawę wytyczania granic okręgów wyborczych. Autor dzieli je na dwie grupy: (1) te, które mają swoje uzasadnienie oraz (2) te, które wynikają z pobudek politycznych. Do pierwszej zalicza m.in. rekompensatę dla pewnych grup społecznych, które zostały w przeszłości wyłączone z procesu politycznego, w postaci utworzenia odrębnego okręgu wyborczego. Przykładem tego może być tzw. pozytywny *gerrymandering* prowadzony w USA w latach 1965–1993 wobec ludności murzyńskiej. Najbardziej znanym przykładem z drugiej grupy jest *gerrymandering* polegający na dokonywaniu zmian granic okręgów wyborczych w szczególności jednomandatowych w celu osiągnięcia wygranej w kolejnych wyborach (s. 35–45).

W rozdziale drugim (Suvrajyoti Gupta, *Drawing Electoral Boundaries in India: Institutions and Laws*) przedstawiona została obowiązująca regulacja prawna w zakresie ustalania granic okręgów wyborczych w wyborach parlamentarnych w Indiach⁵. Konstytucja Indii w art. 81 ust. 2 stanowi, że mandaty powinny zostać rozdzielone pomiędzy terytorialne okręgi wyborcze w taki sposób, aby relacja mandatów do ludności była taka sama w każdym stanie. Tym samym podział mandatów ma charakter dwustopniowy. W pierwszej kolejności mandaty rozdzielane są pomiędzy stany, dopiero zaś w drugim etapie pomiędzy okręgi wyborcze. W zasadzie można zatem stwierdzić, że Indie są przykładem procedury rozdziału mandatów pomiędzy wielomandatowe okręgi wyborcze (stany) oraz ustalania granic jednomandatowych okręgów wyborczych (tworzonych w ramach stanu). Monografia w zasadzie pomija pierwszą procedurę (o czym szerzej w podsumowaniu). Weryfikacja granic okręgów wyborczych powinna następować w odstępach dziesięcioletnich, tzn. po każdym spisie ludności. Do wprowadzenia unormowań szczegółowych w tym zakresie upoważniony został parlament. Odpowiedni akt prawny (*Delimitation Act*) był przyjmowany dotychczas czterokrotnie: w latach 1952, 1962, 1972, 2002. Ostatnia weryfikacja dotyczyła jednak tylko rozdziału mandatów pomiędzy okręgi wyborcze w ramach stanów, nie zaś pomiędzy stanami. Ponadto należy zauważyć, że 30-letni odstęp pomiędzy trzecią a czwartą weryfikacją wynikał z dążenia władz państwowych do uniknięcia poszkodowania południowych stanów, które lepszym skutkiem wdrażały program ograniczania przyrostu ludności. Co więcej, kolejną weryfikację zaplanowano dopiero na podstawie cenzusu z 2026 r., co przesuwą rewizję do ok. 2031 r. Wskazuje się, że do tego czasu

⁵ Parlament Indii składa się z Izby Stanów (*Rajya Sabha*) i Izby Ludowej (*Lok Sabha*) oraz Prezydenta. Tylko druga z tych izb wybierana jest w wyborach bezpośrednich. *Rajya Sabha* wybierana jest natomiast przez parlamenty stanowe (kilku członków mianuje Prezydent).

dynamika zmiany liczby ludności w poszczególnych częściach kraju powinna się ustabilizować⁶.

W tym miejscu można zauważyć, że być może lepszym rozwiązaniem byłoby dokonanie rozdziału kandydatów nie na podstawie liczby mieszkańców, lecz wyborców. Rozwiązanie to nie stanowiłoby tak istotnej szkody dla południowych stanów jak obecnie, a jednocześnie pozwalałoby uwzględnić przy rozdziale mandatów migrację ludności, które są kolejnym po przyroście naturalnym czynnikiem powodującym konieczność zmiany granic okręgów wyborczych. Jeszcze innym rozwiązaniem mogłoby być ustanowienie odpowiedniego składu oraz kompetencji drugiej izby parlamentu. Chodzi tutaj o przyznanie obu izbom podobnych kompetencji oraz wyrównanie pozycji jednostek administracyjnych najwyższego stopnia o różnej liczbie ludności poprzez przyznanie im równej liczby mandatów w drugiej izbie. Takie rozwiązanie bywa stosowane w innych państwach federalnych, czego przykładem może być USA⁷. W Indiach druga izba parlamentu (*Rajya Sabha*) posiada co prawda pozycję zbliżoną do pierwszej izby (*Lok Sabha*), jednakże liczba mandatów, podobnie jak w przypadku izby pierwszej uzależniona jest od liczby ludności.

Akt delimitacyjny z 2002 r., podobnie jak w poprzednim trzech przypadkach, powołał specjalną komisję (*Delimitation Commission*)⁸ odpowiedzialną za redystrybucję mandatów pomiędzy stanami. Komisja, dokonując delimitacji okręgów wyborczych, musi brać pod uwagę obowiązek zapewnienia kastom i plemionom odpowiedniej liczby mandatów, gdyż ich liczba powinna odpowiadać udziałowi ich populacji w ogólnej liczbie ludności. Zgodnie z aktem delimitacyjnym, społeczności te powinny mieć zapewnione mandaty w tych obszarach państw, w których ich liczba jest stosunkowo duża, jednocześnie jednak okręgi zarezerwowane powinny być rozproszone po terytorium całego państwa. W wytycznych komisja wskazała ponadto na kilka ważnych zasad, według których dokonywane powinny być zmiany: poszanowanie podziału terytorialnego, zachowanie spójności oraz geometrycznych kształtów okręgów wyborczych, unikanie odstępstw w liczbie ludności przypadających na 1 mandat przekraczających 10%. Co istotne, podział dokonany przez komisję nie podlega kontroli w trybie sądowym, szczególnie, że większość jej składu stanowią nie sędziowie, zaś przedstawiciele partii politycznych.

⁶ A. K. Verma, *Fourth Delimitation of Constituencies: An Appraisal*, "Economic and Political Weekly", t. 43, nr 11, s. 14.

⁷ A. McMillan, *Changing the Boundaries of Indian Democracy*, [online] <www.nuff.ox.ac.uk/users/McMillan/DelimitationMcMillan.pdf>.

⁸ Komisja składa się z sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, głównego komisarza wyborczego Indii oraz stanowego komisarza wyborczego. W skład jej wchodzi ponadto pięciu parlamentarzystów z danego stanu oraz pięciu członków stanowej legislatury – mających jedynie głos doradczy. Propozycja komisji przed przyjęciem jest publikowana.

Rozdział trzeci (K.C. Sivaramakrishnan, *Delimitation in India: A Politico-historical Overview*) dotyczy politycznego i historycznego przeglądu rewizji okręgów wyborczych dokonywanych od roku 1952. Zamieszczone tabele obrazują zmiany w liczbie ludności poszczególnych okręgów wyborczych i w liczbie mandatów. Nie ulega wątpliwości, że okresowa rewizja okręgów wyborczych, szczególnie w państwie o tak dynamicznych zmianach demograficznych jak Indie, jest konieczna.

W czwartym rozdziale (Lisa Handley, *One Person, One Vote, Different Values: Comparing Delimitation Practices in India, Canada, the United Kingdom, and the United States*) zestawiono rozwiązania indyjskie w zakresie procedury rewizji granic okręgów wyborczych z rozwiązaniami innych państw anglosaskich, które podobnie jak Indie na potrzeby wyborów zostają podzielone na jednomandatowe okręgi wyborcze, tj. Wielka Brytania, USA oraz Kanada. Autor podejmuje w tym rozdziale pięć ważnych kwestii. Pierwsza dotyczy częstotliwości delimitacji okręgów wyborczych. We wszystkich wymienionych państwach obowiązuje podobny okres, po upływie którego powinna zostać przeprowadzona delimitacja. W USA oraz Kanadzie jest to obecnie 10 lat, w Wielkiej Brytanii od 8 do 12 lat. Jeśli chodzi zaś o Indie, to generalnie jest to 10 lat, jednak wprowadzony wyjątek⁹ powoduje wydłużenie tego odstępu do aż 30 lat (s. 91–94). Druga odnosi się do rozdziału mandatów pomiędzy jednostki administracyjne najwyższego stopnia, w zakresie którego obowiązują podobne rozwiązania jak przy delimitacji okręgów wyborczych. Odrębne rozwiązanie obowiązuje jedynie w Wielkiej Brytanii, gdzie bez względu na liczbę ludności poszczególne części składowe otrzymują z góry określoną liczbę mandatów, co wynika z wielonarodowości tego państwa (s. 95–99). Trzecia kwestia dotyczy dopuszczalnych odstępstw w zakresie zasady równej siły głosu. Występują tutaj największe rozbieżności, gdyż w Kanadzie dopuszcza się, aby odstępstwa w sile głosów wyborców sięgały 25%, a w wyjątkowych okolicznościach nawet tę wartość przekraczały, zaś w USA nawet odstępstwa rzędu mniej niż 1% bywają kwestionowane (s. 100–102). Czwarta dotyczy innych poza liczbą ludności kryteriów wytyczania granic okręgów wyborczych. Standardowymi czynnikami branymi pod uwagę jest nienaruszanie granic administracyjnych oraz regularny kształt. Można jednak spotkać w tych państwach również mniej typowe czynniki, jak: dogodna komunikacja (Indie) czy unikanie takiego określania granic okręgów, które działałoby na szkodę różnego rodzaju mniejszości, jak to ma miejsce w USA (s. 102–104). Piąta kwestia dotyczy organu odpowiedzialnego za delimitację granic okręgów wyborczych. Poddane analizie państwa posiadają niezależną komisję wyborczą posiadającą kompetencję w tym zakresie. Jedynie w USA kompetencja ta została przyznana stanowym legislatorom. Nie stanowi to

⁹ The Constitution (Eighty Fourth Amendment) Act 2002.

jednak zagrożenia dla instrumentalizacji procesu delimitacyjnego z uwagi na ścisłą kontrolę sądową w tym zakresie, czego nie można powiedzieć o pozostałych państwach. W Indiach kontrola taka jest bowiem w ogóle wyłączona, w Wielkiej Brytanii istnieją tylko formalnie, zaś w Kanadzie sądy uchylają dokonany podział tylko w przypadku rażących odstępstw od ustalonych zasad (s. 104–108).

Piąte opracowanie (Sanjay Kumar, *Fourth Delimitation of Electoral Constituencies: A Critical Assessment*) poświęcone zostało czwartej delimitacji, która rozpoczęła się w 2002 r., została zaś potwierdzona formalnie przez parlament w 2008 r. (nie mógł wyrazić sprzeciwu). Przedstawione zostały trudności związane z utrzymaniem dopuszczalnego odstępstwa na poziomie 10%. Takie odstępstwa zdaniem autora wydają się zbyt duże. Po pierwsze, wynika to z bardzo dużej gęstości zaludnienia. Po drugie, wskazany limit prowadzi *de facto* do tego, że dopuszczalna różnica pomiędzy poszczególnymi okręgami wynosi aż 20%, gdyż odstępstwo 10% odnosi się do jednolitej normy przedstawicielskiej (s. 122). Należy zgodzić się z przedstawionym poglądem, gdyż w państwach o tak dużej gęstości zaludnienia zdecydowanie łatwiej jest trzymać się ustalonej normy przedstawicielskiej, przez co odstępstwa od niej powinny być mniejsze. Pomimo tego w wielu okręgach wyborczych określona norma została przekroczona. Drugim ważnym problemem podjętym w tym rozdziale jest kwestia mandatów zarezerwowanych dla przedstawicieli kast i plemion. Autorka wskazuje na istotny problem polegający na faktycznym pozbawieniu prawa do ubiegania się o mandat mieszkańców okręgów wyborczych, które zostały zarezerwowane dla wskazanych grup, jednocześnie przedstawiciele tych grup mogą ubiegać się o mandaty w okręgach wyborczych, które nie są dla nich zarezerwowane. Proponuje wprowadzenie systemu rotacji okręgów wyborczych. Rotacja mogłaby się odbywać co dwie elekcje, aby uniknąć zniechęcenia mandatariusza dla aktywnej działalności na rzecz społeczności. Z drugiej strony zauważa, że takie rozwiązanie mogłoby wzmocnić kandydatów pochodzących z tych grup i pomóc im w wygranej nawet w normalnych wyborach, co w przyszłości pozwoliłoby na eliminację instytucji mandatów zarezerwowanych (s. 117–120). Niewątpliwie system ten nie jest optymalny, wydaje się jednak, że lepszym rozwiązaniem stosowanym w wielu państwach byłoby utworzenie większych terytorialnie okręgów wyborczych pokrywających się podstawową siatką okręgów wyborczych dedykowanych wyłącznie określonym kastom i plemionom. Dzięki temu wszyscy uprawnieni do głosowania mogliby w pełni realizować swoje prawa wyborcze niezależnie od tego, w którym okręgu wyborczym zamieszkują.

Kolejny rozdział (A.K. Verma, *Identity, Identification and Political Representation. The Missing Scheduled Tribes in Uttar Pradesh*) poświęcony został problemowi tożsamości, identyfikacji oraz reprezentacji plemion na

przykładzie stanu Uttar Pradesh, w którym żadnemu z plemion nie zarezerwowano okręgu wyborczego. Problemem są niedookreślone warunki uznania danej grupy za plemię na obszarze danego stanu oraz ograniczenie możliwości uwzględnienia przedstawicieli danego plemienia mieszkających tylko na określonym obszarze.

W siódmym rozdziale (Mohd. Sanjeer Alam, *Selection of Reserved Seats: Laws, Porcedures, Practices and Implications for Equality of Political Opportunity*) kontynuowana jest problematyka mandatów zarezerwowanych. Autor skupia się na problemach, które ta instytucja generuje. Dążenie bowiem do zapewnienia właściwej reprezentacji pewnym małym grupom społecznym powadzi do ograniczenia praw wyborczych większości. Jest to szczególnie problematyczne, gdyż w 95% zarezerwowanych okręgów mniejszości stanowią mniej niż 40% ludności. Problemem jest przede wszystkim wymóg geograficznej dyspersji okręgów wyborczych zarezerwowanych dla tych mniejszości, w sytuacji gdy są one z reguły skupione w przylegających okręgach wyborczych. Co więcej, raz zarezerwowany dla danej społeczności okręg z reguły nie jest zmieniany. Autor widzi rozwiązanie tego problemu w utworzeniu dwu- lub nawet kilkumandatowych okręgów wyborczych, w których tylko jeden mandat byłby zarezerwowany, a także we wspomnianej już rotacji okręgów wyborczych, które są zarezerwowane (s. 166).

Rozdział ósmy (Mirza Asmer Beg, *Delimitation and Political (Under)representation of Minorities: The Case of Muslims in Uttar Pradesh*) poświęcony został prawom wyborczym mniejszości, tym razem religijnej, jaką są muzułmanie, którzy stanowią aż 13,4% ogółu ludności Indii. Inaczej jednak niż w przypadku kast i plemion nie przyznano im mandatów zarezerwowanych, a wręcz można podejrzewać, że okręgi wyborcze tworzone są w taki sposób, aby ograniczyć udział przedstawicieli tej grupy społecznej w legislaturze. Autor przedstawia dane statystyczne (s. 174), z których wynika, że okręgi zarezerwowane tworzone są tam, gdzie liczba ludności muzułmańskiej jest duża, a nawet większa aniżeli kast, pomimo tego że w innych okręgach niezarezerwowanych liczba ludności kast jest jeszcze większa. Wykorzystanie instytucji mandatów zarezerwowanych można uznać za dość wysublimowany sposób dyskryminacji tej grupy społecznej. Zwykle w celu ograniczenia liczby mandatów danej społeczności terytorium, na którym ona zamieszkuje, dzieli się na kilka okręgów lub skupia się ją w jednym okręgu wyborczym bez uwzględnienia jednolitej normy przedstawicielskiej.

W rozdziale dziewiątym (Ajit Karnikh, Mala Lalvani, *Incumbency in Maharashtra Assembly Elections: Assessing the Impact of Delimitation*) analizie poddane zostały strategie partii politycznych w zakresie wystawiania kandydatów w wyborach w jednym ze stanów (Maharashtra). Analiza ograniczona została do doświadczenia kandydatów w urzędowaniu na stanowisko, o które się ubiegają, w poprzedniej kadencji czy też wcześniejszego ubie-

gania się o mandat. Autor wziął pod uwagę również wpływ wytyczania (zmiany) okręgów wyborczych na strategię partii politycznych. Z przeprowadzonych badań wynika, że większe szanse na zwycięstwo mają doświadczeni kandydaci. Po dokonaniu zmiany granicy okręgu wyborczego tendencja ta zasadniczo nie zmienia się, jednak współczynnik sukcesu doświadczonych kandydatów spada (s. 198). Wynika to prawdopodobnie z większej niż zwykle nowej grupy wyborców – spowodowanej właśnie zmianą granic okręgu wyborczego. Przychylam się do poglądu o wpływie zmiany granic okręgów na wyniki głosowania, a tym samym o potrzebie rozważenia zmiany kandydata. Potwierdza to praktyka, gdyż przed ostatnią weryfikacją granic okręgów wyborczych o reelekcję ubiegało się 75% osób, zaś po przeprowadzeniu tej procedury już tylko 65%¹⁰. Prowadzi to do wniosku, że partie pozostające u władzy mogą starać się stosować technikę tzw. milczącego *malapportionmentu* (*silent malapportionment*)¹¹ w celu zwiększenia swych szans wyborczych. Mogło to być jedną z przyczyn prawie 60-letniej zwłoki w rewizji rozdziału mandatów pomiędzy stany (1972 – ok. 2031).

Kolejny rozdział (Bhanu Joshi, *Delimiting Boundaries of the Third Tier of Democracy: A Note*) dotyczy rewizji granic okręgów wyborczych na poziomie lokalnym. Przedstawione informacje i dane statystyczne pokazują, że na poziomie lokalnym podział na okręgi wyborcze wygląda podobnie i podobne występują też problemy.

Ostatnie dwa rozdziały zostały poświęcone socjoekonomicznej analizie okręgów wyborczych. W rozdziale 11 (Rikhil R. Bhavnani, Francesca Refsum Jensenius, *Socio-economic Profiles for India's Old Electoral Constituencies, 1971 and 2001*) zwrócono uwagę na socjoekonomiczny profil okręgów wyborczych wykreślonych po spisach z 1971 r. oraz 2001 r. Autorzy podają zmieniające się wartości względne dotyczące liczby kobiet, osób piśmiennych, pracowników itp. w podziale na tzw. okręgi zwykłe oraz zarezerwowane. Wynika z nich przykładowo, że piśmienność w zwykłych okręgach wzrosła dwukrotnie, zaś w okręgach zarezerwowanych dla kast aż trzykrotnie. Autorzy nie dokonują jednak szczegółowej analizy tej zależności, odsyłając do innych swoich publikacji. W rozdziale 12 (Mohd. Sanjeer Alam, *Matching Census Tracts and Electoral Boundaries: The Bottom-up Aggregation Approach*) przedstawiona została przede wszystkim koncepcja, zgodnie z którą dane socjoekonomiczne miałyby rozwiązać problem niedopasowania struktury administracyjnej państwa do granic okręgów wyborczych.

¹⁰ L. Iyer, M. Reddy, *Redrawing the Lines: Did Political Incumbents Influence Electoral Redistricting in the World's Largest Democracy?*, "Harvard Business School Working Paper" grudzień 2013, nr 14, s. 21, [online] <www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-051_6be-ba5c6-4c63-455d-9f02-0f6bd9364877.pdf>.

¹¹ Zob. D. Samules, R. Snyders, *The Value of a Vote: Malapportionment in Comparative Perspective*, "British Journal of Political Science" 2001, t. 31, nr 4, s. 651–671.

Recenzowana książka stanowi znaczny wkład w badania nad problematyką zasad wytyczania granic okręgów wyborczych. W czasach bardzo dynamicznej zmiany liczby ludności, a przede wszystkim jej rozmieszczenia to niezwykle ważne zagadnienie prawa wyborczego. Waga tego problemu jest największa w systemach większościowych, gdzie obowiązują z reguły jednomandatowe okręgi wyborcze. O ile bowiem zachowanie przybliżonej jednolitej normy przedstawicielskiej przy zmianie liczby ludności w okręgach wielomandatowych może nastąpić poprzez przesunięcie mandatów pomiędzy okręgami wyborczymi, to w okręgach jednomandatowych należy zmienić granice okręgów wyborczych. Pojawiają się tutaj od razu liczne problemy związane z transparentnością zmiany granic okręgu, jak bowiem wiadomo, poparcie dla poszczególnych opcji politycznych i kandydatów w poszczególnych rejonach jest różne (np. z reguły inne w miastach i obszarach wiejskich). Co oczywiste, bardzo trudno określić mierzalne kryteria, które można w pełni zastosować przy tej procedurze. Procedura wytyczania okręgów wyborczych w Indiach jest doskonałym studium przypadku w tym zakresie. Autorzy poszczególnych rozdziałów uwypuklili problemy, które wiążą się z tą procedurą. Niewątpliwie jest to istotna ułomność większościowego systemu wyborczego.

Monografia zawiera przede wszystkim bardzo bogaty materiał statystyczny (prawie 50 tabel oraz 10 map), który może posłużyć do prowadzenia przez przedstawicieli doktryny dalszych badań (przede wszystkim komparatystycznych) nad problematyką tworzenia okręgów wyborczych. Jak już bowiem wskazałem na wstępie, na rynku wydawniczym brakuje pozycji poświęconych *stricte* okręgom wyborczym, szczególnie w konkretnym państwie. Jest to bodaj pierwsza książka anglojęzyczna tego typu. Niewątpliwym jej brakiem jest natomiast dosyć pobieżna analiza przedstawionych danych oraz licznych przykładów. Najlepiej o tym świadczy fakt, że monografia nie została zakończona podsumowaniem.

Za pewien brak należy również uznać skupienie się na procedurze wytyczania, a właściwie zmiany granic jednomandatowych okręgów wyborczych, a pominięcie procedury rozdziału mandatów pomiędzy stany. Oczywiście procedura ta jest zasadniczo podobna, w szczególności przeprowadza ją ten sam organ, jednakże problemem nie jest zmiana granic, lecz zmiana liczby mandatów i pytanie: według jakiej formuły matematycznej rozdziału mandatów dokonać? Co zaskakujące, żaden z czterech uchwalonych dotąd aktów delimitacyjnych nie sprecyzował, według jakiej formuły matematycznej mają być rozdzielane mandaty pomiędzy stany¹².

Marcin Rulka

¹² Na temat możliwych formuł wyborczych zastosowanych do rozdziału mandatów pomiędzy stany Indii zob. A.K. Verma, *Delimitation in India. Methodical Issues*, "Economic and Political Weekly" z 4 marca 2006, s. 795.

Sprawozdanie z I Ogólnopolskiej Konferencji
Naukowej „Terroryzm wobec środowiska na
świecie”, Olsztyn, 18 stycznia 2017 r.

Ogólnopolska Konferencja Naukowa nt. „Terroryzm wobec środowiska na świecie”, zorganizowana została przez Katedrę Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z Kołem Naukowym Międzynarodowego Prawa Ochrony Środowiska. W skład Komitetu Naukowego i Organizacyjnego Konferencji weszły następujące osoby: dr hab. Elżbieta Zębek, dr hab. Małgorzata Szwejkowska, prof. UWM, dr hab. Piotr Krajewski, prof. UWM, dr Marek Raczkowski z Wydziału Nauk Technicznych UWM, dr Wojciech Truszkowski z Wydziału Kształtowania Środowiska i Rolnictwa UWM oraz prezes koła naukowego Jacek Kaczkowski, mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz, mgr Kacper Milkowski i Robert Jóźwiak.

Udział w tym spotkaniu naukowym zgłosiło 26 prelegentów reprezentujących siedem instytucji naukowych z sześciu miast Polski oraz jeden ośrodek zagraniczny z Włoch. Ostatecznie wystąpiło 18 prelegentów z następujących ośrodków naukowych: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Uniwersytet w Białymstoku, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Uniwersytet Wrocławski, Uniwersytet Opolski oraz Uniwersytet w Sassari we Włoszech. Obrady odbyły się w Auli Cytrynowej w Centrum Konferencyjnym na Wydziale Prawa i Administracji na terenie Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego. Podejmowano głównie tematy związane z agroterroryzmem, bioterroryzmem, ekoterroryzmem, a także terroryzmem morskim.

Konferencję otworzyła i powitała zgromadzonych gości dr hab. Elżbieta Zębek. Następnie kilka słów wstępu wygłosił prof. Piotr Krajewski, podkreślając ważność poruszanej problematyki, po czym rozpoczęła się pierwsza merytoryczna część obrad. Jako pierwsza głos zabrała mgr Katarzyna Kunc (UwB), która w swoim wystąpieniu pt. *Agroterroryzm – zagrożenie sektora rolniczego* poruszyła kwestię rolnictwa jako jednej z gałęzi gospodarki narażonej na ataki terrorystyczne. Z kolei mgr Dominika Brulińska (UwB) i mgr Marta Dzieniszewska zreferowały zagadnienie wpływu nieodpowiedniego spalania odpadów na zanieczyszczenie powietrza w Polsce. Tania Piddoncu (Uniwersytet w Sassari) omówiła działalność ekomafii na przykładzie Ugento. Następnie tematyka konferencji została ukierunkowana na bioter-

roryzm i ekoterroryzm. Mgr Damian Michalski (UWM) i Amanda Kowalewska (UWM) przedstawili pokrótce dzieje broni chemicznej, wskazali na przyczyny zastosowania tejże broni przez grupy terrorystyczne oraz przypomnieli najsłynniejszy atak terrorystyczny, tzn. użycie sarinu przez Najwyższą Prawdę w tokijskim metrze. Kolejnym prelegentem był mgr Patryk Jarosz (UWM), który wygłosił referat pt. *Elektrownie jądrowe jako atrakcyjny cel ataku terrorystycznego i potencjalne jego skutki dla środowiska*. Zwrócił on uwagę na kwestię potencjalnego zamachu na elektrownię jądrową, co wywołałoby olbrzymie i długofalowe zniszczenia w środowisku, a skutki tego rodzaju czynu odczuwalne byłyby w stratach gospodarczych, infrastrukturalnych, a także ludnościowych. Następnie mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz (UWM) w wystąpieniu pt. *Skażenie gleb jako jeden z przejawów terroryzmu ekologicznego* przedstawiła rodzaje skażeń gleb, wskazała źródła skażeń oraz ich skutki dla środowiska. Kolejnym tematem poruszonym w tym panelu była problematyka działań terrorystycznych wobec środowiska z wykorzystaniem bezzałogowych statków powietrznych. Referent, mgr Kacper Milkowski (UWM), podkreślił popularność dronów, ich dostępność i niską cenę, jak również możliwość wykorzystania przez grupy terrorystyczne w działaniach skierowanych przeciwko środowisku. Ostatnim prelegentem w tym panelu był Robert Józwiak (UWM), który wystąpił z referatem pt. *Gotowość Państwa Polskiego w sytuacji zagrożenia bronią biologiczną*. Omówił podstawowe pojęcia z zakresu bioterroryzmu, cechy właściwe broni biologicznej z uwzględnieniem potencjalnych zagrożeń dla środowiska oraz rodzaje środków, które mogą zostać wykorzystane do ataków terrorystycznych.

Po zakończeniu pierwszego panelu rozpoczęła się dyskusja, w której głos zabrali: dr hab. Małgorzata Szwejkowska, prof. UWM, dr hab. Elżbieta Zębek, dr Marek Raczkowski oraz dr Wojciech Truszkowski. Prof. M. Szwejkowska wskazała na ważność i różnorodność potencjalnych narzędzi terrorystów w działaniach skierowanych przeciwko środowisku, zwracając szczególną uwagę na agroterroryzm i związane z nim niebezpieczeństwo skażenia żywności. Dr hab. E. Zębek podzieliła poglądy przedmówczyni oraz wskazała na przejawy bioterroryzmu wobec najważniejszego zasobu środowiska, jakim są zasoby wodne. Ponadto zwróciła uwagę na możliwości wykorzystania broni chemicznej oraz substancji i odpadów silnie toksycznych (niebezpiecznych) i promieniotwórczych jako narzędzi ekoterrorystów. Wspomniała również o terroryzmie morskim, które skutkuje silnym zanieczyszczeniem środowiska wód morskich. Dr W. Truszkowski zgodził się z powyższymi, szczególnie w odniesieniu do skali ataków bio- i ekoterrorystycznych na świecie, a dr M. Raczkowski wspomniał o kryteriach oceniania referatów w konkursie.

Drugi panel rozpoczęła mgr Kinga Jankowska (UWM), która wygłosiła referat zatytułowany *Zwierzę jako źródło, rezerwuar i ofiara bioterroryzmu*.

Referentka przedstawiła podstawową terminologię, a następnie przykłady wykorzystywanie zwierząt jako środka biologicznego na przestrzeni lat (np. laseczki węglik) oraz postępowanie w sytuacji wystąpienia gorączki Q w Holandii w latach 2007-2009. Dawid Malinowski (UWM) w wystąpieniu pt. *Terroryzm morski jako istotne zagrożenie dla środowiska naturalnego* skupił się na regulacjach międzynarodowych zmierzających do zniwelowania działań terrorystycznych na terminale przeładunkowym ropy naftowej. Następnie głos zabrala Aleksandra Kinga Wojnicz (UWM), omawiając wykorzystanie czynnika pomarańczowego, który miał na celu niszczenie roślinności i tym samym doprowadzenie do braku żywności. Referat pt. *Agent Orange – czynnik pomarańczowy. Skutki wykorzystania silnie toksycznej substancji podczas wojny w Wietnamie przez Amerykanów jako aktu terroryzmu ekologicznego wobec ludności cywilnej* zilustrowała fotografiami obrazującymi skutki działania toksycznej substancji, która do dzisiaj negatywnie wpływa na zdrowie wielu milionów ludzi. Z kolei Patryk Usiadek (UWM) przedstawił zjawisko terroryzmu, bazując głównie na incydencie mającym miejsce w trakcie wojny w Zatoce Perskiej. W referacie pt. *Podpalenie szybów naftowych przez żołnierzy Saddama Husajna jako przykład terroryzmu ekologicznego. Wpływ katastrofy w Zatoce Perskiej na degradację ekosystemu z perspektywy prawa ochrony środowiska* omówiono motywy, jakimi kierowali się sprawcy tej katastrofy, skutki wycieku i podpalenia ropy naftowej na środowisko, a także działania rehabilitacyjne mające na celu zapobieżenie katastrofalnym rezultatom tegoż incydentu. Karolina Kamińska (UWM) przedstawiła pojęcie broni masowego rażenia, jej rodzaje (chemiczna, biologiczna, radiologiczna oraz nuklearna), sposób działania oraz wpływ na środowisko. Kolejnym tematem poruszonym w tym panelu był *Ekoterroryzm – realne zagrożenia naszych czasów*. Karolina Krzeszowska (UWM) omówiła pojęcie ekoterroryzmu, przedstawiła główne jego nurty, ich ideologię oraz metody działania. Oliwia Nowińska (UWM) wygłosiła referat pt. *Terroryzm morski w świetle międzynarodowego prawa karnego*, w którym skoncentrowała się na rozwiązaniach prawa międzynarodowego. Następnie Barbara Głowczewska (UWM) podjęła temat pt. *Broń biologiczna jako zagrożenie dla środowiska życia człowieka. Wybrane zagadnienia*, omawiając rodzaje broni biologicznej, a także wpływ czynników patogennych na zdrowie człowieka oraz na środowisko. Jako przedostatni wystąpił Jacek Kaczkowski, który odczytał referat nieobecnego Pawła Jańca (UO) pt. *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu poprzez kryptowaluty w nowelizacji IV Dyrektywy AML (2015/849)*. Ostatnim prelegentem drugiego panelu był Jacek Kaczkowski (UWM), który omówił *Nowe wyzwania dla bezpieczeństwa międzynarodowego w aspekcie terroryzmu morskiego*.

W ramach konferencji przeprowadzono konkurs na najlepsze referaty. W skład Komisji Konkursowej weszły następujące osoby: dr hab. Elżbieta

Zębek, dr Marek Raczkowski oraz dr Wojciech Truszkowski. Po zakończeniu części naukowej organizatorzy zaprosili gości na przerwę kawową, a w tym czasie Komisja przeprowadziła obrady i podjęła decyzję: I miejsce przyznała mgr Kindze Jankowskiej (UWM) za referat pt. *Zwierzę jako źródło, rezerwu-
ar i ofiara bioterroryzmu*, II miejsce – mgr Natalii Kulbackiej-Burakiewicz (UWM) za referat pt. *Skażenie gleb jako jeden z przejawów terroryzmu ekolo-
gicznego*, zaś III miejsce mgr Dominice Brulińskiej (UwB) i mgr Marcie Dzieniszewskiej – *Wpływ nieodpowiedniego spalania odpadów na stan po-
wietrza w Polsce*.

Obrady Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zamknęła dr hab. Elżbieta Zębek, składając przy okazji podziękowania członkom Komitetu Naukowego oraz organizatorom konferencji. Następnie wręczono nagrody laureatom konkursu. W imieniu organizatorów głos zabrał Jacek Kaczkowski, który podziękował za przybycie i zaprosił wszystkich uczestników do udziału w Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej nt. „Odpowiedzialność za środowi-
sko”, która odbędzie się 20 kwietnia 2017 r. w Olsztynie.

*Elżbieta Zębek
Natalia Kulbacka-Burakiewicz*

*In memoriam***Profesor Stanisław Pikulski
(1945–2016)**

W dniu 23 grudnia 2016 r. w wieku 71 lat zmarł prof. zw. dr hab. Stanisław Pikulski – wybitny przedstawiciel nauki prawa, założyciel Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, wieloletni Dziekan WPiA, inicjator wielu przedsięwzięć naukowych i organizacyjnych, w tym „Studiów Prawnoustrojowych” oraz przewodniczący Rady Naukowej naszego czasopisma. Profesor był autorem i współautorem cennych monografii oraz licznych opracowań naukowych, promotorem nauki i aktywności dydaktycznej, współpracownikiem szeregu uczelni krajowych oraz zagranicznych, w tym Uniwersytetu im. Aldo Moro w Bari (Włochy). To człowiek zasłużony nie tylko dla Warmii i Mazur, ale także Miasta Stołecznego Warszawy, oznaczony m.in. Oficerskim Orderem Odrodzenia Polski. Dał się poznać jako wspaniały nauczyciel i wychowawca, obdarzony niezwykłymi umiejętnościami doradzania, łagodzenia sporów, wskazywania kierunku działań naukowych i dydaktycznych, jak też ukazywania pozytywnych aspektów życia.

Profesor Stanisław Pikulski urodził się 6 grudnia 1945 r. w Charbiniowicach. Studia podjął na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Po ich ukończeniu pozostał w kontakcie z uczelnią, a owocnym efektem współpracy z opiekunem naukowym prof. zw. dr. hab. Tadeuszem Hanauskim stała się rozprawa doktorska pt. *Przestępstwa szpiegostwa w teorii i praktyce*, obroniona w 1982 r. Od 1986 r. Stanisław Pikulski związał się z warszawską uczelnią Akademią Spraw Wewnętrznych, a następnie z podwarszawską Wyższą Szkołą Oficerską Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Legionowie (która połączyła się z Akademią Spraw Wewnętrznych). Był tam odpowiedzialny za organizowanie i kontrolę działalności naukowo-dydaktycznej jednostki. Kontynuując działalność naukową, w 1994 r. na Wydziale Prawa i Administracji na podstawie monografii *Zabójstwo z zazdrości* oraz dorobku uzyskał tytuł doktora habilitowanego nauk prawnych. W latach 1997-1999 pełnił funkcję kierownika Departamentu Prawnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Tytuł profesora zwyczajnego uzyskał z rąk Prezydenta RP w 2001 r. W tym właśnie czasie podjął się ambitnego,

ale i niezwykle trudnego zadania utworzenia Wydziału Prawa i Administracji w ramach powstającego wówczas Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Zadanie to zrealizował z dużym sukcesem, zostając w 2001 r. pierwszym dziekanem w historii nowo powołanego Wydziału. Funkcję tę sprawował przez dwie kolejne kadencje aż do 2008 r., łącząc ją umiejętnie ze sprawnym kierowaniem pracami Katedry Prawa Karnego Materialnego. Kompetencje i szczególna życzliwość Pana Profesora sprawiły, że powrócił w 2013 r. na stanowisko dziekana. To dzięki Jego osobistym staraniom i niezwykle zaangażowaniu współtworzony przez Niego Wydział Prawa i Administracji UWM uzyskał najpierw prawa do nadawania stopnia doktora w dziedzinie nauk prawnych, a następnie stopnia doktora habilitowanego w tejże dziedzinie.

Pan Profesor Stanisław Pikulski w asyście członków rodziny, wybitnych przedstawicieli nauki prawa, organów państwowych i samorządowych, władz rektorskich Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, dziekana i prodziekanów Wydziału Prawa i Administracji oraz współpracowników został w dniu 4 stycznia 2017 r. pochowany na Cmentarzu Komunalnym w Olsztynie Dywitach.

qui in memoria non mori

*Małgorzata Szwejkowska,
doktorantka Pana Profesora
i pracownik kierowanej przez Niego Katedry w latach 2006–2016*