

ISSN 1897-5577  
ONLINE ISSN 2545-0271

# IUS NOVUM

VOL. 13  
NUMER 2  
2019

KWIECIEŃ–CZERWIEC

DOI: 10.26399/IUSNOVUM.V13.2.2019

---

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI  
UCZELNI ŁAZARSKIEGO

WARSZAWA 2019

---

## RADA NAUKOWA / ADVISORY BOARD

prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Uczelnia Łazarskiego (przewodnicząca)  
prof. dr hab. Sylvie Bernigasud, l'Université Lumière Lyon 2 (Francja)  
prof. dr hab. Vincent Correia, Université Paris-Sud, Université de Poitiers (Francja)  
prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)  
prof. dr hab. Regina Garcimartín Montero, Universidad de Zaragoza (Hiszpania)  
prof. dr Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada (Hiszpania)  
prof. dr hab. Stephan Hobe, Cologne University (Niemcy)  
prof. dr hab. dr h.c. Brunon Hołyst, Uczelnia Łazarskiego  
prof. dr hab. Michele Indelicato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)  
prof. dr hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)  
prof. dr hab. ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński  
prof. dr hab. Pablo Mendes de Leon, Leiden University (Holandia)  
prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu  
prof. dr Ferdinando Parente, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)  
prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski  
prof. dr hab. Vinai Kumar Singh, New Delhi, Indian Society of International Law (Indie)  
prof. dr hab. Gintaras Švedas, Vilniaus Universitetas (Litwa)  
prof. dr hab. Anita Ušacka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze (Holandia)  
dr Ewa Weigend, Instytut Prawa Karnego Max-Plancka we Freiburgu (Niemcy)

---

## REDAKCJA / EDITORIAL BOARD

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego  
Sekretarz: dr hab. Jacek Kosonoga, prof. Uczelni Łazarskiego

### Członkowie / Members

prof. dr Juan Carlos Ferré Olivé, Dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Huelva (Hiszpania)  
prof. dr Carmen Armendáriz León, Wydział Prawa Uniwersytetu Complutense w Madrycie (Hiszpania)

Redaktor językowy / Linguistic Editor  
Agnieszka Toczko-Rak

### Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

prawo karne i postępowanie – dr hab. Barbara Nita-Świątłowska, prof. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie  
prawo cywilne – dr Helena Ciepła  
prawo administracyjne – prof. dr hab. Stanisław Hoc  
prawo konstytucyjne – dr hab. Jacek Zaleśny  
prawo międzynarodowe – dr Dominika Harasimiuk  
statystyka – dr Krystyna Bąk

Redaktor prowadzący / Executive Editor  
dr Jacek Dąbrowski

---

Pełne teksty artykułów w języku polskim wraz ze spisem treści i streszczeniami w językach polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:  
<https://iusnovum.lazarski.pl/ius-novum-online/archiwum/>  
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities: <http://cejsh.icm.edu.pl/>

Full texts of articles in the Polish language with the given issue contents and abstracts in Polish and English are available on:  
<https://iusnovum.lazarski.pl/ius-novum-online/archiwum/>  
and the service of the Central European Journal of Social Sciences and Humanities: <http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2019

ISSN 1897-5577, online ISSN 2545-0271

Redakcja polskojęzyczna została sfinansowana z programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” prowadzonego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (umowa nr 236/WCN/2019/1).



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

OFICyna WYDAWNICZA UCZELNI ŁAZARSKIEGO  
02-662 Warsaw, ul. Świeradowska 43; tel. +48 22 54 35 450  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl); [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)

# SPIS TREŚCI

## ARTYKUŁY

<i>Mieczysław Błoński</i> Prawne i ekonomiczne aspekty systemu ochrony zdrowia w Holandii i Luksemurgu .....	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i> Prawo do sądu w demokratycznym państwie prawnym .....	33
<i>Mirostawa Melezini</i> Realizacja zasady traktowania kary pozbawienia wolności jako ultima ratio na płaszczyźnie stosowania prawa karnego.....	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i> Prawnokarna ochrona miru domowego na ziemiach polskich.....	75
<i>Jerzy Lachowski</i> Kumulatywna kwalifikacja prawna a przedawnienie karalności w prawie karnym .....	107
<i>Anna Golonka</i> Obowiązki banków związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu w świetle znowelizowanych przepisów .....	125
<i>Jacek Sobczak</i> Dziedzictwo narodowe w polskim porządku konstytucyjnym .....	147
<i>Robert Gwiazdowski</i> O reakcjach podatników na opodatkowanie i przerzucalności podatków....	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i> Ordynator jako osoba pełniąca funkcję publiczną w świetle ustawy o dostępie do informacji publicznej.....	197
<i>Zbigniew Czarnik</i> Zakres słusznego odszkodowania za przymusowe przejęcie własności nieruchomości.....	211

*Tomasz Braun*

Wpływ różnic w ocenie ryzyk prawnych na normy compliance  
w korporacjach międzynarodowych ..... 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Europie i Azji: rola organizacji  
regionalnych w monitorowaniu prawa do ochrony zdrowia i dobrostanu ... 225

*Michał Skwarzyński*

Ochrona sprzeciwu sumienia jako „twardego rdzenia” godności człowieka ... 275

## GLOSA

*Bożena Gronowska*

Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25  
października 2018 r. w sprawie E.S. przeciwko Austrii, skarga nr 38450/12 ... 297

Noty o Autorach ..... 309

# CONTENTS

---

## ARTICLES

<i>Mieczysław Błoński</i>	
Legal and economic aspects of healthcare systems in the Netherlands and Luxembourg . . . . .	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i>	
Right to a court in a democratic state ruled by law . . . . .	33
<i>Mirosława Melezini</i>	
Implementation of the principle treating deprivation of liberty as ultima ratio in the practice of applying criminal law. . . . .	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i>	
Criminal-law protection of domestic peace in the territory of Poland. . . . .	75
<i>Jerzy Lachowski</i>	
Cumulative legal classification and the statute of limitations in criminal law . . . . .	107
<i>Anna Golonka</i>	
Banks' obligations related to prevention of money laundering and terrorist financing in the light of amended regulations . . . . .	125
<i>Jacek Sobczak</i>	
National heritage in the Polish constitutional order . . . . .	147
<i>Robert Gwiazdowski</i>	
On taxpayers' reactions to taxation and on tax shift . . . . .	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i>	
Head of a ward as a person performing a public function in the light of Act on access to public information . . . . .	197
<i>Zbigniew Czarnik</i>	
The scope of just compensation for compulsory acquisition of the real property ownership . . . . .	211

*Tomasz Braun*

Impact of differences in legal risk assessment on compliance norms in multinational corporations . . . . . 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Achieving Sustainable Development Goals in Europe and Asia: the role of regional organizations in monitoring human right to health and well-being . . . . . 255

*Michał Skwarzyński*

Protecting conscientious objection as the “hard core” of human dignity . . . . . 275

GLOSS

*Bożena Gronowska*

Gloss on the judgment of the European Court of Human Rights of 25 October 2018 in case E.S. v. Austria, appl. no. 38450/12 . . . . . 297

Notes on the Authors. . . . . 309

## TABLA DE CONTENIDO

---

### ARTÍCULOS

<i>Mieczysław Błoński</i>	
Aspectos legales y económicos del sistema de protección de salud en Holanda y Luxemburgo .....	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i>	
Derecho a la justicia en el estado democrático de derecho .....	33
<i>Mirosława Melezini</i>	
Ejecución del principio de tratar la pena de privación de libertad como ultima ratio desde la perspectiva de aplicación de derecho penal .....	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i>	
Tutela de inviolabilidad de domicilio en el territorio polaco.....	75
<i>Jerzy Lachowski</i>	
La calificación cumulativa y la prescripción de delito en el derecho penal ...	107
<i>Anna Golonka</i>	
Obligación de bancos en relación con la lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo a la luz de los preceptos reformados.....	125
<i>Jacek Sobczak</i>	
Patrimonio nacional en el orden jurídico constitucional.....	147
<i>Robert Gwiazdowski</i>	
Sobre reacciones de sujetos obligados a impuestos.....	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i>	
El director médico como persona que desempeña función pública a la luz de la ley de acceso a la información pública.....	197
<i>Zbigniew Czarnik</i>	
Ámbito de justiprecio por la expropiación forzosa de un inmueble .....	211

*Tomasz Braun*

Influencia de diferencias en la valoración de riesgos jurídicos a las normas de compliance en empresas multinacionales. . . . . 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Ejecución de fines del desarrollo sostenible en Europa y Asia: papel de organizaciones regionales en la supervisión de derecho a la protección de salud y bienestar. . . . . 255

*Michał Skwarzyński*

Protección de objeción de conciencia como “médula dura” de la dignidad humana. . . . . 275

## C O M E N T A R I O

*Bożena Gronowska*

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2018 en la causa E.S. contra Austria, caso núm. 38450/12 . . . . 297

Notas sobre los Autores. . . . . 309



## СОДЕРЖАНИЕ

---

### СТАТЬИ

<i>Мечислав Блоньский</i> Правовые и экономические аспекты системы здравоохранения в Нидерландах и Люксембурге . . . . .	17
<i>Збигнев Квятковски</i> Право на суд в демократическом правовом государстве . . . . .	33
<i>Мирослава Мелезини</i> Реализация принципа интерпретации наказания в виде лишения свободы как последнего довода – ultima ratio – в рамках соблюдения уголовного права. . . . .	51
<i>Марек Мозгава, Анджей Вжищ</i> Уголовно-правовая защита неприкосновенности жилища на польских землях . . . . .	75
<i>Ежи Ляховски</i> Накопительная правовая классификация и истечение срока давности судимости в уголовном праве. . . . .	107
<i>Анна Голёнка</i> Обязанности банков, связанные с противодействием отмыванию денег и финансированию терроризма в свете новелизированных положений . . .	125
<i>Яцек Собчак</i> Национальное наследие в польском конституционном порядке. . . . .	147
<i>Роберт Гвядзовски</i> О реакциях налогоплательщиков на налогообложение и уклонения от налогов. . . . .	167

*Пшемислав Шустакевич, Кароль Бельски*

Ординатор как субъект, выполняющий публичную функцию  
в свете Закона о доступе к публичной информации. . . . . 197

*Збигнев Чарник*

Размер соответствующей компенсации за принудительный  
захват имущества . . . . . 211

*Томаш Браун*

Влияние различий в оценке правовых рисков на соответствие (compliance)  
стандартам в международных корпорациях . . . . . 229

*Роберт Кишиштоф Табашевски*

Реализация целей устойчивого развития в Европе и Азии: роль  
региональных организаций в наблюдении за правом на  
здравоохранение и благополучие . . . . . 255

*Михал Скважиньски*

Право на возражение по соображениям совести в качестве «твёрдого  
внутреннего стержня» человеческого достоинства . . . . . 275

## ГЛОССА

*Божена Гроновска*

Глосса к постановлению Европейского суда по правам человека  
от 25 октября 2018 года по делу Е.С. в отношении Австрии,  
жалоба № 38450/12 . . . . . 297

Сведения об Авторах. . . . . 309

# INHALTSVERZEICHNIS

---

## ARTIKEL

<i>Mieczysław Błoński</i>	
Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte des Gesundheitssystems in den Niederlanden und Luxemburg .....	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i>	
Das Recht zur Gerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat .....	33
<i>Mirosława Melezini</i>	
Die Behandlungsregelvollstreckung der Freiheitsstrafe als ultima ratio auf Ebene der Strafrechtsanwendung .....	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i>	
Strafrechtlicher Hausfriedensschutz auf polnischem Landesgebiet .....	75
<i>Jerzy Lachowski</i>	
Kumulative Rechtsfindung und Strafbarkeitsverjährung im Strafrecht .....	107
<i>Anna Golonka</i>	
Verpflichtungen der Banken verbunden mit der Gegenwirkung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung in Ansehung von novellierten Vorschriften .....	125
<i>Jacek Sobczak</i>	
Das Nationalerbe im polnischen Grundgesetzsystem .....	147
<i>Robert Gwiazdowski</i>	
Reaktion von Steuerzahlern auf Besteuerung und Steuerabwälzungsmöglichkeit .....	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i>	
Chefarzt als Person des öffentlichen Lebens angesichts des Gesetzes über Zugang zu öffentlichen Informationen .....	197

*Zbigniew Czarnik*

Umfang gebührender Entschädigung für zwangsmäßige  
Immobilienübernahme. .... 211

*Tomasz Braun*

Unterschiedseinfluss in rechtlicher Risikoeinschätzung auf die  
Compliancennormen in internationalen Korporationen ..... 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Abwicklung von Zielen ausgeglichener Entwicklung in Europa und  
in Asien: Rolle der regionalen Organisationen in der Nachverfolgung des  
Gesundheits- und Wohlstandsrechtes. .... 255

*Michał Skwarzyński*

Verweigerung aus Gewissensgründen als „harter Kern“  
der Menschenwürde. .... 275

## GLOSSE

*Bożena Gronowska*

Glosse zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte  
vom 25. Oktober 2018 in Zivilsache E.S. gegen Österreich,  
Klage Nr. 38450/12. .... 297

Vermerke über Autoren. .... 309

## TABLE DES MATIÈRES

---

### ARTICLES

<i>Mieczysław Błoński</i> Aspects juridiques et économiques du système de santé aux Pays-Bas et au Luxembourg .....	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i> Droit à un procès équitable dans un État de droit démocratique .....	33
<i>Mirosława Melezini</i> Mise en œuvre du principe du traitement de l'emprisonnement en tant qu'ultima ratio sur le niveau d'application du droit pénal .....	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i> Protection juridique et pénale du domicile en Pologne .....	75
<i>Jerzy Lachowski</i> Classification juridique cumulative et prescription en droit pénal .....	107
<i>Anna Golonka</i> Les obligations des banques visaient à lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme à la lumière des règlements modifiés .....	125
<i>Jacek Sobczak</i> Le patrimoine national dans l'ordre constitutionnel polonais .....	147
<i>Robert Gwiazdowski</i> Sur les réactions des contribuables face à la fiscalité et à l'évasion fiscale ....	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i> Le médecin en chef en tant que personne exerçant une fonction publique au regard de la loi sur l'accès à l'information publique .....	197

*Zbigniew Czarnik*

La portée de juste compensation pour la prise de contrôle forcée  
de la propriété. . . . . 211

*Tomasz Braun*

L'impact des différences dans l'évaluation des risques juridiques sur les  
normes de conformité dans les entreprises internationales . . . . . 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Mise en œuvre des objectifs de développement durable en Europe et en  
Asie: le rôle des organisations régionales dans la surveillance du droit à la  
protection de la santé et au bien-être . . . . . 255

*Michał Skwarzyński*

Protection de l'objection de conscience en tant que «noyau dur» de la dignité  
humaine . . . . . 275

## GLOSE

*Bożena Gronowska*

Glose à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 octobre  
2018 dans l'affaire E.S. c. Autriche, plainte n° 38450/12

Notes sur les Auteurs . . . . . 309

# INDICE

---

## ARTICOLI

<i>Mieczysław Błoński</i> Aspetti giuridici ed economici del sistema sanitario nei Paesi Bassi e in Lussemburgo . . . . .	17
<i>Zbigniew Kwiatkowski</i> Diritto al tribunale in uno stato democratico di diritto. . . . .	33
<i>Miroslawa Melezini</i> Attuazione del principio del trattamento della pena di reclusione come ultima ratio a livello di applicazione del diritto penale. . . . .	51
<i>Marek Mozgawa, Andrzej Wrzyszc</i> Tutela penale contro la violazione di domicilio nei territori polacchi . . . . .	75
<i>Jerzy Lachowski</i> Relazione tra la qualificazione giuridica cumulativa e la prescrizione in diritto penale. . . . .	107
<i>Anna Golonka</i> Obblighi delle banche in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo alla luce delle norme modificate . . . . .	125
<i>Jacek Sobczak</i> Patrimonio nazionale nell'ordine costituzionale polacco . . . . .	147
<i>Robert Gwiazdowski</i> Sulle reazioni dei contribuenti alla tassazione e alla trasferibilità fiscale . . . . .	167
<i>Przemysław Szustakiewicz, Karol Bielski</i> Primario come persona che svolge una funzione pubblica alla luce della legge sull'accesso all'informazione pubblica . . . . .	197
<i>Zbigniew Czarnik</i> Portata dell'equo compenso per l'acquisizione forzata di proprietà . . . . .	211

*Tomasz Braun*

Impatto delle differenze nella valutazione dei rischi legali sugli standard di conformità nelle aziende multinazionali ..... 229

*Robert Krzysztof Tabaszewski*

Attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile in Europa e in Asia: il ruolo delle organizzazioni regionali nel monitoraggio del diritto alla salute e al benessere ..... 255

*Michał Skwarzyński*

Protezione dell'obiezione di coscienza come "nucleo duro" della dignità umana ..... 275

## GLOSSA

*Bożena Gronowska*

Glossa alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 ottobre 2018 nella causa E.S. contro Austria, ricorso n. 38450/12 ..... 297

Note sugli Autori ..... 309



# LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF HEALTHCARE SYSTEMS IN THE NETHERLANDS AND LUXEMBOURG\*

---

MIECZYŚLAW BŁOŃSKI\*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.14/m.blonski

## 1. INTRODUCTION

Healthcare systems in the Netherlands and Luxembourg belong to the twelve most effective health systems in Europe. The other ones operate in Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Norway, Sweden, Switzerland and the United Kingdom. Scores being received by different criteria prove those countries' positions. Among the criteria, there are: patient rights and information (patient organizations involved in decision-making, the right to a second medical opinion, access to own medical record, registry of *bona fide* doctors, web or twenty-four-hour and seven-day telephone health consultant information, a possibility of seeking cross-border care, the catalogue of providers with quality ranking, e-accessible patient records, online booking of appointments and e-prescriptions, accessibility (family doctor same-day access, direct access to a specialist, major elective surgery in less than ninety days, cancer therapy in less than twenty-one days, CT scan in less than seven days, waiting time for paediatric psychiatry), outcomes (thirty-day case fatality for AML, thirty-day case fatality for stroke, infant deaths, cancer survival, deaths before sixty-five years of age, MRSA infections, abortion rates, suicide rates, diabetes patients with HbA1c higher than seven), range and reach of services provided (equity of healthcare systems, cataract operations per one hundred thousand people sixty-five and more years old, kidney transplants per million population, dental care including in public healthcare, informal payments to doctors, long-term care for the elderly, percentage of dialysis done outside of a clinic, caesarean sections),

---

\* Artykuł oryginalnie w języku angielskim

\*\* PhD, Assistant Professor, Faculty of Economics and Management of Lazarski University in Warsaw; e-mail: m.blonski@lazarski.edu.pl; ORCID: 0000-0003-3151-981X

prevention (infant eight-disease vaccination, blood pressure, smoking prevention, alcohol, physical activity, HPV vaccination, traffic deaths) and pharmaceuticals (Rx subsidy, novel cancer drugs deployment rate, access to new drugs, arthritis drugs, statin use, antibiotics per capita).<sup>1</sup>

The criteria include also access, health status, resilience, innovation, quality and other ones, where "Access is the extent to which medicines, treatments, diagnostics or other technologies can be accessed by the people who need them. Health Status evaluates the population's actual health status and outcomes. Resilience considers the ability of a health system to meet the population's needs in the future and the resources which ensure adaptability to innovation. Innovation assesses investments in developing new transformative medicines, treatments or technologies by both the responsible authorities and the private sector. Quality measures the strength of healthcare delivery, taking into consideration the methods of implementation of healthcare solutions."<sup>2</sup>

According to international comparisons, the healthcare system in the Netherlands is more effective than that in Luxembourg.<sup>3</sup> The outcomes of both systems distinguish the first one. The Netherlands, for example, has low antibiotic use, the small number of avoidable hospitalisations and low avoidable mortality.<sup>4</sup> Measuring by results, nearly year by year the Netherlands finds itself at the first position in the group of countries with the most effective healthcare systems in Europe, while Luxembourg is usually in the middle of the ranking.

## 2. LEGAL REGULATION OF HEALTHCARE IN THE NETHERLANDS

The most complex regulations of healthcare system in the Netherlands were introduced on 1 January 2006 by the Health Insurance Act (*Zorgverzekeringswet*).<sup>5</sup> According to the Act, the whole structure of the system and its regulatory mechanisms have been changed. The government resigned from substantial amount of its controlling role and its responsibilities were passed on to insurers, providers and patients. New agencies of a watchdog nature were established with their tasks to prevent improper healthcare market effects of the reform. The transfer of responsibilities to the municipalities resulted in diversified care arrangements. Self-regulation, always present in the Dutch healthcare system, increased. Professional organizations strengthened their involvement in periodic improvement and quality increase of the system.

The regulated market system does not mean central planning. Although institutions are licensed by the government, they make plans and investments

---

<sup>1</sup> A. Bjornberg, A. Yung Phang, *Euro Health Consumer Index 2018*, The Health Consumer Powerhouse, 2019.

<sup>2</sup> *The Sustainability Index 2018*, Future Proofing Healthcare, 2018, <https://futureproofinghealthcare.com/sustainability-index> (accessed on 17/06/2019).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> M. Kroneman et al., *Health Systems in Transition. Netherlands Health System Review 2016*, European Observatory on Health Systems and Policies Vol. 18, No. 2, 2016.

<sup>5</sup> *Ibid.*

decisions by themselves. The only area strictly controlled by the government is the number of persons working in the healthcare. It decides on the income of medical students and the volume of training of other medical specialists based on forecasts and plans. Municipalities with their public health departments supervise the health of their inhabitants at local level.<sup>6</sup>

In 2014 Public Health Status and Forecasts Act (*Volksgezondheid Toekomst Verkenning, VTV*) added four most important general challenges for the healthcare system in the Netherlands:

- keeping people healthy as long as possible and bring people who are ill to good health;
- supporting handicapped and vulnerable people and strengthening their social links;
- stimulating autonomy and freedom of decisions;
- maintaining affordable healthcare.

The government usually formulates in its health budget priorities for shorter time frames. In 2016 it expressed the following aims to be achieved:

- such modifications in the health sector which will be visible for the people (including responsive services and better information to enable citizens to make choices);
- such amendment in pharmaceutical policy which will restrain costs and improve quality, especially for new expensive drugs;
- better quality of service to patients in nursing homes (more day care, better prepared employees);
- stimulation of health insurers to provide a better offer for chronically ill and vulnerable people;
- less bureaucracy in the healthcare institutions and fewer regulations;
- reducing antibiotic resistance in the Netherlands and in whole Europe (by the national plan for the years 2015-2019 and by activities in the European Union);
- incentives for bigger information and research work on dementia (by the national plan for dementia);
- stimulation of electronic applications with reference to healthcare.<sup>7</sup>

The actual activity of the Dutch Ministry of Health, Welfare and Sport is limited to the following items:

- setting public health targets;
- preparing the country health budget;
- accepting the content of the basic health insurance package;
- deciding on the level of prices for services which are not freely negotiable;
- facilitating the healthcare market for its participants (for example with information);
- general supervision of the healthcare markets.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Polska i Holandia – Zdrowe relacje. Ocena możliwości poprawy działania systemów ochrony zdrowia dzięki wzajemnej wymianie doświadczeń, Netherlands-Polish Chamber of Commerce, 2017.

<sup>7</sup> M. Kroneman et al., *Health Systems in Transition...*, 2016.

<sup>8</sup> *Ibid.*

The Netherlands instead has a group of institutions which support and advice on healthcare policies and self-control the system in various dimensions. Some of them play an advisory role, other supervise the system and still others self-regulate it. The most important institution called the Health Council (*Gezondheidsraad*) has substantial influence on the evolution of health policy. It advises the Minister of Health, Welfare and Sport. Following its recommendations in 2013, the government, for example, introduced a national cancer screening programme. Among other authoritative advice in 2015 the Health Council formulated also its recommendations on healthy food.

The other main institutions in the Dutch healthcare system are the Council for Public Health and Society (RVS) and the Dutch Healthcare Authority (NZA). The first one advises the Minister on the societal aspects of healthcare and the other (among other functions) supervises the compliance of activities of insurers with the Health Insurance Act (ZVW) and the Healthcare Market Regulation Act (Wmg). It is worth mentioning also the substantial role of the Dutch National Healthcare Institute (*Zorginstituut Nederland*) and its part: the Quality Institute for Care (*Kwaliteitsinstituut voor de Zorg*). They conduct research and advise the Ministry of Health, Welfare and Sport on possible medical innovations and guard the quality, accessibility and affordability of the whole healthcare system.

In the Netherlands also various more specialised institutions operate advising, supervising and self-regulating the system. Among them there are the Capacity Body (*Capaciteitsorgaan*) which advises the Minister on workforce planning, the Medicines Evaluation Board (CBG), the National Institute for Public Health and the Environment (RIVM), the Healthcare Inspectorate (IGZ), the Netherlands Pharmacovigilance Centre Lareb (*Bijwerkingencentrum Lareb*), the Royal Dutch Medical Association (KNMG), the Federation of Medical Specialists (FMS), the Nurses and Carers Netherlands (V&VN), the Regional Vaccination Administration Bodies (*Entadministraties*) and the Regional Support Structures (*Regionale Ondersteuningsstructuren*, ROS). The main actors of the Dutch healthcare system and their roles in it are shown in Table 1.

Apart of the principal legal acts mentioned at the beginning of this part of the article, the health system in the Netherlands is regulated by a bunch of other acts referring to different aspects of healthcare. It is worth mentioning the Long-term Care Act (Wlz), the Healthcare Institutions Admission Act (*Wet Toelating Zorginstellingen*, WTZi), the Act on the Supervision of Insurance Companies (*Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf*), the Screening Act (*Wet op het Bevolkingsonderzoek*, WBO), the Quality of Health Facilities Act (*Kwaliteitswet Zorginstellingen*, KZi), the Individual Healthcare Professions Act (*Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg*, BIG), the Medical Treatment Agreement Act (*Wet Geneeskundige Behandeloovereenkomst*, WGBO), the Act on Quality, Complaints and Disputes in Care (*Wet Kwaliteit, Klachten en Geschillen Zorg*, Wkkgz), the Medical Research Involving Human Subjects Act (*Wet Medisch-Wetenschappelijk Onderzoek*, Wmo), the Organ Donation Act (*Wet Orgaandonatie*, WOD), the Personal Data Protection Act (*Wet Boscherming Persoonsgegevens*, Wbp) and the Dutch Standards (*Nederlandse Normen*, NEN).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> M. Kroneman et al., *Health Systems in Transition...*, 2016.

**Table 1. Main actors of the Dutch healthcare system and their roles**

Category	Actor	Tasks
Government	Central government	Setting public health targets Setting the national healthcare budget Deciding the content of the basic health insurance package Setting tariffs for services that are not subject to free negotiation Deciding capacity in long-term care institutions Facilitating actors in the healthcare market (for example with information) General supervision of the healthcare markets
	Municipality	Supervising the health of local populations Setting local public health targets Setting the budget for social support and domestic care (under the Wmo) Purchasing Wmo care (including counselling, day care, respite care, domestic care and youth mental care)
Advisory	Health Council	Advising the Minister on preventive care and other health issues (scientific)
	Council for Public Health and Society (RVS)	Advising the Minister on the health policy agenda (societal)
	National Healthcare Institute (ZiNL)	Advising the Minister on the content of the basic benefit package Advising on the content of the medicine reimbursement system (GVS) Advising the Minister on the budget for long-term care (Wlz) (also supervision; see below)
	Capacity Body ( <i>Capaciteitsorgaan</i> )	Advising the Minister on workforce planning for all specialised postgraduate training programmes
	Medicines Evaluation Board (CBG)	Evaluating the safety, efficacy and quality of pharmaceuticals
	Healthcare Inspectorate (IGZ)	Advising the Minister (also supervision; see below)
	Dutch Healthcare Authority (NZA)	Advising the Minister on the definition of negotiable care products and prices of non-negotiable care (also supervision; see below)

Table 1 – continued

Category	Actor	Tasks
Supervision	Dutch Health-care Authority (NZa)	Overseeing and monitoring healthcare markets Promoting transparency among actors
	Healthcare Inspectorate (IGZ)	Inspecting safety and quality of individual and institutional providers Investigating complaints and accidents Supervising quality of care provided under the Health Insurance Act (Zvw) and Long-term Care Act (Wlz)
	National Healthcare Institute (ZinNL)	Supervising the quality, access and affordability of healthcare Regulating defaulters and uninsured people Administering the Health Insurance Fund, including risk adjustment Assessing pharmaceuticals before inclusion in the benefit package
Self-regulation (professional and other)	Royal Dutch Medical Association (KNMG)	Postgraduate medical education Accreditation of medical specialists (including GPs) Promoting professional quality
	Dutch College of GPs (NHG)	Developing clinical guidelines for GPs
	Federation of Medical Specialists (FMS)	Development of guidelines for medical specialists
	Nurses and Carers Netherlands (V&VN)	Keeping a voluntary quality register where nurses and care professionals can file their continuing education and monitor their performance Professional committee for objection and appeal
	Regional Support Structures (ROS)	Funded by the Ministry via capitation payments by health insurers Advising and supporting primary care organizations and professionals towards more integrated care arrangements

Source: M. Kroneman, W. Boerma, M. van den Berg, P. Groenewegen, J. de Jong, E. van Ginneken, *Health Systems in Transition. Netherlands Health System Review 2016*, European Observatory on Health Systems and Policies Vol. 18, No. 2, 2016

The social security systems in the European Union are generally left to the competence of member states. However, the EU can give recommendations to them. For instance, the Netherlands was advised to modernise its long-term care.

The European Union created also the “Together for Health” health strategy which complies with its general Europe 2020 strategy. It stresses that healthy citizens constitute a fundamental condition for sustainable economic growth and prosperity as a whole. The EU authorities maintain that spending additional money for healthcare may increase economic growth. “Health in all policies” is the main motto of the European Union health strategy.

The same principle has been a long distance priority of the World Health Organization. It recommends Whole Government System. According to it, the ministries of health in all member countries and elsewhere should inspire other ministries to promote health goodness and equity.

This is a part of healthcare stewardship activities formulated in 2008 in the Tallinn Charter aiming to strengthen health systems of different countries.<sup>10</sup>

### 3. ORGANIZATION AND ECONOMICS OF HEALTHCARE IN THE NETHERLANDS

In the last decades of the 20th century, the Netherlands had a non-effective and cost-consuming healthcare system which did not satisfy the country’s citizens.

The governments decided to analyse deeply the problem and to solve it. The beginning of systematic research started with W. Dekker Commission which listed the greatest disadvantages of the existing healthcare system. Among them there were too strong interference of the state in the number of the cures paid by the government and their prices which brought lower efficiency, the separate financing of different healthcare sectors which brought difficulties in proper use of flexible treatment and lack of choice of the insurer by the patient (and similar cases). Having identified these weaknesses, the Health Insurance Act was introduced on 1 January 2006.<sup>11</sup> From that time, the Dutch healthcare has been ever better financed.

Now the Netherlands treats healthcare as investment. It maintains that citizens who are in good health produce more goods and higher income improves quality of their life and prosperity of the nation as a whole.<sup>12</sup> Such approach to the health issue (being in line with the EU recommendations) makes the country’s health spending as a share of GDP among the highest in the European Union. It amounted to 10.5% in 2016<sup>13</sup> and, according to the other sources, reached even 13.3% in 2017 and was highest in the EU.<sup>14</sup> Consequently (what has been mentioned at the beginning of this article), for some time the Dutch healthcare system has been the most effective in the EU nearly every year.

All inhabitants of the Netherlands are entitled to the integrated complex package of basic treatment and cures, which is paid for and delivered by public or private insurers and suppliers. There is full competition among insurers and suppliers. Each

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Polska i Holandia – Zdrowe relacje...*

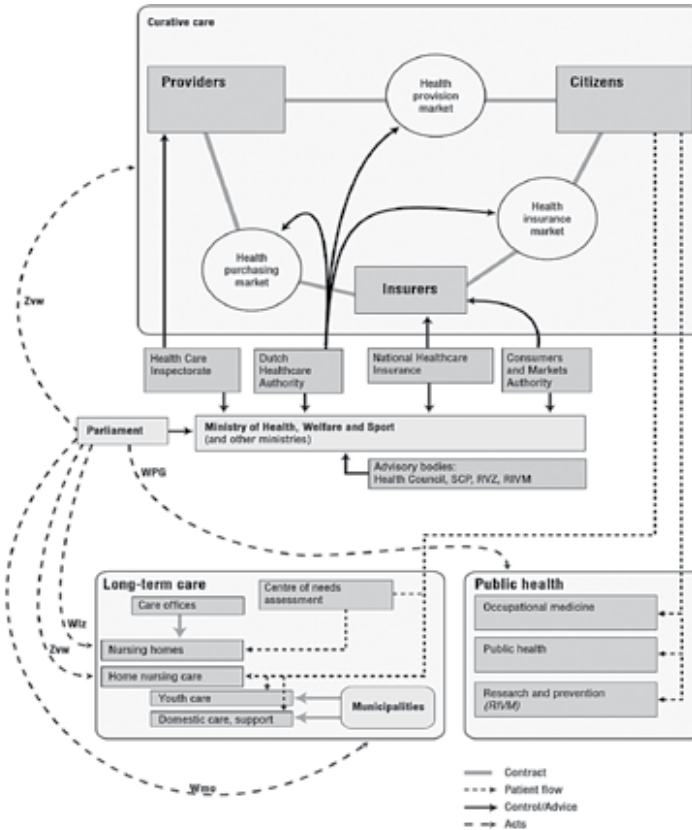
<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *OECD Health Statistics 2017 (2018)*, WHO Global Health Expenditure Database.

<sup>14</sup> <https://www.statista.com/statistics/576000/total-health-expenditure-as-share-of-gdp-in-the-netherlands/>.

citizen signs an insurance agreement with a freely chosen insurance entity, pays part of the subscription (ca. Euro 1,200) and another part of it is paid by the employer and the government. More than 90% of population have additional insurance. Figure 1 shows the organizational overview of the Dutch healthcare system.

**Figure 1. Organizational overview of the Dutch healthcare system**



Source: M. Kroneman, W. Boerma, M. van den Berg, P. Groenewegen, J. de Jong, E. van Ginneken, *Health Systems in Transition. Netherlands Health System Review 2016*, European Observatory on Health Systems and Policies Vol. 18, No. 2, 2016

#### 4. LEGAL REGULATION OF HEALTHCARE IN LUXEMBOURG

The values and principles of the healthcare system in Luxembourg are contained in the Article Eleven of the Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg issued in 1868 and in the Code of Health and the Code of Social Security. The most complex present regulations were in preparation since the middle of the last decade and introduced in 2008. The single national health fund called the National Health Insu-



rance (*Caisse Nationale de Santé, CNS*), merged nine healthcare funds. Its aim was to increase sustainable financing and transparency of the Luxembourg healthcare system and to cope with problems of non-residents, ageing society and increasing costs of services and treatment provided abroad. It was said that it should allocate better the resources and rationalise the purchases of medical services.

According to the next regulation, the Health Reform Law, introduced in 2010 with the aim of continued improvement of the quality and efficiency, the standardised accounting system for hospital services and new electronic health infrastructure were launched. It resulted in establishing of the National Agency for Shared Information in Health which adopted in 2015 the Shared Health Record (*Dossier de Soins Partagé, DSP*). According to it, patients and authorised suppliers of health services receive automatically the information on patients' health condition and treatment history.

Earlier, in 2011, the European Union introduced the Directive which allows patients to calculate different potential treatment options and costs in the country and abroad. Following this Directive, Luxembourg adopted in 2014 the law which guarantees patients access to all available information about their health status, examinations, diagnosis, treatment options and plans to help them make as informed decisions as possible. The institution of Health Mediator which helps in all this was also introduced. Both reforms have led to the personalised medicine which constitutes one of the most current topics.<sup>15</sup>

The most important institutions in the Luxembourg health system are the Ministry of Health and the Ministry of Social Security. The ministries cooperate, take decisions jointly and share responsibility for organization, legislation and financing of the healthcare system. The Ministry of Health (its Health Directorate) is responsible for planning health service provision in the whole country, conducting health studies, preparing surveys, advising public institutions on health issues and supervising health authorities in the country, public health suppliers and non-hospital sector. Another important institutions of the Luxembourg health system are the Luxembourg Institute for Health (LIH), National Health Laboratory (*Laboratoire national de santé, LNS*), the Social Security Medical Review (*Contrôle médical de la sécurité sociale, CMSS*), the Medical-Surgical Mutual Fund (*Caisse médico-chirurgicale mutualiste, CMCM*), the Nomenclature Commission (*Commission de nomenclature, CN*) and the Association of Medical and Dental Doctors (*Association des médecins et médecins-dentistes, AMMD*).<sup>16</sup>

## 5. ORGANIZATION AND ECONOMICS OF HEALTHCARE IN LUXEMBOURG

Luxembourg has the second highest per capita health spending with purchasing power parity (PPP) among European countries belonging to the World Health Organization. It keeps staying on such a high position for many years and amounted to

---

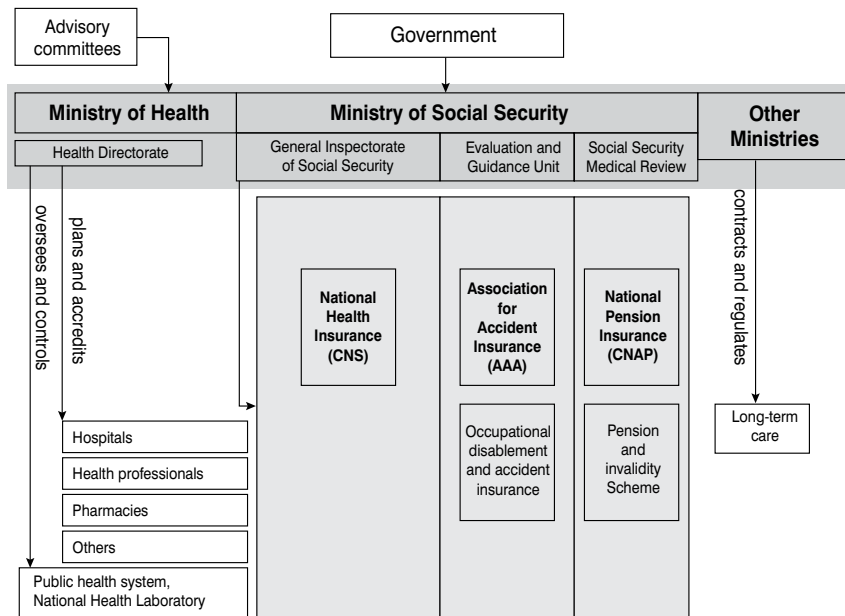
<sup>15</sup> F. Berthet et al., *Health Systems in Transition, HiT in Brief Luxembourg*, European Observatory on Health Systems and Policies, the Government of the Grand Duchy of Luxembourg, 2015.

<sup>16</sup> *Ibid.*

USD 6,475 in 2017.<sup>17</sup> However, compared to neighbouring countries, Luxembourg spends a significantly lower percent of its GDP on healthcare. It is because the country has the highest GDP per capita in Europe.

The main factor of so high per capita spending on healthcare is the limited number of inhabitants in Luxembourg (slightly more than half a million) and connected with it small number of specialised medical institutions. This makes citizens of this country go abroad to receive substantial part of necessary treatment, cures and services and Luxembourg insurers have to pay for it. The problem of increasing costs of services and treatment provided abroad was one of the major considerations that has led to establishing the country health fund: the National Health Insurance (CNS) in 2008 (what has been mentioned in the above section of this article).

**Figure 2. Organizational overview of the Luxembourg healthcare system**



Source: F. Berthet, A. Calteux, M. Wolter, L. Weber, E. van Ginneken, A. Spranger, *HiT in Brief Luxembourg, Health Systems in Transition*, European Observatory on Health Systems and Policies, the Government of the Grand Duchy of Luxembourg, 2015

The main principles of the health system in Luxembourg consist of the following:

- general access through obligatory social health insurance system (SHI) financed mainly by contributions;
- SHI consisting of three parts (healthcare, accident insurance and long-term care);

<sup>17</sup> *Health Spending Indicator*, OECD 2019 (accessed on 16/06/2019).

- open choice of service suppliers and direct availability of specialist treatment for patients;
- core role for self-employed physicians (authorised by the Ministry of Health and accredited at the CNS; reimbursed pursuant to price lists agreed with the CNS);
- whole country planning of hospital and pharmaceutical sectors by the Ministry of Health.<sup>18</sup>

The financing of the health insurance is done in 40% by the state and in 60% equally by insured persons and employers. The long-term care insurance is covered in 40% by the state, in around 1% by electricity consumers using more than 1 million kW a year and by the insured. The CNS negotiates annual budgets with hospitals (14 hospitals in Luxembourg in 2015) for operating costs and annual tariffs with professional groups, as the already mentioned Association of Medical and Dental Doctors in Luxembourg (AMMD) and with other suppliers of medical services and goods.<sup>19</sup> Figure 2 shows the organizational overview of the Luxembourg healthcare system.

## 6. CONCLUSIONS

The Netherlands and Luxembourg, two neighbouring countries, have similar but slightly different healthcare systems. In case of these two countries the most important is their size and the level of government intervention in them. The first country, with much bigger population and incomparably greater number of insurers and providers of medical services, relies mostly on home market and great competition among and between them. Additionally, the government does not interfere too much. The other country, due to the limited population, has a small number of hospitals and specialised medical centres, and has to send its citizens abroad to receive substantial amount of medical help. Moreover, it seems that Luxembourg authorities interfere in its health market more than the Dutch ones. As a result, the Dutch healthcare system with moderate expenses is considered to be the most effective (nearly in each consecutive year) in Europe and the Luxembourg one, with the considerably minor effectiveness, is the second most cost consuming (per capita) in Europe.

## BIBLIOGRAPHY

- Bartholomée Y., Maarse H., *Health Insurance Reform in the Netherlands*, Eurohealth 2006.
- Berthet F. et al., *HiT in Brief Luxembourg, Health Systems in Transition*, European Observatory on Health Systems and Policies, the Government of the Grand Duchy of Luxembourg, 2015.
- Bjornberg A., Yung Phang A., *Euro Health Consumer Index 2018*, The Health Consumer Powerhouse, 2019.
- European Database*, Eurostat, European Commission, 2015.

<sup>18</sup> F. Berthet et al., *Health Systems in Transition...*

<sup>19</sup> *Ibid.*

- Exercice 2013 Decompte Annuel Global*, Luxembourg, CNS.
- Hasaart F., *Incentives in the Diagnosis Treatment Combination Payment System for Specialist Medical Care*, Universiteit Maastricht 2011.
- Health at a Glance: Europe 2017*, OECD Publishing.
- Health at a Glance: Europe 2018*, OECD Publishing.
- Health at a Glance: Europe 2019*, OECD Publishing.
- Health Insurance in the Netherlands: the New Health Insurance System from 2006*, the Ministry of Health, Welfare and Sport 2006.
- Health Spending Indicator (2019)*, OECD.
- Health Statistics: Health Status (2015)*, OECD.
- Health Statistics 2017 (2018)*, WHO Global Health Expenditure Database.
- Kringos D. et al., *The Strength of Primary Care in Europe: An International Comparative Study*, British Journal of General Practice, 2013.
- Kroneman M. et al., *Health Systems in Transition. Netherlands Health System Review 2016*, European Observatory on Health Systems and Policies Vol. 18, No. 2, 2016.
- Patients' Rights in Cross-border Healthcare in the European Union*, Special Eurobarometer, European Commission, Eurostat, 2015.
- Polska i Holandia – Zdrowe relacje. Ocena możliwości poprawy działania systemów ochrony zdrowia dzięki wzajemnej wymianie doświadczeń*, Netherlands-Polish Chamber of Commerce, 2017.
- Rapport Annuel 2013*. Luxembourg, CNS.
- Rapport Général sur la Sécurité Sociale au Grand-Duché de Luxembourg*, Inspection Générale de la Sécurité Sociale, 2014.
- Schäfer W., Kroneman M., Boerma W., van den Berg M., Westert G., Deville W. et al., *The Netherlands, Health System Review*, Health Systems in Transition, 2010.
- Schäfer W.L.A., Boerma W.G.W., Murante A.M., Sixma H.J., Schellevis F.G., Groenewegen P.P., *Assessing the Potential for Improvement of Primary Care in 34 Countries: a Cross-sectional Survey*, Bulletin of the World Health Organization, 2015.
- Schoen C., Osborn R., Squires D., Doty M.M., *Access, Affordability and Insurance Complexity are Often Worse in the United States Compared to Ten Other Countries*, Health Affairs, 2013.
- Schut E., Sorbe S., Hoj J., *Health Care Reform and Long-Term Care in the Netherlands*, Economics Department working paper, OECD, 2013.
- Siciliani L., Moran V., Borowitz M., *Measuring and Comparing Health Care Waiting Times in OECD Countries*, Health Policy Vol. 118, No. 3, 2014.
- Total Health Expenditure as Share of GDP in the Netherlands, 2019*, <https://www.statista.com/statistics>.
- The Looming Crises in the Health Workforce: How can OECD Countries Respond?*, Organisation for Economic Cooperation and Development, 2008.
- The Sustainability Index 2018*, Future Proofing Healthcare, 2018, <https://futureproofinghealthcare.com/sustainability-index>. WHO Global Health Expenditure Database (2018), World Health Organization.
- WHO Global Health Expenditure Database (2019)*, World Health Organization.
- World Bank Open Data (2019)*, World Bank.

## LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF HEALTHCARE SYSTEMS IN THE NETHERLANDS AND LUXEMBOURG

### Summary

The article addresses issues related to legal regulations, organization and economics of healthcare systems in the Netherlands and Luxembourg. In order to provide the bird's eye view of these systems, the most important acts introducing them have been presented. Other significant regulations and principal institutions introducing, consulting and self-controlling them have been mentioned. The main economic conditions and organization of healthcare systems in the Netherlands and Luxembourg have been described. The organizational structures of both systems have also been included in the text. The whole analysis aims at delivering preliminary information on how the most effective (nearly in each consecutive year) healthcare system in Europe, the Dutch one, was established and is organized in comparison to one of the most expensive systems (per capita), the Luxembourg one, the effectiveness of which is considerably minor.

Keywords: legal aspects, economic aspects, healthcare system, the Netherlands, Luxembourg

## PRAWNE I EKONOMICZNE ASPEKTY SYSTEMU OCHRONY ZDROWIA W HOLANDII I LUKSEMBURGU

### Streszczenie

Artykuł porusza zagadnienia związane z regulacjami prawnymi, organizacją i uwarunkowaniami ekonomicznymi systemów ochrony zdrowia w Holandii i Luxemburgu. Aby dostarczyć widok z lotu ptaka na oba te systemy, zostały przedstawione najważniejsze akty prawne wprowadzające je. Zostały także wymienione inne odnoszące się do nich znaczące uregulowania prawne, jak również główne instytucje, tworzące, konsultujące i samokontrolujące je. Zostały ukazane podstawowe warunki ekonomiczne i organizacja obu systemów. W teście znalazły się również ich schematy organizacyjne. Artykuł ma na celu dostarczenie wstępnych informacji o tym, jak powstał i jest zorganizowany najbardziej efektywny w Europie (niemal w każdym kolejnym roku) holenderski system ochrony zdrowia w porównaniu do systemu luksemburskiego, jednego z najdroższych (na jednego mieszkańca), którego efektywność jest znacząco mniejsza.

Słowa kluczowe: prawne aspekty, ekonomiczne aspekty, system ochrony zdrowia, Holandia, Luksemburg

## ASPECTOS LEGALES Y ECONÓMICOS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE SALUD EN HOLANDA Y LUXEMBURGO

### Resumen

El artículo trata de cuestiones relacionadas con la regulación jurídica, organización y condiciones económicas del sistema de protección de salud en Holanda y Luxemburgo. Para tener una vista global de ambos sistemas, el artículo presenta los actos normativos principales, como

otras regulaciones importantes, instituciones principales que los crean, coadyuvan i autocontrolan. También trata de condiciones económicas básicas y organización de ambos sistemas. El texto contiene esquemas de organización. El artículo tiene por objetivo aportar información inicial sobre la constitución y organización del sistema holandés más efectivo en Europa de protección de salud (considerado así casi cada año) en comparación con el sistema luxemburgués, uno de los más caros (por un habitante), cuya efectividad es considerablemente menor.

Palabras claves: aspectos legales, aspectos económicos, sistema de protección de salud, Holanda, Luxemburgo

## ПРАВОВЫЕ И ЭКОНОМИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ СИСТЕМЫ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ В НИДЕРЛАНДАХ И ЛЮКСЕМБУРГЕ

### Резюме

В статье обсуждаются вопросы, связанные с правовым регулированием, организацией и экономическими аспектами функционирования систем здравоохранения в Нидерландах и Люксембурге. Для получения общего представления об обеих системах здравоохранения рассмотрены важнейшие законодательные акты, лежащие в их основе. Также рассмотрены другие значимые нормы законодательства в этой области, основные составные части системы здравоохранения и институты, обеспечивающие контроль и самоконтроль за ее работой. Рассмотрены основные экономические и организационные аспекты обеих систем. В тексте содержатся также схемы организационной структуры рассматриваемых систем здравоохранения. Целью статьи является предоставление базовой информации о том, как создавалась голландская система здравоохранения, которая почти ежегодно признается самой эффективной в Европе, и как она организована. Для сравнения выбрана люксембургская система здравоохранения (одна из наиболее затратных в пересчете на одного жителя), являющаяся гораздо менее эффективной.

Ключевые слова: правовые аспекты, экономические аспекты, система здравоохранения, Нидерланды, Люксембург

## RECHTLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE ASPEKTE DES GESUNDHEITSSYSTEMS IN DEN NIEDERLANDEN UND LUXEMBURG

### Zusammenfassung

Der Artikel befasst sich mit Fragen der gesetzlichen Vorschriften, Organisation und den wirtschaftlichen Gegebenheiten der Gesundheitssysteme in den Niederlanden und Luxemburg. Um einen Überblick über beide Systeme zu geben, werden die wichtigsten, diesen zugrunde liegenden Rechtsakte und die Durchführungsbestimmungen vorgestellt. Es werden auch die anderen, in diesem Bereich anwendbaren gesetzlichen Regelungen angeführt und die wichtigsten Institutionen benannt, von denen die Gesundheitssysteme ausarbeitet, konsultiert und selbstüberwacht werden. Dargestellt werden die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und die Gestaltung beider Systeme. In dem Text sind auch ihre Organisationsstrukturen dargestellt. Der Artikel soll erste Informationen darüber liefern, wie das holländische Gesundheitssystem, das (fast Jahr für Jahr) effizienteste Gesundheitssystem Europas, entstanden und organisiert ist

und einen Vergleich mit dem luxemburgischen Gesundheitswesen bieten, einem der teuersten Systeme (pro Einwohner), dessen Effizienz deutlich geringer ist.

Schlüsselwörter: rechtliche Aspekte, wirtschaftliche Aspekte, Gesundheitssystem, Niederlande, Luxemburg

## ASPECTS JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES DU SYSTÈME DE SANTÉ AUX PAYS-BAS ET AU LUXEMBOURG

### Résumé

L'article traite de questions liées à la réglementation, à l'organisation et à la situation économique des systèmes de santé aux Pays-Bas et au Luxembourg. Pour donner une vue d'ensemble des deux systèmes, les principaux actes juridiques les introduisant ont été présentés. D'autres réglementations juridiques importantes les concernant ainsi que les principales institutions qui les créent, consultent et contrôlent ont également été mentionnées. Les conditions économiques de base et l'organisation des deux systèmes ont été présentées. Le texte comprend également leurs organigrammes. Cet article vise à fournir des informations préliminaires sur la manière dont le système de santé néerlandais a été créé et organisé de la manière la plus efficace en Europe (presque chaque année suivante) par rapport au système luxembourgeois, l'un des plus coûteux (par habitant), dont l'efficacité est nettement inférieure.

Mots-clés: aspects juridiques, aspects économiques, système de santé, Pays-Bas, Luxembourg

## ASPETTI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL SISTEMA SANITARIO NEI PAESI BASSI E IN LUSSEMBURGO

### Sintesi

L'articolo affronta le questioni legate alle regolamentazioni, all'organizzazione e alle condizioni economiche dei sistemi sanitari dei Paesi Bassi e del Lussemburgo. Per fornire una visione generale di entrambi i sistemi sono stati presentati i loro principali atti giuridici costitutivi. Sono state anche indicate altre significative regolamentazioni giuridiche che vi fanno riferimento, così come le principali istituzioni responsabili della loro creazione, consultazione e autocontrollo. Sono state mostrate le condizioni economiche fondamentali e le organizzazioni di entrambi i sistemi. Il testo contiene anche schemi organizzativi. L'articolo ha lo scopo di fornire informazioni preliminari su come è nato ed è organizzato il sistema sanitario dei Paesi Bassi, il più efficiente in Europa (quasi in ogni anno) confrontandolo con il sistema del Lussemburgo, uno dei più costosi pro capite, e con un'efficienza significativamente minore.

Parole chiave: aspetti giuridici, aspetti economici, sistema sanitario, Paesi Bassi, Lussemburgo

**Cytuj jako:**

Błoński M., *Legal and Economic Aspects of Healthcare Systems in the Netherlands and Luxembourg* [Prawne i ekonomiczne aspekty systemu ochrony zdrowia w Holandii i Luksemburgu], „Ius Novum” 2019 (Vol. 13) nr 2, s. 17–32. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.14/m.blonski

**Cite as:**

Błoński, M. (2019) ‘Legal and Economic Aspects of Healthcare Systems in the Netherlands and Luxembourg’. *Ius Novum* (Vol. 13) 2, 17–32. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.14/m.blonski



# PRAWO DO SĄDU W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWNYM

ZBIGNIEW KWIATKOWSKI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.15/z.kwiatkowski

Jednym z fundamentalnych założeń demokratycznego państwa prawnego jest prawo dostępu obywateli do sądu w celu umożliwienia im obrony ich interesów przed niezawisłym organem kierującym się wyłącznie obowiązującym w państwie prawem<sup>1</sup>. W polskiej tradycji prawnej idea prawa do sądu była bliska Konstytucji 3 maja z 1791 r., a także prawo to przewidywały obydwie konstytucje okresu międzywojennego.

Przepis art. 98 *in principio* Konstytucji marcowej<sup>2</sup> stanowił, że: „Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega (...). Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej do dochodzenia krzywdy i straty”. Według art. 68 ust. 1 i 4 Konstytucji kwietniowej<sup>3</sup>: „Żadna ustawa nie może zamykać obywatelowi drogi sądowej dla dochodzenia szkody lub krzywdy. Nikt nie może być pozbawiony sądu, któremu z prawa podlega (...)”.

Prawo do sądu ma jednak szczególne znaczenie na gruncie zasad demokratycznego państwa prawnego i właściwej mu nadrzędności Konstytucji oraz podziału władz. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Konstytucji RP<sup>4</sup>, „Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej”. Władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę

---

\* Zbigniew Kwiatkowski, prof. dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Karnego Procesowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego; e-mail: zkwiatkowski@uni.opole.pl; ORCID: 0000-0003-2838-6550

<sup>1</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Wydanie 2*, Warszawa 2012, s. 286 i tam powołane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r., Nr 44, poz. 267).

<sup>3</sup> Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. z 1935 r., Nr 30, poz. 227).

<sup>4</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

wykonawczą – Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej i Rada Ministrów, a władzę sadowniczą – sądy i trybunały (*arg. ex art. 10 ust. 2 Konstytucji RP*).

Z zasady podziału władz wynika, że jakkolwiek muszą one się równoważyć i współpracować ze sobą, to jednak zachowują swoją autonomię. Słusznie zatem podkreśla się w doktrynie<sup>5</sup> prawa konstytucyjnego, że „celem podziału władz jest m.in. ochrona praw człowieka, poprzez uniemożliwienie nadużywania władzy przez którykolwiek ze sprawujących ją organów”.

Rozdzielenie władz oznacza tylko, wobec władzy sadowniczej, autonomię każdej z nich, ponieważ do istoty wymiaru sprawiedliwości należy to, aby władza sadownicza była sprawowana wyłącznie przez sądy, zaś pozostałe władze nie mogły ingerować w te działania, czy też w nich uczestniczyć. Do takiej konkluzji prowadzi bowiem wykładnia gramatyczna przepisu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, według którego „wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”.

Konstytucyjne usamodzielnienie prawa do sądu nie zmienia faktu, że prawo to jest genetyczne i organizacyjnie związane z koncepcją demokratycznego państwa prawnego. Przepis art. 2 Konstytucji RP *expressis verbis* stanowi, iż: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

Istotną cechą demokratycznego państwa prawnego i występującego w nim prawa do sądu jest zapewnienie jednostce ochrony przed arbitralnością organów władzy publicznej. Prawo do sądu stanowi zatem gwarancję sadowej ochrony praw człowieka przed ich naruszeniem przez organy władzy publicznej<sup>6</sup>. Spełnia ono dwie, ściśle ze sobą związane, funkcje. Po pierwsze, chroni podmiotowe prawo jednostki i wiąże wszystkie władze publiczne, w zakresie ich działania, w podporządkowaniu Konstytucji. Po drugie, tworzy charakterystyczny system powiązania indywidualnego statusu jednostki i obiektywnego porządku prawnego<sup>7</sup>. Dlatego też jest współcześnie traktowane jako składnik demokratycznego państwa prawnego, bez względu na to, czy zostało wyrażone wprost w Konstytucji, czy też z niej wywiedzione<sup>8</sup>.

Konstytucyjne ujęcie prawa do sądu, inspirowane poglądami doktryny polskiej i normami międzynarodowymi, może być rozpatrywane w dwóch znaczeniach: 1) jako zasada prawa konstytucyjnego; 2) jako prawo podmiotowe jednostki.

W pierwszym znaczeniu zasada ta stanowi dyrektywę tworzenia prawa i dyrektywę interpretacyjną. Zasada jako dyrektywa tworzenia prawa nie pozwala prawodawcy na stanowienie norm prawnych sprzecznych z Konstytucją (aspekt negatywny), wymaga natomiast tworzenia norm prawnych z nią zgodnych, konkretyzujących tę zasadę (aspekt pozytywny). W obu wypadkach stanowi wzorzec kontrolny do badania zgodności tworzonego prawa z Konstytucją. Jako dyrektywa

---

<sup>5</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 87 i tam powołane poglądy doktryny.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 88.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 89.

interpretacyjna musi być uwzględniona w procesie stosowania prawa przez wszystkie organy władzy publicznej. W razie wątpliwości, a więc w tych wypadkach, w których Konstytucja nie zawiera wyraźnego wyłączenia, konstytucyjne domniemanie przemawia za istnieniem prawa do sądu. W tym sensie ogranicza swobodę zwykłego ustawodawcy w procesie stanowienia prawa<sup>9</sup>.

W drugim znaczeniu, umiejscowienie art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, regulującego prawo do sądu, w rozdziale II ustawy zasadniczej zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, oznacza, iż prawo do sądu zostało ukształtowane przede wszystkim jako indywidualne prawo podmiotowe stanowiące elementarny składnik konstytucyjnego statusu jednostki. Występuje jako jedno z praw osobistych, jako prawo człowieka gwarantujące jego godność, wolnościowy status, poczucie bezpieczeństwa i stwarzające swoiste odczucie przebywania pod opieką prawa, na straży którego stoją sądy<sup>10</sup>. Każdy bowiem może zwrócić się do sądu, gdy poszukuje sprawiedliwości i chce uruchomienia sankcji przewidzianych za naruszenie prawa, a także może zwrócić się do sądu wtedy, gdy odczuwa potrzebę definitywnego ustalenia swojego statusu prawnego i potwierdzenia przebywania pod opieką prawa<sup>11</sup>.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, podobnie jak konstytucje innych państw, które za podstawę ustroju przyjęły demokratyczny porządek prawny, ustanawia, w art. 45 ust. 1, powszechne prawo do sądu w znaczeniu materialnym. Przepis ten stanowi, że: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Cytowany przepis czerpie swoją normatywną podstawę z treści dwóch unormowań ratyfikowanych konwencji międzynarodowych, a mianowicie z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>12</sup> oraz z art. 14 ust. 1 i 3c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>13</sup>, które miały podstawowe znaczenie dla unormowania w Polsce zasady prawa do sądu. Obydwie wyżej powołane normy prawa traktatowego z mocy art. 91 Konstytucji RP stanowią część krajowego porządku prawnego.

Warto zauważyć, iż polska konstytucja szerzej określa prawo do sądu, niż formułują je wyżej wskazane traktaty dotyczące praw człowieka. Obydwa, podstawowe w tej kwestii, akty prawa międzynarodowego, a mianowicie MPPOiP oraz EKPCz, stanowią o przysługującym każdemu prawie do słusznego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony na mocy prawa, przy rozstrzyganiu sprawy co do jego praw i obowiązków o charakterze cywilnym albo zasadności wszelkiego oskarżenia skierowanego przeciwko niemu w sprawie karnej<sup>14</sup>. Konstytucja RP nie ogranicza natomiast tego prawa do spraw

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji RP*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 236.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 237 i tam powołane poglądy doktryny.

<sup>12</sup> Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284-289.

<sup>13</sup> Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167; z 1994 r., Nr 23, poz. 80.

<sup>14</sup> W. Daszkiewicz, *Konstytucyjne prawo do sądu a nowy Kodeks postępowania karnego (Zagadnienia wybrane)*, w: *Nowy Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, red. E. Skrętowicz, Kraków 1998, s. 44.

cywilnych i karnych. Prawo do sądu przysługuje także w innych sprawach, niemających charakteru cywilnoprawnego ani karnego, a więc także w sprawach administracyjnych<sup>15</sup>. Szersze potraktowanie prawa do sądu w polskiej Konstytucji wynika nie tylko z tego, że nie ogranicza się ono do niektórych kategorii spraw, ale również z powiązania tego prawa z zasadą dwuinstancyjności postępowania sądowego, ujętego w art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, oraz prawa do zaskarżenia orzeczeń przynajmniej do drugiej instancji, przyznanego nie tylko osobom oskarżonym o popełnienie przestępstwa, którym przypisano winę, ale wszystkim stronom procesowym. Wynika to *expressis verbis* z art. 78 Konstytucji RP, który stanowi, że: „Każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarzania określa ustawa”.

Prawo do zaskarżenia orzeczeń przysługuje zatem również osobom pokrzywdzonym, na skutek popełnienia przestępstwa w zakresie, w jakim mogą one występować w roli stron (art. 444 k.p.k.), oraz innym podmiotom, którym prawo przyznaje status strony w procesie. Podkreślić należy, iż z treści art. 45 ust. 1 Konstytucji RP jednoznacznie wynika wola ustawodawcy, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw, zaś z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika dyrektywa interpretacyjna zakazująca stosowanie zwięzającej wykładni prawa do sądu<sup>16</sup>.

Przedstawiając instytucję prawa do sądu w demokratycznym państwie prawnym, należy wskazać, iż koncepcja tego prawa, w kształcie, w jakim została przyjęta na gruncie Konstytucji RP z 1997 r., opiera się na połączeniu trzech źródeł inspiracji<sup>17</sup>:

- 1) dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego,
- 2) międzynarodowych standardach praw człowieka, zawartych w art. 14 MPPOiP oraz art. 6 ust. 1 EKPCz,
- 3) poglądach doktryny.

Nie ma natomiast jednolitego stanowiska w kwestii dotyczącej elementów tworzących prawo do sądu.

W wyroku z dnia 9 czerwca 1998 r., SK 28/97<sup>18</sup> Trybunał Konstytucyjny dokonał rekonstrukcji trzech zasadniczych elementów prawa do sądu i przyjął, że na prawo do sądu składa się w szczególności:

- 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem – organem o określonych przymiotach (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym),
- 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności,

---

<sup>15</sup> A. Kubat, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka w sprawach administracyjnych*, w: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa kontrola*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 221 i nast.

<sup>16</sup> P. Tuleja, *Prawo do sądu i skarga konstytucyjna, jako konstytucyjne środki ochrony praw człowieka*, w: *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, red. E. Dynia, Cz.P. Kłak, Rzeszów 2005, s. 35.

<sup>17</sup> P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 112.

<sup>18</sup> OTK-A 1998, nr 4, poz. 50.

- 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd.

W cytowanym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny *expressis verbis* podkreślił procesowy charakter prawa do sądu, nawiązując do tego judykatu w swoich dalszych orzeczeniach<sup>19</sup>.

Przez wiele lat doktryna prawa konstytucyjnego i judykatura Trybunału Konstytucyjnego odwoływały się do, wyżej wskazanej, trójelementowej struktury prawa do sądu, umożliwiając sprecyzowanie kryteriów „prawa do wymiaru sprawiedliwości”, przez wskazanie cech, jakim ten wymiar sprawiedliwości powinien odpowiadać<sup>20</sup>. Sam Trybunał nie wykluczył także dalszej ewolucji w tym zakresie, gdyż nie zamknął katalogu elementów prawa do sądu, na co wskazywał zawarty, w jednym z judykatów, zwrot „w szczególności”. Stąd też w wyroku z dnia 20 lipca 2004 r., SK 19/02<sup>21</sup>, Trybunał Konstytucyjny wskazał na kolejny element prawa do sądu, konstatując, iż niezależnie od procesowych elementów charakterystyka prawa do sądu zawiera także elementy ustrojowe. W wyroku z dnia 23 października 2006 r., SK 42/04<sup>22</sup>, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, iż przepis art. 45 ust. 1 Konstytucji wskazuje na sąd jako na jedyny organ powołany do rozpoznania sprawy, określając jednocześnie kumulatywnie kryteria tego sądu jako:

- 1) właściwego,
- 2) niezależnego,
- 3) bezstronnego,
- 4) niezawisłego.

W rezultacie więc Trybunał Konstytucyjny, w wyroku z dnia 20 października 2007 r., SK 7/06<sup>23</sup>, jednoznacznie stwierdził, że konstytucyjne prawo do sądu obejmuje czwarty element, a mianowicie prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę.

Opierając się na dotychczasowych poglądach doktryny prawa konstytucyjnego i judykatury Trybunału Konstytucyjnego, należy przyjąć, że konstytucyjne prawo do sądu obejmuje następujące elementy:

- 1) prawo dostępu do sądu,
- 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej,
- 3) prawo do wyroku sądowego (wiążącego rozstrzygnięcia),
- 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę, czyli prawo do właściwego, niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu,
- 5) prawo do jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki.

Podkreślić należy, że żaden ze wskazanych elementów prawa do sądu nie jest samodzielny ani też wystarczający. Przy ocenie zatem, czy regulacja normatywna

---

<sup>19</sup> Zob. m.in. wyroki z dnia 16 marca 1999 r., SK 19/98, OTK 1999, nr 3, poz. 36; z dnia 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109.

<sup>20</sup> Zob. wyrok TK z dnia 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, nr 5, poz. 38.

<sup>21</sup> Zob. OTK-A 2004, nr 7, poz. 67.

<sup>22</sup> Zob. OTK-A 2006, nr 9, poz. 125.

<sup>23</sup> Zob. OTK-A 2007, nr 9, poz. 108; zob. także wyrok TK z dnia 7 grudnia 2010 r., SK 11/09, OTK-A 2010, nr 10, poz. 108.

spełnia wymagania określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, niezbędna jest kumulatywna ocena wszystkich elementów. Naruszenie bowiem któregokolwiek z nich implikuje brak realizacji standardu konstytucyjnego w zakresie zapewnienia prawa do sądu<sup>24</sup>.

Pierwszym elementem prawa do sądu jest więc prawo do uruchomienia procedury przed sądem, czyli drogi sądowej. Pod pojęciem drogi sądowej należy rozumieć możliwość dochodzenia naruszonych praw i wolności przed każdym sądem RP, nie tylko sądem powszechnym. Jest to uprawnienie jednostki do zainicjowania postępowania sądowego, w toku którego zostanie rozstrzygnięta sprawa<sup>25</sup>. Uprawnienie to wynika nie tylko z treści art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, ale także z art. 77 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”. Warto zauważyć, że o ile pierwszy z wymienionych przepisów formułuje prawo dostępu do sądu w sensie pozytywnym, o tyle ten drugi jest jego uzupełnieniem i ujmuje to prawo w formie negatywnej. Zawiera bowiem skierowany do ustawodawcy zakaz stanowienia przepisów, które zamykałyby komukolwiek drogę sądową do dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Prawo „każdego” do sądu oznacza, że „nikomu” nie można zamykać drogi sądowej<sup>26</sup>.

Powstaje więc pytanie, czy przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP ma na względzie tylko konstytucyjne prawo do sądu (*sensu stricto*), czy obejmuje także prawa przyznane na podstawie innych aktów normatywnych (*sensu largo*)? W doktrynie<sup>27</sup> prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że o ile przepis art. 45 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje szerokie rozumienie prawa, a więc także prawa ustanowione w ustawach zwykłych, o tyle przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP ogranicza się tylko do praw konstytucyjnych. Charakter prawny przepisu art. 77 ust. 2 Konstytucji RP jest zatem dwojaki. Z jednej strony wyraża on „prawo do sądu”, stanowiące jedno z konstytucyjnych praw podmiotowych jednostki, i w tym rozumieniu można postrzegać go jako dopełnienie regulacji zawartej w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, z drugiej zaś – ujęcie redakcyjne art. 77 ust. 2 Konstytucji RP oraz jego orientacja na sytuację „naruszenia wolności lub praw” sugerują postrzeganie tego przepisu jako gwarancyjnego wobec materialnego prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Obydwa te elementy współistnieją w treści art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, zaś samo prawo do sądu można też traktować nie tyle jako samoistne prawo podmiotowe, ile jako instytucjonalną gwarancję urzeczywistnienia pozostałych wolności<sup>28</sup>. Tak też ujmuje się charakter prawny przepisu art. 77 ust. 2 Konstytucji RP w orzecznictwie

---

<sup>24</sup> P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji...*, op. cit., s. 117 i tam powołane poglądy doktryny.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej...*, op. cit., s. 91; J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI wieku*, Zakamycze 2004, s. 727 i tam wskazana literatura.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 95.

<sup>28</sup> L. Garlicki, K. Wojtyczek, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II. Art. 30–86. Wydanie drugie poprawione i uzupełnione*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2006, s. 858 i tam powołane poglądy doktryny i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

Sądu Najwyższego, zaznaczając, iż „prawo do sądu” jest gwarantowane równocześnie w dwóch komplementarnych względem siebie przepisach Konstytucji RP, a mianowicie w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2.

Z powyższego wynika, że między przepisami art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP istnieje ścisły związek, który polega na tym, że: po pierwsze, obydwa przepisy ustanawiają konstytucyjne gwarancje prawa do sądu, po drugie, przepis art. 77 ust. 2 należy rozumieć jako szczegółowe rozwinięcie przepisu art. 45 ust. 1, po trzecie, między regulacjami art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 występuje więź organiczna, zaś treść art. 77 ust. 2 stanowi dopełnienie konstytucyjnego prawa do sądu<sup>29</sup>.

Drugi element prawa jednostki do sądu stanowi uprawnienie do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej. W judykaturze<sup>30</sup> Trybunału Konstytucyjnego jest utrwalone jednolite stanowisko, że sprawiedliwa procedura sądowa to taka, która zapewnia stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. Zgodnie więc z wymogami rzetelnego procesu, uczestnicy postępowania muszą mieć realną możliwość przedstawienia swoich racji, zaś sąd ma obowiązek je rozważyć.

Kolejnym elementem prawa do sądu jest uprawnienie do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Stanowi ono tzw. element ustrojowy<sup>31</sup>. Przez sąd, w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz korespondującego z nim art. 6 ust. 1 EKPCz, należy rozumieć taki organ rozstrzygający, który spełnia następujące wymogi. Po pierwsze, musi to być organ państwowy, ustanowiony przez ustawę, do sprawowania wymiaru sprawiedliwości, ten zaś, co zostało już podniesione, w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują, na podstawie art. 175 Konstytucji RP, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Zasada jest, iż wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach sprawują sądy powszechne, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów (art. 177 Konstytucji RP).

Po drugie, musi to być „sąd właściwy”. W aspekcie kompetencyjnym „ustanowienie przez ustawę” wymaga, aby właściwość sądu do rozpoznania określonej sprawy miała stosowną podstawę prawną. Oznacza to z jednej strony, że muszą istnieć przepisy wyznaczające właściwość sądu, z drugiej zaś, że przepisy te muszą być stosowane w sposób racjonalny i wolny od arbitralności. Odwołanie się do właściwości sądu jest zawarte także w art. 176 ust. 2 Konstytucji RP, który obliguje ustawodawcę do określenia ustroju i właściwości sądów oraz postępowania przed sądami. Realizacja prawa do sądu właściwego leży także w interesie ogólnym, który stanowi jeden z elemen-

<sup>29</sup> Ibidem, s. 859.

<sup>30</sup> Zob. wyrok TK z dnia 23 października 2006 r., SK 42/04, OTK-A 2006, nr 9, poz. 125; wyrok TK z dnia 16 marca 1999 r., SK 19/99, OTK-A 1999, nr 3, poz. 36; wyrok TK z dnia 13 maja 2002 r., SK 32/01, OTK-A 2002, nr 3, poz. 31; wyrok TK z dnia 13 maja 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, nr 3, poz. 38.

<sup>31</sup> L. Garlicki, *Pojęcie i cechy sądu w świetle orzecznictwa Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, w: *Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce. Materiały Jubileuszowego L Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego. Gdynia, 24–25 kwietnia 2008 r.*, red. A. Szmyt, Gdańsk 2008, s. 146.

tów wartości określonej w doktrynie<sup>32</sup> jako „dobro wymiaru sprawiedliwości”. Ujęcie „prawa do rozpatrzenia sprawy przez sąd właściwy”, jako jednego z konstytucyjnych praw jednostki, oznacza, że właściwość sądu musi być określona w sposób kompletny, bez jakichkolwiek luk, ponieważ można zwrócić się do sądu w każdej sprawie. W ustawie powinna być zatem zawarta generalna klauzula kompetencyjna, wskazująca na określony rodzaj sądu jako podmiotu, który jest zawsze kompetentny, gdy nie będzie można jednoznacznie ustalić właściwości konkretnego sądu<sup>33</sup>.

Po trzecie, musi to być sąd niezależny, niezawisły i bezstronny. Sąd niezależny, w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, to organ odrębny od innych organów władzy państwowej. Do niezależności, jako cechy sądu, odwołuje się wprost art. 173 Konstytucji RP, który, co zostało już podniesione, stanowi, że „sądy i trybunały są władzą odrębną i niezależną od innych władz”. Punktem wyjścia przy ocenie „niezależności sądu” jest ustalenie, czy organ orzekający zachowuje niezależność od władzy ustawodawczej i władzy wykonawczej. Parlament oraz jego organy nie mogą bowiem działać jako sąd karny, tzn. orzekać o winie i karze, zaś członkowie parlamentu nie mogą równolegle zajmować jakiegokolwiek urzędu sędziowskiego<sup>34</sup>. W tym kontekście Trybunał Konstytucyjny, wyjaśniając znaczenie pojęcia „sąd niezależny”, uznał, iż „niezależność sądów” zakłada przede wszystkim oddzielenie organizacyjne i funkcjonalne sądownictwa od organów innych władz tak, aby zapewnić sądom pełną samodzielność zarówno w planowaniu, podejmowaniu, jak i realizowaniu zadań, a także brak podporządkowania funkcjonalnego i organizacyjnego, który mógłby bezpośrednio bądź pośrednio wpływać na realizację zadań sądu lub podważać do niego zaufanie ze strony obywateli<sup>35</sup>.

Niezawisłość sądu, jako kolejny element określający pozycję sądu, ma charakter złożony. W doktrynie<sup>36</sup> przyjmuje się, iż pojęcie niezawisłości sędziowskiej obejmuje: 1) bezstronność sędziego w stosunku do uczestników postępowania; 2) niezależność sądu wobec organów pozasądowych; 3) samodzielność sędziego w zakresie orzekania i niezależność w tej kwestii wobec władz oraz innych organów sądowych; 4) niezależność sędziego od wpływu czynników społecznych; 5) wewnętrzną niezależność sędziego. Niezawisłość sędziowską określa się także jako absolutną wolność sędziego od wpływu jakichkolwiek czynników zewnętrznych na rozpatrywaną przezeń sprawę<sup>37</sup>. W tym znaczeniu do niezawisłości odwołuje się przepis art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, stanowiący jej normatywną podstawę, według którego „sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom”, a także łączący niezawisłość sądu z niezawisłością sędziowską. Takie rozumienie nie-

---

<sup>32</sup> P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji...*, op. cit., s. 121 i tam powołane poglądy doktryny i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>33</sup> P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji RP...*, op. cit., s. 240.

<sup>34</sup> L. Garlicki, *Pojęcie i cechy sądu w świetle orzecznictwa...*, op. cit., s. 150.

<sup>35</sup> Zob. wyrok TK z dnia 14 kwietnia 1999 r., K 8/99, OTK-A 1999, nr 3, poz. 111.

<sup>36</sup> P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji...*, op. cit., s. 124.

<sup>37</sup> A. Murzynowski, A. Zieliński, *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej Konstytucji, „Państwo i Prawo” 2000, z. 9, s. 5; D. Dudek, Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie, Lublin 1999, s. 195.*



zawisłości sędziowskiej jako cechy stanowiącej gwarancję realizacji prawa do sądu przyjęło orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w którym jest ukształtowane jednolite stanowisko, że „niezawisłość sędziowska polega na tym, iż sędzia orzeka wyłącznie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego oraz przepisów prawa”. Najczęściej jednak przez niezawisłość sędziowską rozumie się dyrektywę nakazującą sędziemu orzekanie na podstawie Konstytucji, ustaw i swojego wewnętrznego przekonania, co oznacza, że oprócz ustawodawcy nikt nie może wpływać na sędziego w sprawowaniu przez niego wymiaru sprawiedliwości<sup>38</sup>. Niezawisłe sądy tworzą osoby, którym prawo nadaje cechę niezawisłości, i to nie tylko werbalnie deklaruje istnienie tej cechy, lecz kształtuje tak system uwarunkowań działania sędziów, aby tę niezawisłość realnie i efektywnie zagwarantować. Niezawisłość sędziowska jest zatem niezbędnym elementem niezależnego sądownictwa oraz gwarantuje prawa i wolności obywatelskie. Słusznie zatem przyjmuje się w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego<sup>39</sup>, iż nie może być niezawisłego sądu składającego się z osób, które nie są niezawisłe.

Niezawisłość sędziowska pozostaje w ścisłym związku z bezstronnością sędziego. Ta pierwsza jest bowiem założeniem drugiej. Pojęcie „bezstronności sędziego” odnosi się przede wszystkim do subiektywnego nastawienia sędziego w stosunku do rozpoznawanej sprawy<sup>40</sup>. Na ten związek zwraca uwagę także Trybunał Konstytucyjny, konstatując, iż

pojęcie niezawisłości sędziowskiej ma jednoznaczną i ugruntowaną treść dająca podstawową gwarancję bezstronnego wydawania orzeczeń. Niezawisłość musi oznaczać niezależność sędziego zarówno do stron procesu, jak i organów państwa. Korelatem zasady niezawisłości po stronie sędziego jest obowiązek bezstronności, zgodnie z treścią składanego przez sędziego ślubowania (...). Obowiązek zachowania bezstronności czasem idzie dalej niż zakres ochrony wynikającej z zasady niezawisłości. O ile ta zasada odnosi się do oddziaływania podmiotów zewnętrznych na sędziego, o tyle obowiązek bezstronności obliguje sędziego do przeciwstawienia się ocenom płynącym z jego doświadczenia, stereotypów i uprzedzeń<sup>41</sup>.

Bezstronność sędziego stanowi przeciwieństwo stronniczości, która w działalności sędziego może polegać na dostosowywaniu treści wydanych orzeczeń do sugestii czy poleceń przekazywanych sędziemu z zewnątrz, z myślą o płynących z tego korzyściach<sup>42</sup>. Naruszenie przez sędziego obowiązku zachowania bezstron-

<sup>38</sup> K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 72.

<sup>39</sup> P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji...*, op. cit., s. 126 i tam powołane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>40</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej...*, op. cit., s. 99 i tam powołane poglądy doktryny.

<sup>41</sup> Ibidem i tam powołane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego.

<sup>42</sup> Zob. wyrok TK z dnia 24 czerwca 1998 r., K 3/98, OTK 1998, nr 4, poz. 552.

ności stanowi szczególnie drastyczną postać sprzeniewierzenia się zasadzie niezawisłości sędziowskiej, a w konsekwencji prowadzi do pojawienia się zjawiska „sędziego dyspozycyjnego”, co wyklucza możliwość obiektywnego stosowania prawa i wymierzania sprawiedliwości<sup>43</sup>.

Normatywne standardy postępowania w przedmiocie rozpatrzenia sprawy przez sąd obejmują trzy warunki: 1) sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy; 2) jawne rozpatrzenie sprawy; 3) rozpatrzenie sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki”. Rozpatrzenie sprawy oznacza wszechstronne zapoznanie się ze wszystkimi jej aspektami, zarówno tymi, które dotyczą czynu poddanego osądowi, czy też np. przedmiotu dochodzonego roszczenia (w procesie cywilnym), jak i tymi dotyczącymi norm prawnych, które mogą mieć zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Powinno być to zatem rozpatrzenie sprawiedliwe, co koreluje z ogólną funkcją sądów, jaką jest wymierzanie sprawiedliwości.

Sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy należy więc odnieść do tzw. „sprawiedliwości proceduralnej”, którą najogólniej określa się jako uczciwe i rzetelne postępowanie, jako zasadę czystej gry (*fair play*). Sprawiedliwość proceduralna wymaga zatem, aby osoby, które dochodzą swoich roszczeń co do praw i obowiązków na drodze sądowej uzyskały realną możliwość przedstawienia swoich racji. Sąd, rozpoznając określoną sprawę, ma obowiązek umożliwić każdej osobie przedstawienie swojego stanowiska, realizując w ten sposób gwarancje zawarte w zasadzie praworządności<sup>44</sup>. Obydwa te określenia wymagają również, aby sąd, rozpatrując określoną sprawę i wydając orzeczenie na podstawie przepisów prawa, kierował się w ich stosowaniu społecznym poczuciem sprawiedliwości, mając na względzie wychowawczy aspekt funkcji sędziowskiej, nie biorąc natomiast mechanicznie pod uwagę opinii publicznej<sup>45</sup>.

Jawne rozpatrzenie sprawy, w rozumieniu art. 45 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, łączy się ściśle z zasadą jawności postępowania, która w demokratycznym państwie prawnym oznacza, że informacje o działalności wszystkich organów władzy publicznej są dostępne społeczeństwu i w tym ujęciu zostają poddane społecznej kontroli. Konstytucja nie tylko gwarantuje każdemu jawne rozpatrzenie sprawy, ale także określa wyczerpująco przyczyny wyłączenia tej jawności, ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny (art. 45 ust. 2 Konstytucji RP). Jawność postępowania sądowego jest najczęściej używana w znaczeniu „jawności dla publiczności”, którą określa się jako „jawność zewnętrzną”. Odgrywa ona ważną rolę dla ugruntowania praworządności. Umożliwia bowiem kontrolę społeczną działalności sądów, sprzyja wydawaniu orzeczeń odpowiadających prawu i poczuciu sprawiedliwości społecznej. Stanowi gwarancję niezawisłości i bezstronności sądu, gdyż jego działalność odbywa się pod kontrolą społeczną. Jawność postępowania wzmacnia również poczucie ładu i porządku prawnego, oddziałując wychowawczo na uczestników postępowania oraz inne osoby, a także

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej...*, op. cit., s. 102.

<sup>45</sup> P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji RP...*, op. cit., s. 239.

przyczynia się do poszanowania prawa, powstrzymując uczestników postępowania oraz inne osoby przed naruszeniem ustanowionego porządku prawnego.

Istotnym elementem konstytucyjnego prawa do sądu jest rozpatrzenie sprawy przez sąd bez nieuzasadnionej zwłoki, a więc w miarę szybko. Takie ujęcie rozpatrzenia sprawy ma swoją normatywną podstawę w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Służy ono realizacji prawa materialnego, jako że ze sprawnie wydanym orzeczeniem wiąże się większe i prewencyjne oddziaływanie prawa materialnego, a także służy to realizacji celów postępowania, zapewniając jednocześnie ochronę praw jego uczestników.

Rozpatrzenie sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki oznacza także brak zagrożenia dla sprawności postępowania wynikającej z jego przewlekłości. Ustawodawca przyznał bowiem stronom postępowania sądowego prawo do wystąpienia ze skargą na przewlekłość postępowania sądowego<sup>46</sup>, poddając tym samym kontroli sądu ewentualną przewlekłość postępowania i stwarzając możliwość zalecenia przez sąd rozpoznający tę skargę podjęcia przez sąd dotychczas prowadzący postępowanie odpowiednich czynności w wyznaczonym terminie. Prawo do sądu traci na znaczeniu, gdy postępowanie jest przewlekłe i poza nakładem energii oraz środków finansowych nie przynosi oczekiwanego rezultatu.

Podsumowując przeprowadzone rozważania, należy skonstatować, że: po pierwsze, prawo do sądu, stanowiące jedno z najważniejszych środków ochrony praw i wolności człowieka, *de lege lata* ujęte w art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji RP, odpowiada wymogom demokratycznego państwa prawnego i standardom międzynarodowym przewidzianym w art. 6 ust. 1 EKPCz oraz w art. 14 ust. 1 i 3c MPPOiP. Po drugie, prawo do sądu należy pojmować jako zasadę u podstaw, której leży założenie, iż korelatem prawa każdej jednostki są określone obowiązki po stronie organów władzy publicznej, a w szczególności ustawodawcy do: 1) zabezpieczenia tego prawa w stanowionych aktach normatywnych, z uwzględnieniem zakazu zamykania drogi sądowej dla dochodzenia naruszonych wolności i praw; kształtowania procedur sądowych w sposób optymalnie zapewniający każdemu prawo do rozpatrzenia jego sprawy na zasadach określonych w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; 2) zobligowania wszystkich organów władzy publicznej stosujących prawo do przestrzegania prawa dostępu do sądu, a w toku postępowania sądowego tworzenia warunków w postępowaniu do rozpatrzenia sprawy, do aktywnego udziału jego uczestników. Po trzecie, podmiotowe prawo do sądu, stanowiące podstawę do roszczenia o rozpatrzenie sprawy przez sąd, ma charakter powszechny, o czym przesądza słowo „każdy”, a więc wszelki, bez wyjątku. Każdy w rozumieniu Konstytucji RP oznacza zarówno osobę fizyczną, jak i osobę prawną prawa prywatnego<sup>47</sup>. Po czwarte, prawo do sądu w sensie przedmiotowym odnoszące się do wolności i praw może być ograniczone tylko przez Konstytucję, zaś w pozostałym zakresie także przez ustawę zwykłą.

---

<sup>46</sup> Zob. Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. z 2004 r., Nr 179, poz. 1843).

<sup>47</sup> Zob. wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1997, nr 4, poz. 50.

## BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Wydanie 2*, Warszawa 2012.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12.
- Daszkiewicz W., *Konstytucyjne prawo do sądu a nowy Kodeks postępowania karnego (Zagadnienia wybrane)*, w: *Nowy Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, red. E. Skrętowicz, Kraków 1998.
- Dudek D., *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999.
- Garlicki L., *Pojęcie i cechy sądu w świetle orzecznictwa Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, w: *Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce. Materiały Jubileuszowego L Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego. Gdynia, 24–25 kwietnia 2008 r.*, red. A. Szmyt, Gdańsk 2008.
- Garlicki L., Wojtyczek K., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II. Art. 30–86. Wydanie drugie poprawione i uzupełnione*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2006.
- Kubat A., *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka w sprawach administracyjnych*, w: *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa kontrola*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997.
- Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013.
- Murzynowski A., Zieliński A., *Ustrój wymiaru sprawiedliwości w przyszłej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 9.
- Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI wieku*, Zakamycze 2004.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 45 Konstytucji RP*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
- Tuleja P., *Prawo do sądu i skarga konstytucyjna, jako konstytucyjne środki ochrony praw człowieka*, w: *Europejskie standardy ochrony praw człowieka a ustawodawstwo polskie*, red. E. Dynia, Cz.P. Kłak, Rzeszów 2005.

## RIGHT TO A COURT IN A DEMOCRATIC STATE RULED BY LAW

## Abstract

The article discusses the issue of the right to a court in a democratic state ruled by law, which constitutes a guarantee of judicial protection of a person's rights against their infringement by public authorities. It plays two functions: firstly, it protects a person's subjective right and binds all public authorities to act in compliance with the Constitution; secondly, it creates a characteristic system of relations between a person's individual status and an objective legal order, and thus it is at present treated as a component of a democratic state ruled by law.

The constitutional approach to the right to a court may be analysed within two meanings: (1) as a principle of constitutional law; (2) as a person's subjective right. Within the former, the principle constitutes a directive on enacting law and an interpretational directive, and within the latter, it means that the right to a court is shaped as an individual subjective right constituting an elementary component of the constitutional status of a person. It functions as one of personal rights, as a human right guaranteeing a person's dignity and

free status, the sense of security and the typical feeling of being protected by law, which is safeguarded by courts.

The right to a court, within the substantive meaning, is regulated in Article 45 para. 1 of the Constitution of the Republic of Poland, in accordance with which "Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court". The quoted provision is supplemented by the content of Article 77 para. 2 of the Constitution, which is a guarantee stipulating that: "Statutes shall not bar the recourse by any person to the courts in pursuit of claims alleging infringement of freedoms or rights".

The right to a court constituting one of the most important means of safeguarding human rights and freedoms, laid down de lege lata in Article 77 para. 2 and Article 78 of the Constitution of the Republic of Poland, meets the requirements for a democratic state ruled by law and international standards laid down in Article 6 para. 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in Article 14 paras. 1 and 3(c) of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Key words: Constitution; democratic state ruled by law; administration of justice; courts; autonomous, independent and impartial court

## PRAWO DO SADU W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWNYM

### Streszczenie

W artykule omówiono prawo do sądu w demokratycznym państwie prawnym, które stanowi gwarancję sądowej ochrony praw człowieka przed ich naruszeniem przez organy władzy publicznej. Spełnia ono dwie funkcje: po pierwsze, chroni podmiotowe prawo jednostki i wiąże wszystkie władze publiczne w zakresie ich działania w podporządkowaniu Konstytucji; po drugie, tworzy charakterystyczny system powiązania indywidualnego statusu jednostki i obiektywnego porządku prawnego, wobec tego jest współcześnie traktowane jako składnik demokratycznego państwa prawnego.

Konstytucyjne ujęcie prawa do sądu może być rozpatrywane w dwóch znaczeniach: 1) jako zasada prawa konstytucyjnego; 2) jako prawo podmiotowe jednostki. W pierwszym znaczeniu zasada ta stanowi dyrektywę tworzenia prawa i dyrektywę interpretacyjną, zaś w drugim oznacza, iż prawo do sądu zostało ukształtowane jako indywidualne prawo podmiotowe, stanowiące elementarny składnik konstytucyjnego statusu jednostki. Występuje jako jedno z praw osobistych, jako prawo człowieka, gwarantujące jego godność, wolnościowy status, poczucie bezpieczeństwa i stwarzające swoiste odczucie przebywania pod opieką prawa, na straży którego stoją sądy.

Prawo do sądu, w znaczeniu materialnym, jest uregulowane w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, według którego „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. Dopełnienie regulacji ujętej w cytowanym przepisie zawiera przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, mający charakter gwarancyjny, który stanowi, że: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”.

Prawo do sądu stanowiące jedno z najważniejszych środków ochrony praw i wolności człowieka, ujęte *de lege lata* w art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji RP, odpowiada wymogom demokratycznego państwa prawnego i standardom międzynarodowym, przewidzianym w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz w art. 14 ust. 1 i 3c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

Słowa kluczowe: Konstytucja; demokratyczne państwo prawne, wymiar sprawiedliwości; sądy; niezawisły, niezależny i bezstronny sąd

## DERECHO A LA JUSTICIA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

### Resumen

El artículo analiza el derecho a la justicia en el estado democrático de derecho que constituye una garantía de tutela judicial de derechos humanos ante su infracción por los órganos del poder público. Cumple con dos funciones: primero, protege derecho individual subjetivo y obliga a todas autoridades públicas en el ámbito de su actuación a someterse a la Constitución; segundo, crea un sistema de vinculación entre estado particular de un individuo y orden jurídico objetivo, por lo tanto en actualidad es considerado como elemento de estado democrático de derecho.

El aspecto constitucional del derecho a la justicia puede analizarse desde dos perspectivas: 1) como principio de derecho constitucional, 2) como derecho subjetivo de un individuo. En la primera, este principio es una directiva de creación de derecho y una directiva de interpretación; en la segunda el derecho a la justicia viene configurado como derecho individual subjetivo que forma parte de estado fundamental constitucional de un individuo. Aparece como uno de los derechos personales, como derecho humano que garantiza su dignidad, libertad, seguridad y sentimiento de tutela jurídica, ejercida por los tribunales.

El derecho a la justicia en el sentido sustancial queda regulado en el art. 45 ap. 1 de la Constitución de la República de Polonia, según el cual "Cada uno tiene derecho a la justicia equitativa y pública, sin retraso infundado, dictada por el tribunal competente, independiente, imparcial e inamovible". Esta regulación viene complementada con el art. 77 ap. 2 de la Constitución de la República de Polonia que posee carácter garantista y prescribe que "La ley no puede privar a nadie de la vía judicial de reclamar sus derechos o libertades infringidos".

El derecho a la justicia constituye una de las medidas más importantes de protección de derechos y libertades de ser humano, incluida, de lege lata, en el art. 45 ap. 1, art. 77 ap. 2 y art. 78 de la Constitución de la República de Polonia, que corresponde a los requisitos del estado democrático de derecho y a los estándares internacionales previstas en el art. 6 ap. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 14 ap. 1 y 3 c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Palabras claves: Constitución, estado democrático de derecho, justicia, tribunales, el tribunal independiente, inamovible e imparcial

## ПРАВО НА СУД В ДЕМОКРАТИЧЕСКОМ ПРАВОВОМ ГОСУДАРСТВЕ

## Резюме

В статье рассматривается вопрос о праве на суд в демократическом правовом государстве, которое предполагает гарантию защиты человеческих прав в суде от их нарушения органами государственной власти. Упомянутое право выполняет две функции: во-первых, защищает субъектное право личности и обязывает все органы государственные власти в рамках своей деятельности подчиняться Конституции; во-вторых, образует специфическую систему взаимосвязи индивидуального статуса личности и объективного правового порядка, следовательно, в современном аспекте рассматривается как составляющая демократического правового государства.

Конституционная интерпретация права на суд может рассматриваться двояко: 1) в качестве принципа конституционного права, 2) в качестве субъектного права личности. В первом значении данный принцип носит характер законодательной и интерпретационной директивы, а во втором значении он сводится к тому, что право на суд было сформировано как индивидуальное субъектное право, представляющее собой элементарную составляющую конституционного статуса личности. Оно действует как одно из прав личности, как право человека, гарантирующее защиту его достоинства, статуса свободы, чувство безопасности, и создающее ощущение того, что человек охраняется законом, на страже которого находятся суды.

Право на суд в материальном смысле регулируется ст. 45 п. 1 Конституции Республики Польша, согласно которой «Каждый имеет право на справедливое и открытое разбирательство дела без необоснованного промедления в компетентном, независимом, беспристрастном суде». Дополнение к регулированию, включённому в в цитируемое положение, содержится в ст. 77 п. 2 Конституции Республики Польша и имеет гарантированный характер, суть которого изложена в следующем: «Закон не может никому препятствовать в восстановлении в судебном порядке нарушенных свобод или прав».

Право на суд, представляющее собой одно из важнейших средств защиты прав и свобод человека, предусмотренное в рамках действующего законодательства *de lege lata* в ст. 45 п. 1, ст. 77 п. 2 и ст. 78 Конституции Республики Польша, отвечает критериям демократического правового государства и международным стандартам, предусмотренным в ст. 6 п. 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также в ст. 14 п. 1 и 3с Международного пакта о гражданских и политических правах.

Ключевые слова: Конституция; демократическое правовое государство; правосудие; суды; независимый и беспристрастный суд

## DAS RECHT ZUR GERICHTSBARKEIT IM DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAAT

## Zusammenfassung

In diesem Artikel wurde das Recht zur Gerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat erörtert, welches die menschliche Garantie des Menschenrechtsschutzes vor dessen Verletzung seitens Organe der öffentlichen Gewalt darstellt. Es erfüllt zwei Funktionen: erstens schützt es das subjektbezogene Entitätsrecht und bindet alle öffentlichen Gewaltsteile hinsichtlich deren Tätigkeitsunterordnung dem Grundgesetz; zweitens bildet es ein besonderes Bezüglichkeitssystem des individuellen Entitätsstatus und der objektiven Rechtsordnung, demnach wird es gegenwartsnahe als ein Bestandteil des demokratischen Rechtsstaates anerkannt. Die grundgesetzliche Fassung zur Gerichtsbarkeit kann in zweierlei Bedeutungen erörtert werden: 1) als grundgesetzliche Rechtsregel, 2) als subjektbezogenes Entitätsrecht. In der ersten Bedeutung setzt diese Regel die Richtlinie der Rechtsschaffung und die Auslegungsrichtlinie, dennoch beinhaltet es unter der zweiten Bedeutung, dass die Gerichtsbarkeit als individuelles subjektbezogenes Recht geschaffen wurde, indem es einen elementaren Bestandteil des grundgesetzlichen Entitätsstatus bildet. Es tritt als eines der persönlichen Rechte, als Menschenrecht auf, welches seine Würde, seinen freiheitlichen Status, sein Geborgenheitsgefühl vor Gerichten bewacht, indem es ein gewisses Empfinden einer Rechtsbeschirmung schafft. Gerichtsbarkeit in materieller Bedeutung ist nach Art. 45 Abschn. 1 des Grundgesetzes der Republik Polen geregelt, wonach jedermann „Das Recht zur gerechten und offenen Rechtsfallbearbeitung ohne unbegründete Zeitverzögerung seitens eines zuständigen, unabhängigen, unbefangenen und souveränen Gerichtes hat“. Diesbezügliche Ergänzung der Regelung unter zitierter Vorschrift beinhaltet Art. 77 Abschn. 2 des Grundgesetzes der Republik Polen, als Garantieeigenschaft bestimmt diese Vorschrift, dass „das Gesetz Niemandem den Zugang zum Rechtswege auf Vermittlung verletzter Freiheit oder Rechte schließen darf“. Die Gerichtsbarkeit als eines der wichtigsten Mittel des Menschenrechts-, und Freiheitsschutzes, bestimmt de lege lata unter Art. 45 Abschn. 1, Art. 77 Abschn. 2 und Art. 78 des Grundgesetzes der Republik Polen, den demokratischen Aufforderungen eines Rechtsstaates und dem internationalen Standard entspricht, vorgesehen in Art. 6 Abschn. 1 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie im Art. 14 Abschn. 1 und 3c des Internationalen Paktes für bürgerliche und politische Rechte.

Schlüsselwörter: Grundgesetz, demokratischer Rechtsstaat, Gerichtsbarkeit, Gerichte, unabhängiges, souveränes und neutrales Gericht

RIGHT TO A COURT IN A DEMOCRATIC STATE RULED BY LAW  
 NOVUM 2/2019  
 DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE DANS UN ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE

## Résumé

L'article traite du droit à un procès équitable dans un État de droit démocratique, qui constitue une garantie de la protection judiciaire des droits de l'homme contre leur violation par les autorités publiques. Il remplit deux fonctions: premièrement, il protège le droit subjectif de



l'individu et oblige toutes les autorités publiques à agir en subordination à la Constitution; deuxièmement, il crée un système caractéristique de lien entre l'autonomie de l'individu et l'ordre juridique objectif, par conséquent, il est actuellement considéré comme un élément d'un État de droit démocratique. L'approche constitutionnelle du droit à un procès équitable peut être envisagée de deux manières: 1) comme principe de droit constitutionnel, 2) comme droit subjectif de l'individu. Au premier sens, ce principe est une directive législative et une directive interprétative, et dans le second sens, cela signifie que le droit à un procès équitable a été conçu comme un droit subjectif individuel, constituant une composante élémentaire du statut constitutionnel de l'individu. Il fait partie de ses droits personnels en tant que droit de l'homme, garantissant sa dignité, son statut de liberté, son sentiment de sécurité et créant un sentiment spécifique d'être sous la protection de la loi, qui est sauvegardée par les tribunaux. Le droit à un procès équitable, au sens matériel du terme, est régi par l'article 45 paragraphe 1 de la Constitution de la République de Pologne, aux termes duquel «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et sans retard excessif, par un tribunal compétent, impartial et indépendant, établi par la loi». La réglementation contenue dans la disposition citée est complétée par la disposition de l'article 77 paragraphe 2 de la Constitution de la République de Pologne, ayant un caractère de garantie, qui stipule que : «La loi ne peut clore à personne les moyens de poursuivre en justice des libertés ou des droits violés». Le droit à un procès équitable, qui constitue l'une des mesures les plus importantes de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, inclus de lege lata à l'article 45 paragraphe 1, l'article 77 paragraphe 2 et l'article 78 de la Constitution de la République de Pologne, répond aux exigences d'un État de droit démocratique et aux normes internationales prévues à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à l'article 14 paragraphes 1 et 3c du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Mots-clés : la Constitution, État de droit démocratique, système de justice, tribunaux, tribunal indépendant et impartial

## DIRITTO AL TRIBUNALE IN UNO STATO DEMOCRATICO DI DIRITTO

### Sintesi

L'articolo discute il diritto al tribunale in uno stato democratico di diritto che costituisce una garanzia di tutela giudiziaria dei diritti umani contro la loro violazione da parte delle autorità pubbliche. Esso svolge due funzioni: in primo luogo, tutela il diritto soggettivo dell'individuo e vincola tutte le autorità pubbliche nell'ambito della loro azione nella subordinazione della Costituzione, in secondo luogo, crea un sistema caratteristico di collegamento tra lo status personale dell'individuo e l'ordine giuridico oggettivo, quindi attualmente viene trattato come una componente di uno stato democratico di diritto. L'inquadratura costituzionale del diritto al tribunale può essere considerata in due accezioni: 1) come principio di diritto costituzionale, 2) come diritto soggettivo dell'individuo. Nella prima, tale principio costituisce una direttiva per la creazione del diritto e una direttiva interpretativa, mentre nella seconda significa che

il diritto al tribunale è stato formato come diritto soggettivo individuale che costituisce una componente elementare dello status costituzionale dell'individuo. Esiste come uno dei diritti della persona, come diritto umano che garantisce la dignità, lo status di libertà, il senso di sicurezza e crea una specifica sensazione di essere sotto la tutela della legge che è custodita dai tribunali. Il diritto al tribunale, in senso materiale, è disciplinato dall'art. 45. paragrafo 1 della Costituzione della Repubblica di Polonia, secondo la quale "Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente e pubblicamente senza indebiti ritardi da un tribunale competente, indipendente, imparziale e costituito per legge". Il completamento della regolazione inclusa nella disposizione citata è contenuto nella disposizione dell'art. 77. paragrafo 2 della Costituzione della Repubblica di Polonia che ha carattere di garanzia e afferma quanto segue: "La legge non può vietare a chiunque il procedimento giudiziario per la violazione delle libertà o dei diritti". Il diritto al tribunale, che è uno dei mezzi più importanti per la protezione dei diritti umani e delle libertà, incluso de lege lata nell'articolo 45. paragrafo 1, nell'articolo 77. paragrafo 2 e nell'articolo 78 della Costituzione della Repubblica di Polonia, corrisponde ai requisiti di uno stato democratico di diritto e alle norme internazionali di cui all'articolo 6. paragrafo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché all'art. 14. paragrafi 1 e 3c del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Parole chiave: Costituzione, stato democratico di diritto, sistema giudiziario, tribunali, tribunale competente, indipendente, imparziale e costituito per legge

Cytuj jako: Kwiatkowski Z., *Right to a court in a democratic state ruled by law* [Prawo do sądu w demokratycznym państwie prawnym], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 33–50. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.15/z.kwiatkowski

Cite as: Kwiatkowski, Z. (2019). 'Right to a court in a democratic state ruled by law'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 33–50. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.15/z.kwiatkowski

# REALIZACJA ZASADY TRAKTOWANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI JAKO *ULTIMA RATIO* NA PŁASZCZYŹNIE STOSOWANIA PRAWA KARNEGO

MIROŚŁAWA MELEZINI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.16/m.melezini

Teza, że kara pozbawienia wolności powinna być traktowana przez ustawodawcę i praktykę wymiaru sprawiedliwości jako *ultima ratio*, należy współcześnie do uznanych i wyrażonych w obowiązującym Kodeksie karnym (z 1997 r.) zasad polityki kryminalnej. Jest to konsekwencją uznania wysokiej wartości wolności człowieka, która to wolność, obok życia i zdrowia, należy do najcenniejszych dóbr jednostki<sup>1</sup>. Ponieważ pozbawienie wolności, z racji swej treści, jest odczuwane jako bardzo dolegliwe, a przy tym obarczone licznymi wadami (m.in. prizonizacja, rozłąka z osobami bliskimi, deprywacją potrzeb, niską efektywnością ograniczania przestępczości recydywistycznej)<sup>2</sup>, zmusza to do ograniczania stosowania kary pozbawienia wolności na korzyść kar wolnościowych, a także do skracania czasu jej trwania.

Proces wypierania kary pozbawienia wolności przez nieizolacyjne sankcje karne obserwowany jest od wielu lat i przynosi stopniowe zmiany w systemie karania<sup>3</sup>. Nie jest to proces zakończony, bowiem pomimo postępu w zakresie redukcji stosowania kary bezwzględnego pozbawienia wolności w dalszym ciągu utrzymuje się w naszym kraju wysoki poziom populacji osób osadzonych w zakładach karnych

---

\* Mirosława Melezini, prof. dr hab., Katedra Prawa i Administracji na Wydziale Nauk Społecznych i Humanistycznych Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży; e-mail: mmelezini@pwsip.edu.pl; ORCID: 0000-0001-6168-5590

<sup>1</sup> Zob. Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego, w: *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997, s. 141.

<sup>2</sup> Zob. F. Ciepty, *Sprawiedliwościowa racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2017, s. 247–259, oraz powołaną tam literaturę; T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 293–313.

<sup>3</sup> Zob. M. Melezini, *Sankcje alternatywne wobec kary pozbawienia wolności w polskim prawie karnym na tle standardów międzynarodowych*, w: *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015, s. 187–208.

(w 2017 r. ok. 74 tys.), z ogromną liczbą skazanych na karę pozbawienia wolności oczekujących – z powodu braku miejsc w zakładach karnych – na jej wykonanie (w 2018 r. ponad 44 tys.).

Tymczasem już Kodeks karny z 1997 r.<sup>4</sup>, w pierwotnym brzmieniu przyjmując nową filozofię karania odpowiadającą demokratycznemu państwu prawa i nowoczesnym tendencjom rozwojowym europejskiego prawa karnego, urzeczywistniał od dawna wyrażane w doktrynie dążenia do rezygnacji z nadmiernej represyjności prawa karnego oraz do racjonalizacji karania. Twórcy kodeksu karnego uznali, że „kara pozbawienia wolności jest karą zbyt drogą pod każdym względem, żeby można nią było bez ograniczeń szafować”. Podkreślali, że w nowym ujęciu Kodeksu karnego kara pozbawienia wolności służyć ma przede wszystkim ochronie społeczeństwa przed niebezpiecznym dla porządku prawnego sprawcą, co oznacza rezygnację w polityce karnej z jej dominacji. Natomiast w wypadku sprawców tzw. drobnej i średniej przestępczości kara ta ma stać się karą subsydiarną, stosowaną wtedy, gdy inna kara i środek karny nie mogą spełnić celów kary<sup>5</sup>.

Traktowanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* w odniesieniu do drobnej i średniej przestępczości było bezpośrednią konsekwencją konstytucyjnej zasady proporcjonalności (stosunkowości) wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z tym przepisem, „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa i porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. W tym kontekście kara pozbawienia wolności musi być postrzegana jako konieczna ingerencja prawno-karna dla ochrony określonych wartości konstytucyjnych (ochrony tak dóbr jednostkowych, jak i dóbr ogólnospołecznych). Może być wymierzana jedynie wtedy, gdy inny środek – mniej dolegliwy – nie jest wystarczający dla osiągnięcia celów ochronnych wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>6</sup>.

Konstytucyjna zasada proporcjonalności znalazła swój ustawowy wyraz w rozwiązaniach Kodeksu karnego dotyczących układu katalogu kar i konstrukcji sankcji karnych oraz w przyjętych zasadach i dyrektywach wymiaru kary<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553).

<sup>5</sup> Zob. A. Zoll, *Założenia politycznokryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9–10, s. 47; A. Marek, *Nowy Kodeks karny – zasady odpowiedzialności, nowa polityka karna*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 12, s. 475.

<sup>6</sup> Zob. W. Wróbel, *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 735–736 i 804; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Aksjologiczne i normatywne uwarunkowania odpowiedzialności karnej*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 10–13; M. Melezini, *Założenia aksjologiczne systemu reakcji karnych na przestępstwo na tle kodeksu karnego z 1997 roku*, w: *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, red. A. Grześkowiak, I. Zgoliński, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, Bydgoszcz 2017, s. 121–122.

<sup>7</sup> Więcej na ten temat zob. M. Melezini, *System środków reakcji prawnokarnej. Rys historyczny*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Melezini, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 54–68; M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, s. 94–99.

Nowe podejście do kary pozbawienia wolności zostało odzwierciedlone w szczególności w treści art. 58 § 1 k.k., który ustanowił dyrektywę nakazującą traktowanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* w wypadku przestępstw zagrożonych alternatywnie karami nieizolacyjnymi, tj. grzywną, karą ograniczenia wolności oraz karą pozbawienia wolności. Dyrektywa ta odnosiła się do wszystkich typów przestępstw zagrożonych sankcją alternatywną, w których kary nieizolacyjne (grzywna i kara ograniczenia wolności) występowały obok kary pozbawienia wolności co do zasady w rozmiarze do roku lub do 2 lat, a wyjątkowo do lat 3 oraz do lat 5. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 58 § 1 k.k. jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub inny środek karny nie może spełnić celów kary. W konsekwencji ustanowiony w art. 58 § 1 k.k. priorytet kar wolnościowych i środków karnych przed bezwzględną karą pozbawienia wolności obligował sąd do szczegółowego uzasadnienia decyzji o wyborze bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz wskazania powodów odrzucenia możliwości orzeczenia jednej z kar nieizolacyjnych lub środka karnego, albo kombinacji tego rodzaju sankcji karnych. Idea traktowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* została rozszerzona także na inne przestępstwa zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, co znalazło wyraz w art. 58 § 3 k.k. W takim wypadku istniała możliwość orzeczenia zamiast kary pozbawienia wolności występującej w sankcji – grzywny albo kary ograniczenia wolności, w szczególności jeżeli sąd orzeka równocześnie środek karny. Trzeba jednak podkreślić, że ustanowiona w art. 58 § 3 k.k. dyrektywa wymiaru kary nie nadawała karze pozbawienia wolności charakteru wyjątkowego (*ultima ratio*). W rezultacie szczegółowego uzasadnienia wymagało przejście na karę wolnościową. Dopelnieniem powyższych rozwiązań było ustanowienie możliwości odstąpienia w ogóle od wymierzenia kary i poprzestanie na orzeczeniu tylko środka karnego w wypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju, jeżeli stopień społecznej szkodliwości czynu nie jest znaczny, a środek karny będzie wystarczający dla osiągnięcia celów kary (art. 59 k.k.)<sup>8</sup>.

O zmianie roli kary pozbawienia wolności w zakresie zwalczania drobnej i średniej przestępczości świadczyły też dalsze zmiany. Mianowicie katalog kar (art. 32 k.k.) został ułożony według abstrakcyjnie ujętego stopnia dolegliwości: od kary najłagodniejszej (grzywny) do najsurowszej (kary dożywotniego pozbawienia wolności). Kara pozbawienia wolności ujęta wcześniej na pierwszym miejscu w katalogu kar w nowej regulacji została wymieniona na trzecim miejscu, po karach grzywny i ograniczenia wolności. Taki układ kar, jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu Kodeksu karnego, ma wskazywać sędziemu ustawowe priorytety w wyborze rodzaju kary<sup>9</sup>, tj. pierwszeństwo kar nieizolacyjnych przed karą pozbawienia wolności. Równocześnie zmodyfikowano układ sankcji w części szczególnej

<sup>8</sup> Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Toruń 2002, s. 114–141.

<sup>9</sup> *Uzasadnienie rządowego projektu...*, op. cit., s. 137.

Kodeksu karnego, odwracając kolejność kar w sankcjach alternatywnych i rozpoczynając ich szeregowanie od grzywny, a nie od kary pozbawienia wolności, która została usytuowana na końcu.

Ważną zmianą w kontekście skracania czasu trwania kary pozbawienia wolności było obniżenie dolnej granicy kary pozbawienia wolności z trzech miesięcy do jednego miesiąca (art. 37 k.k.). Uznano, że zbyt wysokie minimum tej kary przyczyniło się do orzekania jej w wyższym wymiarze<sup>10</sup>. Jednocześnie dostrzeżono walory krótkoterminowej kary pozbawienia wolności jako krótkiej kary szokowej<sup>11</sup>.

Oczywiście twórcy Kodeksu karnego nie ograniczyli się jedynie do zmian reformujących karę pozbawienia wolności. Dążenie do zmniejszenia znaczenia kary pozbawienia wolności w polityce kryminalnej wiązało się także z modyfikacją całego systemu karania. Zmierzano bowiem do stworzenia szerokiej możliwości stosowania kar wolnościowych i środków karnych, dając równocześnie sądom przy wymierzaniu kary za drobne i średniej wagi przestępstwa bardzo dużą swobodę w doborze kar i środków karnych<sup>12</sup>.

**Tabela 1. Kara pozbawienia wolności wśród skazań ogółem w latach 1999–2013**

Rok	Skazania ogółem	Kara pozbawienia wolności					
		ogółem		bezwzględna		z warunkowym zawieszeniem wykonania	
		l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
1999	207 492	153 445	74,0	26 083	12,6	127 362	61,4
2000	222 785	174 162	78,2	30 680	13,8	143 482	64,4
2001	315 013	221 762	70,4	36 943	11,7	184 819	58,7
2002	365 326	250 275	68,5	35 790	9,8	214 485	58,7
2003	415 933	269 643	64,8	36 588	8,8	233 055	56,0
2004	513 410	327 331	63,7	48 993	9,5	278 338	54,2
2005	504 281	334 378	66,3	42 969	8,5	291 409	57,8
2006	462 937	315 074	68,1	42 421	9,2	272 653	58,9
2007	426 377	294 826	69,1	37 685	8,8	257 141	60,3

<sup>10</sup> Zob. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 254; F. Ciepły, *Sprawiedliwość racjonalizacja...*, op. cit., s. 253–254.

<sup>11</sup> Zob. M. Melezini, K. Kazmiruk, *Kara krótkoterminowego pozbawienia wolności a problem przeludnienia więzień*, w: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Cwiąkalski, G. Artymiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 577–591.

<sup>12</sup> A. Zoll, *Założenia politycznokryminalne...*, op. cit., s. 48–50. Zob. także: M. Melezini, *Założenia aksjologiczne...*, op. cit., s. 126–133.

Rok	Skazania ogółem	Kara pozbawienia wolności					
		ogółem		bezwzględna		z warunkowym zawieszeniem wykonania	
		l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
2008	420 729	289 269	68,7	38 495	9,1	250 774	59,6
2009	415 272	281 887	67,9	37 913	9,1	243 974	58,8
2010	432 891	290 669	67,1	39 582	9,1	251 087	58,0
2011	423 464	280 023	66,1	40 947	9,7	239 076	56,4
2012	408 107	265 876	65,1	41 691	10,2	224 185	54,9
2013	353 208	235 032	66,5	39 684	11,2	195 348	55,3

Źródło danych w liczbach bezwzględnych: Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>); obliczenia własne.

Oczekiwania związane z racjonalizacją polityki karnej niestety nie spełniły się w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Z danych statystycznych zamieszczonych w Tabeli 1 wynika, że w latach 1999–2013 kara pozbawienia wolności nieustannie była dominującym środkiem reakcji karnej. Udział skazań na karę pozbawienia wolności wśród skazań ogółem kształtował się w granicach 64–78%. Należy jednak zauważyć istotne różnice w zakresie stosowania dwóch różnych form wykonywania kary pozbawienia wolności. O ile udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności nie był szczególnie wysoki, jako że w latach 1999–2013 wynosił 8,5–14%, o tyle udział kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zawierał się w granicach od 54% do 64% skazań ogółem.

Zasadniczo przedstawiony obraz stosowania kary pozbawienia wolności nie powinien budzić większych zastrzeżeń, skoro zasada *ultima ratio* kary pozbawienia wolności odnosiła się wyłącznie do formy bezwzględnej tej kary. Problem polegał jednak na tym, że od wielu lat była nadużywana w praktyce kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Badania statystyczne wskazują, że tę formę reakcji na popełnione przestępstwa zastosowano wobec ponad połowy wszystkich skazań za przestępstwa, a dotyczyło to bardzo wysokiej liczby skazanych (rocznie 127–291 tysięcy osób). Masowości stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania towarzyszyło znikome korzystanie z elementów probacyjnych tej instytucji w postaci dozoru i nakładania obowiązków. Negatywnym skutkiem braku faktycznego oddziaływania probacyjnego na skazanego był wzrost powrotności do przestępstwa<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Zob. J. Skupiński, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2010, s. 1062; T. Darkowski, *Warunkowe zawieszenie*

W piśmiennictwie zwracano też uwagę, że kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania najczęściej była orzekana w tzw. trybach konsensualnych, które umożliwiały jej stosowanie niezależnie od przesłanek wskazanych w art. 69 k.k., tj. od ustalenia pozytywnej prognozy kryminologicznej. Taka praktyka prowadziła do wielokrotnego skazywania tej samej osoby na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zwiększając prawdopodobieństwo zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności. Równocześnie podkreślano, że sąd, orzekając karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ustala rozmiar tej kary często na poziomie wyższym, nieproporcjonalnym do wagi czynu, niż gdyby orzekał tę karę bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. W rezultacie w przypadku zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności sprawcę drobnego czynu spotykała represja karna niewspółmierna do stopnia winy i do wagi popełnionego przestępstwa<sup>14</sup>.

Wadliwa praktyka stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania prowadziła do bardzo częstego zarządzania wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, istotnie powiększając ilość osób pozbawionych wolności i uniemożliwiając zmniejszenie liczby skazanych oczekujących na odbycie kary pozbawienia wolności.

Jeszcze w 1999 r. w zakładach karnych i aresztach śledczych przebywało 41 656 skazanych na karę pozbawienia wolności. W 2014 r. liczba skazanych wzrosła aż do 71 221. Współczynnik prizonizacji, który w 1999 r. wynosił 147 osób na 100 tys. mieszkańców, powiększył się do 221 osób w 2013 r. Polska – biorąc pod uwagę Unię Europejską – znalazła się w czołówce krajów o największych wartościach współczynnika prizonizacji (Polska – 217, Węgry – 186, Anglia i Walia – 148, Włochy – 106, Francja – 101, Niemcy – 79, Szwecja – 67). Równocześnie powiększyła się liczba orzeczonych i niewykonywanych kar pozbawienia wolności (z 28 761 w 2001 r. do 52 846 w 2014 r.) i liczba osób, których orzeczenia te dotyczyły (z 26 963 w 2001 r. do 42 709 w 2014 r.)<sup>15</sup>.

Diagnoza problemów związanych z rezultatami prowadzonej polityki karnej uzasadniała potrzebę dokonania istotnych zmian w Kodeksie karnym, przebudowujących system karania w taki sposób, by uczynić z kar nieizolacyjnych, tj. grzywny

---

*wykonania kary – próba oceny potencjalnego wpływu nowelizacji na politykę karną*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, red. A. Adamski, M. Berent, M. Leciak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 50–51.

<sup>14</sup> Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010, s. 483; J. Skupiński, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary...*, op. cit., s. 1123; T. Darkowski, *Warunkowe zawieszenie...*, op. cit., s. 53–54. Zob. także M. Melezini, G.B. Szczygieł, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności jako instrument polityki kryminalnej*, w: *Współczesne przekształcenia sankcji karnych – zagadnienia teorii, wykładni i praktyki stosowania*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2018, s. 187–188; *Uzasadnienie projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 4, s. 45–47.

<sup>15</sup> Zob. T. Szymanowski, *Skazania na bezwzględne kary pozbawienia wolności jako następstwo nieefektywnej polityki karnej*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 4, s. 87–89; A. Nawój-Śleszyński, *Problem przeludnienia więzień w Polsce w świetle rekomendacji R (99) 22 Rady Europy z 30 września 1999 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2013, nr 81, s. 5–32; G.B. Szczygieł, *Kara pozbawienia wolności*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji...*, op. cit., s. 292–295.



i kary ograniczenia wolności, podstawowy środek reakcji karnej na przestępstwa drobne i średniej wagi, przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Osiągnięcie takiego stanu rzeczy miała zagwarantować nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.<sup>16</sup>

Spośród licznych zmian wprowadzonych w przepisach Kodeksu karnego, największe znaczenie z perspektywy praktyki stosowania prawa miały zmiany polegające na radykalnym ograniczeniu możliwości orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, przy równoczesnym znaczącym poszerzeniu podstaw orzekania kar nieizolacyjnych oraz nowym ujęciu dyrektywy *ultima ratio* kary pozbawienia wolności.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 58 § 1 k.k., statuującym dyrektywę *ultima ratio* kary pozbawienia wolności, jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, a przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, sąd orzeka karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. Zawarta w tym przepisie dyrektywa nadal nakazuje traktowanie kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio*, ale w nowym ujęciu odnosi się zarówno do bezwzględnej kary pozbawienia wolności, jak i kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jest to bardzo istotna zmiana, wzmacniająca prymat kar wolnościowych i środków karnych w wypadku wszystkich występków zagrożonych alternatywnie grzywną, karą ograniczania wolności oraz karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat. Modyfikacja brzmienia art. 58 § 1 k.k. obliuguje bowiem sąd do szczegółowego umotywowania decyzji o wyborze kary pozbawienia wolności nie tylko orzeczonej jako kara bezwzględna, ale także z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz wskazania powodów uznania, że żadna z kar wolnościowych czy też środek karny nie może spełnić celów kary<sup>17</sup>. Trzeba dodać, że zmianie brzmienia art. 58 § 1 k.k. towarzyszyło równocześnie uchylene art. 58 § 2 k.k., ograniczającego formalnie możliwość orzekania grzywny z uwagi na sytuację majątkową sprawcy, która uzasadniała przekonanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji. Derogacja art. 58 § 2 k.k. ma zatem stanowić dodatkową zachętę do orzekania grzywny zamiast bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania<sup>18</sup>.

Dążenie ustawodawcy do rozszerzenia podstaw orzekania kar nieizolacyjnych znalazło także wyraz w nowym rozwiązaniu przyjętym w art. 37a k.k., który to przepis zastąpił uchylony art. 58 § 3 k.k. Zgodnie z dodanym art. 37a k.k., jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat,

---

<sup>16</sup> Ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396). Zob. także *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych z 15 V 2014 r.*, druk nr 2393, s. 1–5.

<sup>17</sup> Zob. V. Konarska-Wrzošek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie, red. R.A. Stefański, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 448–449; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 165–168.

<sup>18</sup> Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, op. cit., s. 168–171.

można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4. Nie ulega wątpliwości, że wskazane rozwiązanie zmierza do ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności, zarówno bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania<sup>19</sup>. Istotnie zwiększa zakres wypadków, w których możliwe jest wymierzenie sprawcy grzywny lub kary ograniczenia wolności, jako że unormowanie z art. 37a k.k. ma zastosowanie w obrębie przepisów karnych zarówno kodeksowych, jak i pozakodeksowych. Jedynym ograniczeniem jego zastosowania wynikającym z treści art. 37a k.k. jest zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat.

Trzeba odnotować, że w doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska w kwestii zakresu zastosowania art. 37a k.k. Zdaniem niektórych przedstawicieli nauki art. 37a k.k. ma zastosowanie wyłącznie do sankcji jednorodnej (prostej) w postaci kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat<sup>20</sup>. Inni dopuszczają możliwość stosowania art. 37a k.k. do sankcji złożonej kumulatywnie, w której obok kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat przewidziana jest grzywna kumulatywna<sup>21</sup>, a także do sankcji alternatywnej, w której kara pozbawienia wolności nieprzekraczająca 8 lat występuje w alternatywie z karą aresztu wojskowego, z karą ograniczenia wolności, z grzywną oraz z karą ograniczenia wolności i aresztu wojskowego<sup>22</sup>. W piśmiennictwie prezentowany jest też pogląd, że zakres zastosowania art. 37a k.k. obejmuje wszystkie typy czynów zabronionych, przewidujące karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, niezależnie od tego, czy dany typ przestępstwa zagrożony jest innym rodzajem kary<sup>23</sup>. Rozbieżność poglądów doktryny zaznacza się także w kwestii charakteru prawnego art. 37a k.k. W piśmiennictwie prezentowane jest stanowisko, że art. 37a k.k. stanowi modyfikację ustawowego zagrożenia karą za popełnienie czynów zabronionych. Współokreśla ustawowe zagrożenie w tych wypadkach, w których przepisy przewidują zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. Zgodnie z tym poglądem przepis art. 37a k.k. przekształca sankcje proste zawierające zagrożenie karą pozbawienia wolności w sankcje alternatywne, zagrożone zarazem grzywną lub karą ograniczenia wolności<sup>24</sup>. Według poglądu odmiennego, art. 37a k.k. stanowi

---

<sup>19</sup> Zob. A. Grześkowiak, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 5. wydanie, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 340–341; J. Kosonoga-Zygmunt, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie..., op. cit., s. 340.

<sup>20</sup> Zob. A. Grześkowiak, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 5. wydanie..., op. cit., s. 342; M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2014, s. 122; V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 2. wydanie, red. V. Konarska-Wrzosek, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 234; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, 3. wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 320.

<sup>21</sup> Zob. V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie..., op. cit., s. 235.

<sup>22</sup> Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., s. 89–90; J. Kosonoga-Zygmunt, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie..., op. cit., s. 343–344.

<sup>23</sup> Zob. M. Małecki, *Stosowanie art. 37a k.k., Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 31.03.2016 r. (II KK 361/15), „Przegląd Sądowy” 2017, nr 3, s. 121–123; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., s. 85.*

<sup>24</sup> Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., s. 85–94; M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015*, red. W. Wróbel, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2015, s. 284–289; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych*

dyrektywę szczególną sądowego wymiaru kary, pozwalającą sądom orzekającym na zastosowanie kary wolnościowej (grzywny lub kary ograniczenia wolności) zamiast kary pozbawienia wolności przewidzianej w ustawowym zagrożeniu, tj. w sankcji<sup>25</sup>. Niezależnie od rozbieżności doktrynalnych w kwestii charakteru prawnego art. 37a. k.k., niewątpliwym celem kryminalnopolitycznym regulacji jest znaczące poszerzenie możliwości orzekania grzywny lub kary ograniczenia wolności, a także ograniczenie stosowania kary pozbawienia wolności bezwzględnej oraz z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Istotną zmianą skorelowaną z celami reformy prawa karnego stała się daleko idąca modyfikacja instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, przy równoczesnej rezygnacji z możliwości warunkowego zawieszenia wykonania grzywny i kary ograniczenia wolności. Radykalnie ograniczono bowiem możliwość stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary, obniżając górną granicę wymierzonej kary pozbawienia wolności, której wykonanie można warunkowo zawiesić z 2 lat do roku, dodając równocześnie nową przesłankę, która wyłączyła zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa był skazany na karę pozbawienia wolności (bezwzględną lub z warunkowym zawieszeniem jej wykonania). Poza wskazanymi przesłankami spełnione musi być też wskazanie, że zastosowanie warunkowego zawieszenia wykonania kary będzie wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa (art. 69 § 1 k.k.)<sup>26</sup>. Gdy uwzględni się modyfikację treści dyrektywy z art. 58 § 1 k.k., który traktuje karę pozbawienia wolności (bezwzględną i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania) jako *ultima ratio*, to okazuje się, że w wypadku ustawowych zagrożeń, które dają wybór między karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat a karami nieizolacyjnymi, iż możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia

---

oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 25–36; E. Hryniewicz-Lach, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, 4. wydanie*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 640–641; J. Kosonoga-Zygmunt, w: *Kodeks karny. Komentarz, 4. wydanie*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 342–343.

<sup>25</sup> Zob. V. Konarska-Wrzosek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, w: *System Prawa Karnego. Tom 5. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, 2. wydanie*, red. T. Kaczmarek, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2017, s. 302–304; A. Grześkowiak, w: *Kodeks karny. Komentarz, 5. wydanie...*, op. cit., s. 343–344; M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz...*, op. cit., s. 120; T. Bojarski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 165; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne...*, op. cit., s. 320; B.J. Stefańska, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 209–210.

<sup>26</sup> Więcej na temat zmian dotyczących warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności zob. A. Zoll, *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie i zamiana kary*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, op. cit., s. 436–438; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., s. 223–224 i 237–282; J. Skupiński, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej, 2. wydanie*, red. M. Melezini, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 1124–1136. Zob. także opracowania zamieszczone w książce – *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, red. A. Adamski, M. Berent, M. Leciak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 272.

wolności została ograniczona tylko do tych wypadków, gdy sąd uzna, że „inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary”.

Trzeba dodać, że zlikwidowano także związaną z tzw. trybem konsensualnym ulgę w odpowiedzialności karnej, związaną z możliwością warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w wymiarze nawet do 5 lat, podczas gdy maksimum określone w art. 69 § 1 k.k. w pierwotnym brzmieniu wynosiło 2 lata. Ten zabieg legislacyjny wynikał z trafnej diagnozy, że nadużywanie tej formy reakcji karnej było istotną, o ile nie główną, przeszkodą w realizacji jednego z podstawowych celów kryminalnopolitycznych obowiązującego Kodeksu karnego, jakim było (i cały czas jest) doprowadzenie do stanu, w którym grzywna wespół z karą ograniczenia wolności stanie się podstawowym (ze statystycznego punktu widzenia) środkiem reakcji karnej w odniesieniu do „drobnej” i „średniej” przestępczości<sup>27</sup>.

Radykalne ograniczenie możliwości zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, wynikające ze znowelizowanego art. 69 § 1 k.k., spotkało się z licznymi zastrzeżeniami przedstawicieli nauki. Już Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego w oświadczeniu z dnia 20 maja 2014 r.<sup>28</sup>, w którym ustosunkowała się do rozwiązań proponowanych w przyjętym przez Rząd w dniu 8 maja 2014 r. Projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, zwróciła uwagę, że realizacja propozycji drastycznego ograniczenia stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności „grozi zwiększeniem populacji więziennej oraz koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów finansowych i społecznych”.

Przyjęte następnie rozwiązania ocenione zostały jako nazbyt radykalne, choć cel i kierunek dokonywanych zmian spotkały się z akceptacją. W szczególności krytycznie oceniono obniżenie z 2 lat do roku górnej granicy orzeczonej kary pozbawienia wolności, której wykonanie może ulec warunkowemu zawieszeniu, z uwagi na wysokie prawdopodobieństwo zwiększenia liczby orzeczeń na karę bezwzględnego pozbawienia wolności, a także ze względu na rezygnację z bezpośredniego oddziaływania kuratora sądowego na skazanego w dłuższym czasie i „niezrozumienie roli dobrze wykonanej probacji”<sup>29</sup>. Również ograniczenia podmiotowe dopuszczalności

---

<sup>27</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk Nr 2393), pkt II. 4; J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., s. 203–204; J. Skupiński, J. Mierzwińska-Lorencka, w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie..., op. cit., s. 524–527.

<sup>28</sup> Oświadczenie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z dnia 22 maja 2014 r. (druk powielany).

<sup>29</sup> Zob. A. Zoll, *Regulacja warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz, Wrocław 2015, s. 412; V. Konarska-Wrzosek, *Ustawowe przesłanki warunkowego zawieszenia wykonania kary po nowelizacji kodeksu karnego*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej...*, op. cit., s. 168 i 180; J. Lachowski, *Ocena wybranych zmian w zakresie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego...*, op. cit., s. 250–255; T. Szymanowski, *Nowelizacja kodeksu karnego z 2015 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 87, s. 19; P. Burzyński, *Zmiany normatywne w zakresie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności – uwagi praktyczne*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej...*, op. cit., s. 60–63.

warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności wykluczające stosowanie tej instytucji wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności, uznawane jest za zbyt daleko idące, za ograniczenie ogólnoprewencyjne, znacznie ograniczające możliwości indywidualizacji wymiaru kary, a przy tym obejmujące wielką liczbę wypadków<sup>30</sup>.

Dążenie do ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności (bezwzględnej oraz z warunkowym zawieszeniem jej wykonania) znalazło także wyraz w wielu innych zmianach Kodeksu karnego, w szczególności we wprowadzeniu możliwości zamiany tzw. zawieszanej kary pozbawienia wolności na grzywnę lub karę ograniczenia wolności (art. 75a k.k.), w reformie kary ograniczenia wolności (art. 34–35 k.k.), która to kara ma stać się rzeczywistą alternatywą dla kary pozbawienia wolności (także z warunkowym zawieszeniem jej wykonania), wprowadzeniu możliwości orzeczenia wobec sprawcy tzw. kary mieszanej, tj. krótkoterminowej kary pozbawienia wolności oraz kary ograniczenia wolności (art. 37b k.k.), która „powinna być szczególnie atrakcyjna w przypadku poważniejszych występów”<sup>31</sup>, czy rozszerzeniu możliwości stosowania warunkowego umorzenia postępowania na wszystkie przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat (art. 66 k.k.).

Teraz należy zastanowić się, czy oczekiwania związane z reformą prawa karnego zrealizowały się w praktyce wymiaru sprawiedliwości i wpłynęły na zmianę pozycji kary pozbawienia wolności w strukturze kar orzeczonych.

**Tabela 2. Kara pozbawienia wolności wśród skazań ogółem w latach 2014–2017**

Rok	Skazania ogółem	Kara pozbawienia wolności					
		ogółem		bezwzględna		z warunkowym zawieszeniem wykonania	
		l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
2014	295 353	199 167	67,4	35 633	12,1	163 534	55,4
2015	260 034	167 028	64,2	33 952	13,1	133 076	51,2
2016	289 512	125 368	43,3	43 695	15,1	81 673	28,2
2017	241 436	99 346	41,1	44 527	18,4	54 818	22,7

Źródło danych: Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej Ministerstwa Sprawiedliwości (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>); obliczenia własne.

<sup>30</sup> J. Skupiński, *Zalety i wady instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej...*, op. cit., s. 190; V. Konarska-Wrzošek, *Ustawowe przesłanki stosowania...*, op. cit., s. 180; A. Zoll, *Regulacja warunkowego zawieszenia...*, op. cit., s. 412–413; J. Lachowski, *Ocena wybranych zmian...*, op. cit., s. 253–254.

<sup>31</sup> *Uzasadnienie rządowego projektu...*, op. cit., s. 12.

Z danych statystycznych zamieszczonych w Tabeli 2 wynika, że w obrazie stosowania kary pozbawienia wolności po reformie prawa karnego z 2015 r. uwidoczniły się istotne zmiany, ale kierunek tych zmian nie zawsze jest zgodny z oczekiwaniami.

Przede wszystkim zgodnie z oczekiwaniami wydatnie zmniejszył się udział kary pozbawienia wolności wśród skazań ogółem, z 67,4% w 2014 r. do 41,1% w 2017 r., a więc aż o 26,3 punkta procentowego. W latach 2016–2017 udział kary pozbawienia wolności w strukturze kar orzeczonych po raz pierwszy od 1999 r. spadł poniżej 50%. Nie oznacza to jednak, że można już stwierdzić, iż kara pozbawienia wolności w praktyce wymiaru sprawiedliwości jest traktowana w kategoriach *ultima ratio*. Z analizy struktury orzeczonych kar wynika bowiem, że nadal kara pozbawienia wolności jest podstawowym środkiem reakcji prawnokarnej, skoro udział grzywny w 2017 r. wynosił 35,1%, a kary ograniczenia wolności 22,3%<sup>32</sup>.

Na podkreślenie zasługuje ogólny wzrost znaczenia kar nieizolacyjnych, tj. grzywny i kary ograniczenia wolności, w polityce karnej. W 2017 r. udział tego rodzaju kar łącznie ukształtował się na poziomie 57,4%, przewyższając udział kary pozbawienia wolności (41,1%). Nasuwa się zatem wniosek, że reforma prawa karnego z 2015 r. przyczyniła się do zwiększenia roli kar nieizolacyjnych w praktyce, które to kary stały się dominującą formą reakcji prawnokarnej na popełnienie przestępstwa.

Natomiast niepokojąca tendencja zarysowuje się w obrazie stosowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności. Otóż z roku na rok wyraźnie zaznacza się wzrost częstotliwości stosowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności. O ile w 2014 r. udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności wynosił 12,1%, o tyle w 2017 r. powiększył się do 18,4%. Tak wysokiego udziału bezwzględnej kary pozbawienia wolności w strukturze kar orzeczonych nie odnotowano od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. Równocześnie wydatnie zwiększyła się liczba orzeczonych bezwzględnych kar pozbawienia wolności (z 35 633 w 2014 r. do 44 527 w 2017 r.). Jest to niewątpliwie negatywne zjawisko, które ma swoje przyczyny zwłaszcza w wydatnym ograniczeniu możliwości stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jego konsekwencją będzie zwiększająca się liczba orzeczonych kar pozbawienia wolności do wykonania, która współwyznacza populację więzienną.

Trzeba też mieć na uwadze, że w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego bezwzględna kara pozbawienia wolności jest nie tylko karą samodzielną, ale stanowi także element tzw. kary mieszanej (bezwzględnej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności). W 2017 r. tzw. kary mieszane zostały orzeczone wobec 2029 skazanych, przy czym w 20 przypadkach orzeczono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Gdy zatem uwzględni się liczbę 2009 skazań na tzw. karę mieszaną, to okazuje się, że w 2017 r. liczba orzeczonych bezwzględnych kar pozbawienia wolności powiększyła się do 46 536, co stanowi 19,3% ogółu skazań.

Zgodnie z założeniami reformy prawa karnego, wydatnie zmniejsza się udział kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jeszcze

---

<sup>32</sup> Obliczenia własne na podstawie danych statystycznych Wydziału Statystycznej Informacji Zarządcej Ministerstwa Sprawiedliwości.

w 2014 r. liczba orzeczonych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wynosiła 163 534, a udział tego środka reakcji karnej wśród skazań ogółem ukształtował się na poziomie 55,4%. W 2017 r. liczba orzeczonych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania spadła do 54 818, czyli aż o 108 716, a udział w strukturze kar orzeczonych zmniejszył się do 22,7%, czyli aż o 32,7 punkta procentowego. W rezultacie kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania utraciła czołową pozycję wśród stosowanych środków reakcji karnej.

I można byłoby to zjawisko ocenić pozytywnie, w kategoriach traktowania przez praktykę wymiaru sprawiedliwości kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jako *ultima ratio*, gdyby nie fakt, że równocześnie bezwzględna kara pozbawienia wolności przestaje być w praktyce uznawana jako kara *ultima ratio*. Na taki stan rzeczy niewątpliwie wpłynęło drastyczne ograniczenie ustawowych możliwości zastosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Doprowadziło to do sytuacji, w której z jednej strony – zgodnie z założeniami reformy prawa karnego – kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania została w pewnej części zastąpiona przez kary nieizolacyjne, tj. grzywnę i karę ograniczenia wolności, z drugiej jednak, wbrew oczekiwaniom ustawodawcy – karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zastąpiła w pewnej części bezwzględna kara pozbawienia wolności.

Powstaje pytanie: czy zaobserwowane zmiany w obrazie stosowania kary pozbawienia wolności znalazły odzwierciedlenie w rozmiarach populacji więziennej?

**Tabela 3. Tymczasowo aresztowani i odbywający kary**

Pozbawieni wolności	2014 r.		2017 r.		30.09.2018 r.	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Ogółem	77 371	100,0	73 822	100,0	73 035	100,0
Tymczasowo aresztowani	6 238	8,1	7 239	9,8	7 476	10,2
Skazani	70 125	90,6	65 769	89,1	64 526	88,3
Ukarani	1 008	1,3	814	1,1	1 033	1,4

**Źródło:** Ministerstwo Sprawiedliwości. Centralny Zarząd Służby Więziennej. Roczna informacja statystyczna za rok 2017 i Miesięczna informacja statystyczna – listopad 2018.

Z analizy danych prezentowanych w Tabeli 3 wynika, że w latach 2017–2018 (według stanu na dzień 30 listopada) liczba osób pozbawionych wolności w stosunku do 2014 r. zmniejszyła się. O ile w 2014 r. pozostawała na poziomie 77 371, o tyle w 2018 r. wynosiła 73 035. Zmniejszyła się także liczba osób skazanych odbywających karę pozbawienia wolności (z 70 125 do 64 526), co należy ocenić pozytywnie. Jednakże równocześnie powiększyła się liczba orzeczonych i niewykonanych kar pozbawienia wolności i liczba osób, których orzeczenia te dotyczyły.

I tak, liczba orzeczonych i niewykonywanych kar pozbawienia wolności wzrosła z 52 846 w 2014 r. do 54 989 według stanu na dzień 30 listopada 2018 r., a liczba osób, których orzeczenia te dotyczyły, powiększyła się z 42 709 w 2014 r. do 44 292 według stanu na dzień 30 listopada 2018 r.<sup>33</sup>

Należy ponadto zwrócić uwagę na niepokojącą tendencję w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania. Otóż wyraźnie powiększa się liczba osób tymczasowo aresztowanych. Jeszcze w 2014 r. liczba osób tymczasowo aresztowanych wynosiła 6 238, ale już w 2017 r. wzrosła do 7 239, a w 2018 r. (według stanu na dzień 30 listopada) – do 7 476 osób. Udział tymczasowo aresztowanych w populacji osób pozbawionych wolności powiększył się z 8,1% do 10,2%. W tym kontekście zauważyć wypada, że tymczasowe aresztowanie rzutuje na orzekanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności, toteż wzrost populacji tymczasowo aresztowanych może następnie przełożyć się na wzrost orzekanych kar pozbawienia wolności i na ich wysokość.

Reasumując, należy stwierdzić, że kara pozbawienia wolności nadal nie jest traktowana w kategoriach *ultima ratio*, choć równocześnie zwiększa się rola kar nieizolacyjnych w polityce karnej. Wydaje się, że należy rozważyć – wielokrotnie zgłaszana w piśmiennictwie – propozycję rozszerzenia podstaw stosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jest to środek probacyjny, którego znaczenie w polityce karnej jest ważne, a wprowadzone ograniczenia możliwości jego zastosowania – nazbyt restrykcyjne, czego skutkiem jest m.in. powiększający się udział bezwzględnych kar pozbawienia wolności wśród skazań ogółem oraz wzrastająca liczba orzeczonych i niewykonywanych bezwzględnych kar pozbawienia wolności.

## BIBLIOGRAFIA

- Adamski A., Berent M., Leciak M., *Warunkowe zawieszenie wykonania kar w założeniach nowej polityki karnej*, Wolter Kluwer, Warszawa 2016.
- Bojarski T., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Burzyński P., *Zmiany normatywne w zakresie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności – uwagi praktyczne*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Cieply F., *Sprawiedliwościowa racjonalizacja wymiaru kary kryminalnej wobec współczesnych tendencji polityki karnej w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2017.
- Darkowski T., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary – próba oceny potencjalnego wpływu nowelizacji na praktykę karania*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, red. A. Adamski, M. Berent, M. Leciak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Giezek J., *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, „Palestra” 2015, nr 7–8.

---

<sup>33</sup> Źródłem danych za 2018 r. jest Statystyka bieżąca Centralnego Zarządu Służby Więziennej ([www.sw.gov.pl/dzial/statystyka](http://www.sw.gov.pl/dzial/statystyka)).



- Grześkowiak A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, 5. wydanie, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Hryniewicz-Lach E., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, 4. wydanie, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks karny. Komentarz*, 2. wydanie, red. V. Konarska-Wrzosek, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Konarska-Wrzosek V., *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Toruń 2002.
- Konarska-Wrzosek V., *Ustawowe przesłanki warunkowego zawieszenia wykonania kary po nowelizacji kodeksu karnego*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, red. A. Adamski, M. Biernat, M. Leciak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzosek V., *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, w: *System Prawa Karnego. Tom 5. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, 2. wydanie, red. T. Kaczmarek, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2017.
- Kosonoga-Zygmunt J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, 4. wydanie, red. R. A. Stefański, C. H. Beck, Warszawa 2018.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Aksjologiczne i normatywne uwarunkowania odpowiedzialności karnej*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, 3. wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Lachowski J., *Ocena wybranych zmian w zakresie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzeziński, K. Łucarz, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015.
- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Małecki M., *Stosowanie art. 37a k.k., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 31.03.2016 r. (II KK 361/15)*, „Przeгляд Sądowy” 2017, nr 3.
- Małecki M., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015*, red. W. Wróbel, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków 2015.
- Marek A., *Nowy Kodeks karny – zasady odpowiedzialności, nowa polityka karna*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 12.
- Marek A., *Prawo karne*, wydanie 10, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Melezini M., *Sankcje alternatywne wobec kary pozbawienia wolności w polskim prawie karnym na tle standardów międzynarodowych*, w: *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, J. Nowicka, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015.
- Melezini M., *System środków reakcji prawnokarnej. Rys historyczny*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, 2. wydanie, red. M. Melezini, C. H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.
- Melezini M., *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Wydawnictwo Temida 2. Białystok, Białystok 2013.
- Melezini M., *Założenia aksjologiczne systemu reakcji karnej na przestępstwo na tle kodeksu karnego z 1997 roku*, w: *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, red. A. Grześkowiak, I. Zgoliński, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy. Bydgoszcz 2017.

- Melezini M., Kazmiruk K., *Kara krótkoterminowego pozbawienia wolności a problem przeludnienia więzień*, w: *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Ćwiąkański, G. Artymiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Melezini M., Szczygieł G.B., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności jako instrument polityki kryminalnej*, w: *Współczesne przekształcenia sankcji karnych – zagadnienia teorii, wykładni i praktyki stosowania*, red. P. Góralski, A. Muszyńska, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2018.
- Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2015.
- Nawój-Śleszyński A., *Problem przeludnienia więzień w Polsce w świetle rekomendacji R (99) 22 Rady Europy z 30 września 1999 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2013, nr 81.
- Skupiński J., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, C. H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2010.
- Skupiński J., *Zalety i wady instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary po nowelizacji kodeksu karnego*, w: *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, red. A. Adamski, M. Biernat, M. Leciak, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Skupiński J., Mierzwińska-Lorencka J., w: *Kodeks karny. Komentarz, 4. wydanie*, red. R.A. Stefański, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Stefańska B.J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Szczygieł G.B., *Kara pozbawienia wolności*, w: *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej, 2. wydanie*, red. M. Melezini, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.
- Szymanowski T., *Nowelizacja kodeksu karnego z 2015 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015, nr 87.
- Szymanowski T., *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Szymanowski T., *Skazania na bezwzględne kary pozbawienia wolności jako następstwo nieefektywnej polityki karnej*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 4.
- Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997.
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z projektami aktów wykonawczych z 15 V 2014 roku*, druk nr 2393.
- Wróbel W., *Zasady wymiaru kary i środków karnych*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010.
- Zoll A., *Regulacje warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w ustawie z 20 lutego 2015 r.*, w: *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015.
- Zoll A., *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie i zamiana kary*, w: *Nowelizacja prawa karnego 2015*, red. W. Wróbel, Krakowski Instytut Prawa Karnego. Fundacja, Kraków 2015.
- Zoll A., *Założenia politycznokryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 9–10.

## IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE TREATING DEPRIVATION OF LIBERTY AS ULTIMA RATIO IN THE PRACTICE OF APPLYING CRIMINAL LAW

### Abstract

The article discusses the issue concerning the implementation of the principle of treating a penalty of deprivation of liberty as ultima ratio in the practice of justice administration. The statutory solutions adopted in the original version of the Criminal Code of 1997 are the starting point of the analysis. It shows a new approach to the penalty of deprivation of liberty, which – as it was assumed – was to become a subsidiary penalty applied to petty crime. In practice, it turned out that an attempt to minimize the role of the penalty of deprivation of liberty in the penal policy was a failure, which resulted in a considerable size of prison population and a big number of offenders convicted and waiting for the penalty execution. A penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution adjudicated on a massive scale remained the basic means of penal response to petty crime. The diagnosis of the reasons for the actual situation became the basis for the criminal law reform of 2015. The article discusses the most important amendments to the provisions of the Criminal Code, which are to contribute to the increase in the importance of non-custodial penalties (a fine and a penalty of deprivation of liberty) and to limit the scope of application of the penalty of deprivation of liberty (its absolute type and with conditional suspension of its execution). The statistical overview of the penalty of absolute deprivation of liberty and the penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution presented in the article makes the author draw a conclusion that the penalty of deprivation of liberty is still treated as ultima ratio in the practice of justice administration. Despite a considerable decrease in the importance of the penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution in the penal policy and a growing share of non-custodial penalties in the structure of adjudicated penalties, the share of the penalty of absolute deprivation of liberty in all convictions is growing and the number of adjudicated and not executed penalties of absolute deprivation of liberty is also higher. That is why, the author expresses an opinion that failure in the implementation of the penal policy assumptions of the 2015 criminal law reform results from too drastic limitation of a possibility of applying the penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution. Therefore, she supports the proposals expressed in literature to extend grounds for adjudicating the penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution.

Key words: penalty of deprivation of liberty, penalty of deprivation of liberty with conditional suspension of its execution, criminal law reform, practice of justice administration, penal policy, non-custodial penalties, prison population

## REALIZACJA ZASADY TRAKTOWANIA KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI JAKO ULTIMA RATIO NA PŁASZCZYŹNIE STOSOWANIA PRAWA KARNEGO

### Streszczenie

Przedmiotem rozważań jest realizacja zasady traktowania kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Punktem wyjścia analizy są rozwiązania ustawowe przyjęte w pierwotnym brzmieniu Kodeksu karnego z 1997 r., ukazujące nowe podejście do kary pozbawienia wolności, która w założeniu miała stać się karą subsydiarną w odniesieniu do drobnej i średniej przestępczości. W praktyce okazało się, że próba zminimalizowania roli kary pozbawienia wolności w polityce karnej nie powiodła się, czego rezultatem był wysoki poziom populacji więziennej oraz duża liczba osób skazanych na karę pozbawienia wolności i oczekujących na jej wykonanie. Podstawowym środkiem reakcji karnej na przestępstwa drobne i średniej wagi pozostawała niezmiennie kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, orzekana na masową skalę. Diagnoza przyczyn zaistniałych niepowodzeń stała się podłożem reformy prawa karnego z 2015 r. W opracowaniu omówiono najważniejsze zmiany w przepisach Kodeksu karnego, które mają przyczynić się do zwiększenia roli kar nieizolacyjnych (grzywny i kary ograniczenia wolności) i ograniczenia zakresu stosowania kary pozbawienia wolności (bezwzględnej i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania). Prezentowany w opracowaniu statystyczny obraz bezwzględnej kary pozbawienia wolności oraz kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania skłonił autorkę do wniosku, że kara pozbawienia wolności nadal nie jest traktowana w praktyce wymiaru sprawiedliwości jako *ultima ratio*. Pomimo wydatnego ograniczenia znaczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w polityce karnej i rosnącego udziału kar nieizolacyjnych w strukturze kar orzeczonych, powiększa się udział bezwzględnej kary pozbawienia wolności wśród skazań ogółem oraz wzrasta liczba orzeczonych i niewykonanych bezwzględnych kar pozbawienia wolności. Autorka wyraża pogląd, że na niepowodzenia w zakresie realizacji założeń politycznokryminalnych reformy prawa karnego z 2015 r. rzutują nazbyt drastyczne ograniczenia możliwości zastosowania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W związku z tym przyłącza się do zgłaszanych w piśmiennictwie postulatów rozszerzenia podstaw orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Słowa kluczowe: kara pozbawienia wolności, kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania, reforma prawa karnego, praktyka wymiaru sprawiedliwości, polityka karna, kary nieizolacyjne, populacja więzienna

## EJECUCIÓN DEL PRINCIPIO DE TRATAR LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO ULTIMA RATIO DESDE LA PERSPECTIVA DE APLICACIÓN DE DERECHO PENAL

### Resumen

Se analiza la ejecución del principio de tratar la pena de privación de libertad como ultima ratio en la práctica. Se parte de análisis de regulaciones legales adoptadas en la primera ver-

sión del código penal de 1997 que demuestra nueva aproximación a la pena de privación de libertad que debería ser una pena subsidiaria en la delincuencia pequeña y mediana. En la práctica, resulta que el intento de minimizar el papel de la pena de privación de libertad en la política penal fracasó, cuyo resultado fue un nivel alto de la población prisionera y elevado número de personas condenadas a la pena de privación de libertad y que esperaban su ejecución. La medida de reacción penal básica para los delitos de pequeña y mediana gravedad era la pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución que se dictaba en escala masiva. El análisis de fracaso ocurrido fue objeto de reforma de derecho penal en 2015. El artículo analiza las modificaciones más importantes del código penal que han de incrementar el papel de penas no privativas de libertad (multa y pena de restricción de libertad) y reducir el ámbito de aplicación de la pena de privación de libertad (sin suspensión y con suspensión condicional de su ejecución). Las estadísticas presentadas en el artículo de la pena de privación de libertad sin la suspensión condicional de su ejecución y de la pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución le llevan a la autora a la conclusión que la pena de privación de libertad sigue siendo sin tratarla en la práctica como la última ratio. A pesar de limitar de forma sustancial la importancia de la pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución en la política penal y aumentar la participación de penas no privativas de libertad, dentro de las penas impuestas, se aumenta la participación de la pena de privación de libertad sin la suspensión condicional de su ejecución en las condenas totales y se aumenta el número de penas de privación de libertad sin la suspensión condicional de su ejecución que son impuestas y no ejecutadas. La autora sostiene que al fracaso en el ámbito de ejecución de principios de política criminal de la reforma de derecho penal en 2015 contribuyen limitaciones demasiado drásticas para poder aplicar la pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución. Por lo tanto, se junta a los postulados de la doctrina de ampliar requisitos para aplicar la pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución.

Palabras claves: pena de privación de libertad, pena de privación de libertad con la suspensión condicional de su ejecución, reforma de derecho penal, práctica judicial, política penal, penas no privativas de libertad, población prisionera

## РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА ИНТЕРПРЕТАЦИИ НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ КАК ПОСЛЕДНЕГО ДОВОДА – ULTIMA RATIO – В РАМКАХ СОБЛЮДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА.

### Резюме

Предмет исследования – реализация принципа интерпретации наказания в виде лишения свободы как последнего довода – ultima ratio – в судебной практике. Точкой отсчёта для анализа служат законодательные решения, принятые в первоначальном варианте Уголовного кодекса от 1997 года, указывающие на новый подход к наказанию в виде лишения свободы, которое концептуально должно было выступать в качестве субсидиарной ответственности в отношении преступлений малой и средней тяжести. Как показала практика, попытка минимизировать роль наказания в виде лишения свободы оказалась

безуспешной, результатом чего были перегруженность мест лишения свободы, большое количество приговорённых к наказанию в виде лишения свободы и ожидающих приведения в исполнение данного приговора. В качестве основного средства уголовного преследования за преступления малой и средней тяжести всегда выступало наказание в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения, определяемое на массовом уровне. Диагностика причин упомянутых сложностей стала основанием для реформы уголовного права 2015 года. В статье рассматриваются наиболее важные изменения в положениях Уголовного кодекса, целью которых является повышение актуальности роли наказаний, не связанных с лишением свободы (штрафы и наказания в виде ограничения свободы), и ограничение объёма применения наказания в виде лишения свободы (до абсолютного наказания и с условным приостановлением его исполнения). Представленный в исследовании статистический вывод об абсолютном наказании в виде лишения свободы, а также наказания в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения позволил Автору прийти к заключению, что наказание в виде лишения свободы по-прежнему не воспринимается в практике правосудия как *ultima ratio*. Несмотря на существенное ограничение значимости наказания в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения в уголовной политике и возрастающего количества наказаний, не связанных с лишением свободы, среди определяемых наказаний растёт коэффициент безусловных наказаний в виде лишения свободы среди общего количества наказаний, а также увеличивается количество определенных судом и не приведенных в исполнение безусловных наказаний в виде лишения свободы. Автор высказывает мнение, что трудности и недостатки реализации политико-криминалистических принципов реформы уголовного законодательства 2015 года являются следствием чрезвычайно радикальных ограничений возможностей применения наказания в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения. В связи с этим автор присоединяется к предлагаемым в предметной литературе постулатам, связанным с расширением оснований для определения наказания в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения.

Ключевые слова: наказание в виде лишения свободы, наказание в виде лишения свободы с условным приостановлением его исполнения, реформа уголовного права, практика правосудия, уголовная политика, наказание, не связанное с лишением свободы, тюремное население

## DIE BEHANDLUNGSREGELVOLLSTRECKUNG DER FREIHEITSSTRAFE ALS ULTIMA RATIO AUF EBENE DER STRAFRECHTSANWENDUNG

### Zusammenfassung

Der Erörterungsgegenstand ist die Behandlungsregel der Freiheitsstrafe als *ultima ratio* in der Gerichtsbarkeitspraxis. Als Ausgangspunkt der Analyse dienen gesetzliche Lösungen angenommen im primären Wortlaut des Strafgesetzes von 1997, welcher eine neue Herangehensweise zur Freiheitsstrafe bietet, welche voraussetzend eine subsidiäre Strafe in Bezug auf minderwertiges oder durchschnittliches Verbrechen werden sollte. Die Praxis hat jedoch

bewiesen, dass die Minimalisierungsprobe der Rolle der Freiheitsstrafe in der strafrechtlichen Politik misslungen ist, was mit einer hohen Gefängnispopulation resultierte und auch eine hohe Anzahl von zur Freiheitsstrafe Verurteilten erwartete deren Vollstreckung. Das Hauptmittel der Strafreaktion minderwertige oder durchschnittliche Verbrechen blieb unveränderlich die Freiheitsstrafe auf konditioneller Bewährung deren Vollstreckung, erkannt im großen Ausmaß. Die Ursachendiagnose der aufgetretenen Misserfolge lag zugrunde eine Strafrechtsreform im Jahre 2015. In dieser Bearbeitung wurden die wichtigsten Änderungen in den Regelungen des Strafgesetzbuches beschrieben, welche zur Rollenverstärkung von nicht Freiheit entziehenden Strafen (Bußen und Freiheitsstrafen) und zur Beschränkung des Anwendungsgebietes der Freiheitsstrafe in Form von bedingungslos gegeben falls auf bedingter Bewährung deren Vollstreckung beitragen sollen. Die in dieser Bearbeitung dargestellte statistische Illustration der bedingungslosen Freiheitstrafe und der Freiheitsstrafe auf bedingte Vollstreckungsbewährung hat die Autorin zur Folgerung geneigt, dass die Freiheitsstrafe weiterhin nicht als ultima ratio in der Gerichtsbarkeitspraxis betrachtet wird. Trotz wesentlicher Beschränkung der Bedeutung der Freiheitstrafe auf bedingter Vollstreckungsbewährung in der Strafpönalisierung und trotz wachsenden Anteils der nicht Freiheit entziehenden Strafen in der Struktur von erkannten Strafen vergrößert sich der Anteil von bedingungslosen Freiheitsstrafen unter der allgemeinen Verurteilungsanzahl, und es wächst diejenige von erkannten und nicht vollstreckten bedingungslosen Freiheitsstrafen. Die Autorin vertritt die Meinung, dass die Misserfolge in Bezug auf Abwicklung politisch-krimineller der Voraussetzungen der Strafrechtsreform von 2015 allzu einschneidende Einschränkungen der Freiheitsstrafenanwendung auf bedingter Vollstreckungsbewährung beeinflusst haben. Demnach schließt sich die Autorin zu den eingehenden Postulaten im Schrifttum einer Regelausbreitung der Freiheitsstrafenerkennung auf bedingter Vollstreckungsbewährung.

Schlüsselwörter: Freiheitsstrafe, Freiheitstrafe auf bedingter Vollstreckungsbewährung, Strafrechtsreform, Gerichtsbarkeitspraxis, Strafpolitik, nicht Freiheit entziehende Strafen, Gefängnispopulation

## MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DU TRAITEMENT DE L'EMPRISONNEMENT EN TANT QU'ULTIMA RATIO SUR LE NIVEAU D'APPLICATION DU DROIT PÉNAL

### Résumé

Le sujet à examiner est la mise en œuvre du principe du traitement de l'emprisonnement en tant qu'ultima ratio dans l'exercice de la justice. Le point de départ de l'analyse est constitué par les solutions législatives adoptées dans le libellé initial du Code pénal de 1997, montrant une nouvelle approche de la peine d'emprisonnement, censée être une peine de substitution pour les crimes de petite et moyenne gravité. En pratique, il s'est avéré que la tentative visant à minimiser le rôle de la peine d'emprisonnement dans la politique pénale a échoué, ce qui a entraîné une forte population carcérale et un grand nombre de personnes condamnées à l'emprisonnement et en attente de son exécution. Le moyen fondamental de réaction pénale aux crimes de petite et moyenne gravité consistait invariablement en une peine d'emprisonnement.

ment assortie d'une suspension conditionnelle de son exécution, prononcée à grande échelle. Le diagnostic des causes d'échec est devenu la base de la réforme du droit pénal de 2015. L'étude examine les modifications les plus importantes apportées aux dispositions du code pénal, qui doivent contribuer à renforcer le rôle des peines non privatives de liberté (une amende et la peine de limitation de la liberté) et à limiter la portée de l'emprisonnement (absolue et avec suspension conditionnelle de son exécution). Le tableau statistique de l'emprisonnement absolu et de l'emprisonnement avec suspension conditionnelle de son exécution présenté dans l'étude a amené l'auteur à conclure que la peine de privation de liberté n'est toujours pas traitée dans la pratique de la justice comme un *ultima ratio*. Malgré l'importante limitation du sens de l'emprisonnement avec suspension conditionnelle de son exécution dans la politique pénale et la part croissante des peines non privatives de liberté dans la structure des peines prononcées, la part de l'emprisonnement absolu dans le total des condamnations augmente, de même que le nombre de peines d'emprisonnement absolues prononcées et non exécutées. L'auteur exprime l'opinion que les limitations trop sévères de la possibilité d'appliquer une peine d'emprisonnement avec suspension conditionnelle de son exécution affectent l'échec de la mise en œuvre des principes politiques et pénaux de la réforme du droit pénal de 2015. À cet égard, elle rejoint les postulats proposés dans la littérature d'étendre les motifs pour prononcer la peine d'emprisonnement avec suspension conditionnelle de son exécution.

Mots-clés : peine d'emprisonnement, peine d'emprisonnement avec suspension conditionnelle de son exécution, réforme du droit pénal, exercice de la justice, politique pénale, peines non privatives de liberté, population carcérale

#### ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DEL TRATTAMENTO DELLA PENA DI RECLUSIONE COME ULTIMA RATIO A LIVELLO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO PENALE

##### Sintesi

L'argomento in discussione è l'attuazione del principio del trattamento della pena di reclusione come *ultima ratio* nella prassi del sistema giudiziario. Il punto di partenza dell'analisi sono le soluzioni legislative adottate nella versione originale del codice penale del 1997, che mostrano un nuovo approccio alla pena di reclusione, con la supposizione che essa doveva diventare una punizione sussidiaria per i reati di piccola e media criminalità. Nella prassi si è rivelato che il tentativo di minimizzare il ruolo della pena di reclusione nella politica penale è fallito, il che ha portato a un alto livello di popolazione carceraria e a un gran numero di persone condannate a una pena detentiva e in attesa della sua esecuzione. La pena di reclusione con sospensione condizionale (inflitta su larga scala) rimaneva sempre la misura di base della reazione penale ai reati minori e di media gravità. La diagnosi delle cause del fallimento è stata la base per la riforma del diritto penale del 2015. L'articolo discute le modifiche più importanti delle disposizioni del codice penale, che contribuiranno all'aumento del ruolo delle sanzioni non detentive (multe e sanzioni per restrizione della libertà) e alla limitazione dell'ambito di applicazione della pena di reclusione (quella senza sospensione e con sospensione condizionale). Il quadro statistico della pena di reclusione senza sospensione e quella



con sospensione condizionale, presentato nello studio ha portato l'Autrice alla conclusione che la pena di reclusione non viene ancora trattata come *ultima ratio* nella prassi del sistema giudiziario. Nonostante la significativa limitazione dell'importanza della pena di reclusione con sospensione condizionale nell'ambito della politica penale e della crescente partecipazione delle pene non detentive nella struttura delle pene inflitte, la totale delle pene di reclusione senza sospensione sul numero totale delle pene è in aumento (lo stesso per quanto riguarda il numero di pene di reclusione senza sospensione inflitte e non eseguite). L'Autrice ritiene che il fallimento nell'ambito dell'attuazione dei presupposti politici e penali della riforma del diritto penale del 2015 viene causato da restrizioni troppo drastiche alla possibilità di applicare la pena di reclusione con sospensione condizionale. A questo proposito, l'Autrice si unisce ai postulati riportati nella letteratura per estendere le basi dell'infliggere la pena di reclusione con sospensione condizionale.

Parole chiave: pena detentiva, pena detentiva con sospensione condizionale dell'esecuzione, riforma del diritto penale, prassi del sistema giudiziario, politica penale, pene non detentive, popolazione carceraria

Cytuj jako: Melezini M., *Implementation of the principle treating deprivation of liberty as ultima ratio in the practice of applying criminal law* [Realizacja zasady traktowania kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* na płaszczyźnie stosowania prawa karnego], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 51–73. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.16/m.melezini

Cite as: Melezini, M. (2019). 'Implementation of the principle treating deprivation of liberty as *ultima ratio* in the practice of applying criminal law'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 51–73. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.16/m.melezini



# PRAWNOKARNA OCHRONA MIRU DOMOWEGO NA ZIEMIACH POLSKICH

MAREK MOZGAWA, ANDRZEJ WRZYSZCZ\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.17/m.mozgawa/a.wrzyszcz

## 1. DAWNA POLSKA<sup>1</sup>

Instytucja miru domowego wchodzi w skład szerszego pojęcia miru monarszego, nazywanego w pierwszych wiekach państwowości polskiej „ręką pańską”. W języku polskim słowo mir definiowane jest najczęściej przy pomocy następujących określeń: uznanie, poszanowanie, szacunek, spokój, zgoda, przyjazne stosunki. Mir polegał na systemie zapewniania porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego przez władców i dzielił się na mir osobowy (np. szczególna ochrona prawnokarna duchownych, kobiet, Żydów, woźnych sądowych), mir miejscowy (np. szczególny status dworu monarszego, kościołów, dróg publicznych, a nawet prywatnych, targów, pól, granic dóbr ziemskich) i mir mieszany (dotyczył np. arcybiskupa, ale także osób udających się do sądu lub z niego powracających). Z biegiem czasu pojęcie miru monarszego rozszerzano: np. objął on barcie z pszczołami, a w XIV wieku wsie, grunty uprawne, płody rolne, bydło, niektóre lasy. Mir domowy należał do kategorii miru miejscowego. W jego przypadku podkreślane są następujące wartości: pokój, spokój, poszanowanie domu<sup>2</sup>.

---

\* Marek Mozgawa, prof. dr hab., Katedra Prawa Karnego i Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; e-mail: mmozgawa@poczta.umcs.lublin.pl; ORCID: 0000-0002-7341-6563

Andrzej Wrzyszczyk, dr hab., prof. UMCS, Katedra Historii Państwa i Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; e-mail: awrzyszcz7@wp.pl; ORCID: 0000-0002-9824-4251

<sup>1</sup> W literaturze historycznoprawnej nazwa ta używana jest powszechnie w stosunku do dziejów ustroju i prawa Polski do 1795 r..

<sup>2</sup> S. Kutrzeba, *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie (I. Prawo karne. II. Postępek sądowy)*, Lwów-Warszawa-Kraków 1921, s. 4–5; J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski, t. I, do połowy*

Pierwsze informacje źródłowe o ochronie prawnej miru w dawnym polskim prawie zwyczajowym pochodzą z XIII wieku. Znajdujemy je w przepisach najstarszego polskiego prawa polskiego (w literaturze zwanego zwykle niezbyt ściśle Księgą Elbląską), który spisany został najprawdopodobniej na przełomie XIII i XIV wieku. W przepisach Księgi Elbląskiej nie odnalazłem odniesień bezpośrednio do miru domowego, ale przywołać można przepisy dotyczące innych kategorii miru miejscowego (drogi i pola)<sup>3</sup>. W odniesieniu do ludności żydowskiej należy zacytować karalność naruszania miru domowego Żydów, zawartą w przywileju księcia kaliskiego Bolesława z 1264 r. Jeśli uczynił to chrześcijanin, „winien być surowo ukarany jak niszczyciel naszego skarbcza”<sup>4</sup>.

W statutach Kazimierza Wielkiego znalazł się przepis penalizujący najazd na dom szlachecki. W literaturze historycznoprawnej dyskusyjna jest kwestia, czy należy ten czyn uznać za samoistne przestępstwo, czy za okoliczność obciążającą sprawcę<sup>5</sup>. „Najście na dom, czyli, jak wyrażano się, pogwałcenie domu, a pośrednio i znieważenie (dehonestatio) tego, który był jego właścicielem, lub w nim napastowany został, samo przez się pociągało za sobą karę piętnaście i drugie piętnaście na rzecz sądu. Jeśli przy najściu na dom zraniono jeszcze bawiącego w nim, lub pochwycono, sąd pociągał winnego do opłacenia drugiej piętnadziesta”<sup>6</sup>. Jeśli doszło do zabójstwa szlachcica w trakcie napadu na dom, to wszyscy uczestnicy tego najścia odpowiadali na równi<sup>7</sup>.

Penalizację naruszenia miru domowego przewidywały też przepisy prawa mazowieckiego. Na podstawie statutu księcia Konrada III z 1496 r. przestępstwo najścia domu karane było pozbawieniem czci i całego majątku (po opłaceniu odszkodowań reszta tego majątku miała być przekazywana na rzecz skarbu książęcego). W tym wypadku również pojawia się problem alternatywnej kwalifikacji tego czynu. Traktowano go jako przejście od przestępstw przeciwko osobom do przestępstw wymierzonych w majątek. Z jednej strony książęta mazowieccy otaczali domy szczególną opieką i rezerwowali dla siebie prawo sądu za naruszenie spokoju domowego ogniska (potem przejęli tę jurysdykcję starostowie). Z drugiej – uważano, że jest to okoliczność obciążająca, jeśli w trakcie najścia domu doszło do zabójstwa lub zranienia. Warto podkreślić różnicowanie karalności: sprawca

---

XV wieku, Warszawa 1965, s. 321–322; T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992, s. 21–22.

<sup>3</sup> J. Matuszewski, *Najstarszy zwód prawa polskiego* (wydał, przetłumaczył i wstępem opatrzył J. Matuszewski), Warszawa 1959, s. 9–12, 186; J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2005, s. 28; W. Witkowski, *Wybór tekstów źródłowych z historii prawa (epoka feudalizmu i kapitalizmu)*, Lublin 1978, s. 23–24; R. Hube, *Prawo polskie w wieku trzynastym*, Warszawa 1874, s. 146.

<sup>4</sup> S. Godek, M. Wilczek-Karczewska, *Historia ustroju i prawa w Polsce do 1772/1795. Wybór źródeł*, Warszawa 2006, Przywilej generalny dla Żydów w Wielkopolsce z 1264 r., s. 299 (29); R. Hube, *Prawo polskie w wieku trzynastym...*, op. cit., s. 179; T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, op. cit., s. 31.

<sup>5</sup> S. Godek, M. Wilczek-Karczewska, *Historia ustroju...*, op. cit., Suma statutów małopolskich króla Kazimierza Wielkiego według Kodeksu dzikowskiego, s. 337 [26]; T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, op. cit., s. 31–32.

<sup>6</sup> R. Hube, *Prawo polskie w 14 wieku*, Warszawa 1886, s. 269.

<sup>7</sup> J. Bardach, *Historia państwa...*, op. cit., s. 516.

oddzielnie płacił nawiązkę zranionemu lub główszczyznę krewnym zabitego, a oddzielnie odszkodowanie „panu domu za najście”<sup>8</sup>.

W trakcie procesu umacniania się hegemonii politycznej szlachty w ustroju państwa polskiego obserwujemy kształtowanie się szczególnego statusu domu szlacheckiego. Obserwujemy to na gruncie prawa prywatnego – ślub kościelny rzymskokatolicki mógł być w nim zawarty (oczywiście w obecności duchownego tego obrządku), podczas gdy w wypadku mieszczan i chłopów można było go zawrzeć tylko w świątyni. Jeszcze większe praktyczne znaczenie miała podwyższona ochrona prawna. Trzeba podkreślić, że dwór szlachecki traktowany był jako miejsce azylu, nie podlegał on rewizji, a od 1588 r. mógł w nim znaleźć schronienie nawet banita, chociaż trzeba podkreślić, że w razie niewydania banity właściciel domu ponosił odpowiedzialność karną. Poza tym bezkarne było zabicie sprawcy napadu na dom szlachecki. Ten szczególny status domu szlacheckiego siedemnastowieczny polski prawnik Mikołaj Zalasowski zaliczył do kilkunastu najważniejszych szczególnych uprawnień szlachty decydujących o przewadze tego stanu w państwie nad innymi grupami społecznymi<sup>9</sup>.

Trzeba jednak zwrócić uwagę na wyjątkowe przepisy chroniące dom szlachecki przed zewnętrznymi zamachami. Przestępstwo to w ówczesnej nomenklaturze nosiło nazwę „napad na dom szlachecki” i zostało zaliczone do tzw. „czterech artykułów grodzkich (starościńskich)” obok takich czynów jak: napad na drodze publicznej, podpalenie i zgwałcenie. W wypadku popełnienia przestępstwa zaliczanego do kategorii „artykułów grodzkich” szlachcic osiadły odpowiadał na podstawie przepisów statutu warckiego od 1423 r. przed sądem grodzkim, który należał do jurysdykcji starosty. Wszystkie inne sprawy karne szlachty osiadłej rozpatrywały sądy ziemskie<sup>10</sup>.

W Rzeczypospolitej szlacheckiej napad na dom został zaliczony do przestępstw przeciwko pokojowi i porządkowi publicznemu. Jeśli w trakcie najścia domu doszło do zabicia lub ciężkiego zranienia jakiejś osoby, to przeprowadzano skrutynium i sprawca karany był śmiercią. Jeżeli nie udało się go pojmać – skazywano go zaocznie na karę infamii. Kara śmierci za to przestępstwo znalazła się w ważnym dla kształtowania katalogu kar publicznych ustawodawstwie sejmu piotrkowskiego z 1493 r. i sejmu piotrkowskiego z 1496 r.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> K. Dunin, *Dawne mazowieckie prawo*, Warszawa 1880, s. 192; T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, op. cit., s. 32–33.

<sup>9</sup> J. Bardach, *Historia państwa...*, op. cit., s. 492; W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego*, Warszawa 2013, s. 192–193; Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski, t. II, od połowy XV wieku do r. 1795*, Warszawa 1966, s. 78, 332; T. Maciejewski, *Historia prawa karnego w dawnej Polsce (do 1795 r.)*, w: *System Prawa Karnego, t. 2, Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 84.

<sup>10</sup> S. Godek, M. Wilczek-Karczewska, *Historia ustroju...*, op. cit., Statut warcki z 1423 r. w układzie 31 artykułów według Kodeksu dzikowskiego, s. 344 [17]; Z. Góralski, *Urzędy i godności w dawnej Polsce*, Warszawa 1983, s. 198; M. Borucki, *Temida staropolska. Szkice z dziejów sądownictwa Polski szlacheckiej*, Warszawa 1979, s. 20; J. Bardach, *Historia państwa...*, op. cit., s. 478.

<sup>11</sup> *Sejm piotrkowski z 1493 r.*, Volumina Constitutionum (dalej: VC) T. I, Volumen 1, do druku przygotowali S. Grodziski, I. Dwornicka, W. Uruszczak, Warszawa 1996, s. 49; *Sejm piotrkowski z 1496 r.*..., ibidem, s. 79; Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa...*, op. cit., s. 336–337, 339.

Problematyka naruszenia miru domowego znalazła się też w projekcie kodyfikacji ziemskiego prawa materialnego z 1532 r., znanego w literaturze historyczno-prawnej jako Korektura praw lub Korektura Taszyckiego. Niestety kodyfikacja ta została przez sejm w 1534 r. odrzucona<sup>12</sup>. Najazd na dom szlachecki można zakwalifikować tu do przestępstw przeciwko bezpieczeństwu publicznemu. Odróżniono najazd lekki (bez rozlewu krwi) od najazdu ciężkiego, w trakcie którego doszło do zabicia lub zranienia pana domu, jego gości, żony, syna lub służby. Ten pierwszy przypadek miał należeć do właściwości sądu ziemskiego, sprawca miał płacić sześćdziesiąt grzywien i zadośćuczynić wszystkim szkodom materialnym i osobistym. Najazd ciężki miał podlegać jurysdykcji starosty jako jeden z czterech artykułów grodzkich, a sankcją była kara śmierci. Proponowano także rozszerzenie pojęcia napadu na dom na najazd na dom nie tylko własny, ale także wynajęty oraz na folwark i gospodę. Jeśli czynu dokonywał sługa, to jego pan był zobowiązany do ukarania sługi, gdyż w przeciwnym wypadku miał odpowiadać za to przestępstwo osobiście<sup>13</sup>.

Przestępstwo najazdu na dom było przedmiotem licznych szczegółowych konstytucji sejmu walnego Rzeczypospolitej szlacheckiej. Tadeusz Bojarski przywołuje, za Juliuszem Makarewiczem, sześć konstytucji sejmowych, w których czyn ten został wymieniony (1493, 1496, 1598, 1601, 1613, 1768)<sup>14</sup>. Nie udało mi się zweryfikować pozytywnie wszystkich tych przykładów<sup>15</sup>, ale na podstawie ostatnich (niezwykle rzetelnych) publikacji źródłowych mogę stwierdzić, że naruszenie miru domowego nader często pojawiała się na obradach parlamentu dawnej Polski (powołuję się na kolejne tomy Volumina Constitutionum, których teksty przygotowali do druku: S. Grodziski, I. Dwornicka, W. Uruszczak, M. Kwiecień, A. Karabowicz, K. Fokt). Niektóre przykłady to tylko drobne wzmianki<sup>16</sup>. Można jednak przywołać obszerniejsze uregulowania, mające bardziej kompleksowy wpływ na karalność przestępstwa naruszenia miru domowego w dawnej Polsce. W mojej ocenie istotny charakter miały przepisy ustanowione w 1611 r., które wprowadzały uporządkowaną klasy-

<sup>12</sup> T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2011, s. 106; J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 188.

<sup>13</sup> W. Uruszczak, *Korektura praw z 1532 r. Studium historycznoprawne*, t. II, Warszawa–Kraków 1991, s. 86–87.

<sup>14</sup> T. Bojarski, *Prawnokarna ochrona...*, op. cit., s. 33–34.

<sup>15</sup> Np. w ustawodawstwie sejmu walnego z 1598 r. i z 1613 r. nie odnalazłem odniesień do naruszenia miru domowego. Wydaje się, że wynika to z odmiennej interpretacji słowa „najazd” – według mnie to pojęcie nie jest tożsame z pojęciem napadu czy najścia na dom. Na sejmie z 1598 r. była mowa o najazdach gwałtownych ze strony Kurlandii (Volumina legum. *Prawa konstytucyjne i przywileje Królestwa Polskiego, Wielkiego Xięstwa Litewskiego y wszystkich prowincji należących*, Petersburg 1859, Volumen secundum, s. 371). Na sejmie z 1613 r. regulowano zwalczanie najazdów Kozaków; za: ibidem, Volumen tertium, s. 122.

<sup>16</sup> Np. *Sejm walny krakowski z lat 1531–1532*, VC T. I, Volumen 2, do druku przygotowali W. Uruszczak, S. Grodziski, I. Dwornicka, Warszawa 2000, s. 95, 97; ibidem, *Sejm walny piotrkowski z 1534 r.*, s. 129; *Sejm walny krakowski z 1553 r.*, VC, t. II, Volumen 1, do druku przygotowali S. Grodziski, I. Dwornicka, W. Uruszczak, Warszawa 2005, s. 55; *Sejm konwokacyjny warszawski z 1587 r.*, VC, t. II, Volumen 2, do druku przygotował S. Grodziski, Warszawa 2008, s. 23; ibidem, *Sejm walny koronny w Warszawie z 1601 r.*, s. 293; *Sejm nadzwyczajny warszawski z 1662 r.*, VC, t. IV, Volumen 2, do druku przygotowali S. Grodziski, M. Kwiecień, K. Fokt, Warszawa 2017, s. 227, 236; ibidem, *Sejm nadzwyczajny warszawski z 1667 r.*, s. 269.

fikację przestępstw należących do właściwości sądu grodzkiego. Podzielono je na dwie grupy: kryminalne (criminales) oraz proste albo inaczej cywilne (civiles). Przestępstwo naruszenia miru domowego nazwano tu „najazdem domowym albo złupieniem domu: to jest pro spolio”. Zaliczono je do pierwszej grupy, czyli criminales, obok dziesięciu innych czynów: gwałtów, rozbojów na drogach, podpaleń, wszelkich przestępstw szlachty nieosiadłej, kradzieży, zabójstw (w wypadku sprawców złapanych na gorącym uczynku), wszelkich przestępstw dokonanych przez banitów i ich pomocników, fałszerstw, niewykonania kary więzy przez zabójców, skrutyniów (szczególnych postępowań z urzędu) we wszystkich sprawach karnych<sup>17</sup>.

Na sejmie w 1576 r. uchwalono przepisy penalizujące najechanie albo najście domu szlacheckiego. Jeśli szlachcic gwałtem i przemocą dokonał najazdu albo najścia domu, w trakcie którego doszło do pobicia, zranienia jakiejś osoby i zagarnięcia mienia, to podlegał karze utraty czci i konfiskaty majątku. Skonfiskowane mienie przeznaczone było na naprawienie szkód poniesionych przez pokrzywdzonego, a pozostała część miała przepadać na rzecz skarbu królewskiego. Identyczne zasady odpowiedzialności (jak za najazd lub najście domu szlacheckiego) wprowadzono w wypadku najścia z użyciem gwałtu na kościół, cmentarz, gospodę i dom kmiecy, jeśli połączone ono było z zabójstwem, pobiciem albo zranieniem<sup>18</sup>.

W 1587 r. uregulowano szczególny tryb postępowania w razie wjechania do domu lub splądrowania domu szlacheckiego w okresie bezkrólewia<sup>19</sup>. Na uwagę zasługują też przepisy pozwalające odraczać procesy dylacją zwyczajną, której powodem była służba publiczna. Z jednej strony rozszerzano pojęcie służby publicznej, z drugiej jednak zakazywano respektowania tej dylacji w stosunku do niektórych przestępstw, w tym w odniesieniu do napadu na dom. Dotyczyło to na przykład żołnierzy w trakcie kampanii wojennych<sup>20</sup>.

W okresie reform stanisławowskich pojawiła się tendencja do rozszerzania katalogu przestępstw publicznych. Dotyczyło to również napadu na dom. Wydaje się, że przyczyną w tym konkretnym przypadku była chęć ochrony dworów szlacheckich przed licznymi w tym czasie zajazdami organizowanymi przez klientelę magnacką (słynne były zwłaszcza ekscesy grupy warchołów powiązanych z Karolem Radziwiłłem „Panie Kochanku”)<sup>21</sup>. Penalizację naruszenia miru domowego przewidywał projekt kodyfikacji prawa przygotowany w drugiej połowie lat siedemdziesiątych XVIII wieku (*Zbiór praw sądowych* Andrzeja Zamoyskiego). Przestępstwo to zostało nazwane najazdem na dom i zaliczone do katalogu przestępstw publicznych<sup>22</sup>.

Warto powołać się też na przepisy zawarte w skodyfikowanym prawie litewskim, gdyż obowiązywały one nie tylko w Wielkim Księstwie Litewskim, lecz

<sup>17</sup> *Sejm walny warszawski z 1611 r.*, VC, t. III, Volumen 1, do druku przygotowali S. Grodziski, M. Kwiecień, A. Karabowicz, Warszawa 2010, s. 60.

<sup>18</sup> *Sejm walny toruński z 1576 r.*, VC, t. II, Volumen 1, op. cit., s. 387–388.

<sup>19</sup> *Sejm konwokacyjny warszawski z 1587 r.*, VC, t. II, Volumen 2, op. cit., s. 19–20, 28.

<sup>20</sup> *Sejm walny piotrkowski z 1567 r.*, VC, t. II, Volumen I, op. cit., s. 205; ibidem, *Sejm walny warszawski z lat 1579–1580*, s. 441–442; ibidem, *Sejm walny warszawski z 1581 r.*, s. 453; Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa...*, op. cit., s. 386.

<sup>21</sup> Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa...*, op. cit., s. 573.

<sup>22</sup> E. Borkowska-Bagińska, *„Zbiór Praw Sądowych” Andrzeja Zamoyskiego*, Poznań 1986, s. 254.

także w województwach: wołyńskim, bractawskim i kijowskim (w wersji II Statutu z 1566 r.). Poza tym ze względu na przejrzystość, precyzyjny język i wysokie walory prawne III Statutem litewskim z 1588 r. posługiwano się w Koronie jako prawem pomocniczym<sup>23</sup>. W statutach litewskich sądzenie przestępstwa najazdu na dom szlachecki lub zabudowania szlacheckie należało do właściwości sądu grodzkiego podległego staroście lub wojewodzie sprawującemu funkcje starosty<sup>24</sup>. W I statucie litewskim z 1529 r. przewidziano za ten czyn karę śmierci, jeśli połączony był ze zranieniem jakiejś osoby. W II statucie litewskim z 1566 r. powtórzono te przepisy i doprecyzowano, że w razie braku zranienia wymierzano karę pieniężną w wysokości 12 rubli groszy (to jest złotych 418 groszy 22). Na sprawcy ciążył też obowiązek naprawienia szkody. W III statucie litewskim z 1588 r. dodano karę dwunastu tygodni więzienia w wieży. Dodatkowo uregulowano odpowiedzialność współsprawców (wspólników) najazdu połączonego ze zranieniem. Groziła im kara jednego roku i sześciu tygodni więzienia w wieży. Nie dotyczyło to jednak osób podporządkowanych szlachcicowi (sług)<sup>25</sup>. Podobnie jak w Koronie, mir domu szlacheckiego był wysoko ceniony. Z jednej strony sprawcę najazdu i jego współników można było bezkarnie zabić, a szkody powstałe w trakcie najazdu i kara pieniężna za ten czyn pokrywane były z majątku najazdnika<sup>26</sup>. Z drugiej instytucja miru związana była ze szczególną odpowiedzialnością właściciela domu za wszelkie szkody uczynione w tym domu gościowi. W II statucie doprecyzowano, że jeśli gospodarz „należał do uczynienia krzywdy gościowi”, powinien on naprawić wszystkie szkody i mógł poszukiwać „gwałtowników lub szkodników”. III statut stanowił, iż w przypadku zelżenia, pobicia lub zranienia gościa przez gospodarza, ten ostatni, obok sankcji za te czyny, był dodatkowo karany za naruszenie miru domowego. Wyjątkowy status domu szlacheckiego wynika wyraźnie także z faktu, że przepisy dotyczące ochrony jego miru potraktowano jako swego rodzaju wzorzec: sprawcy napadów połączonych ze zranieniem na kościół, cmentarz, szkołę, mieszkanie kapłana, popa lub kaznodziei mieli być karani jak „gwałtownicy domu szlacheckiego”<sup>27</sup>.

Obok polskiego ziemskiego prawa zwyczajowego na terenach dawnej Polski obowiązywało także prawo niemieckie. Zaczęto je wprowadzać od początku XIII wieku wraz z lokacjami miast na prawie niemieckim (lubeckim, magdeburskim

<sup>23</sup> J. Bardach, B. Leńnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 190.

<sup>24</sup> T. Czacki, *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydany*, t. II, Warszawa 1801. (Przedruk techniką fotooffsetową wykonany w Poznańskich Zakładach Graficznych im. Marcina Kasprzaka z egzemplarza udostępnionego przez Bibliotekę Narodową w Warszawie, Warszawa 1987, s. 92–98).

<sup>25</sup> *Statut Wielkiego Księstwa Litewskiego z dołączeniem treści konstytucji przyzwoitych, część II, od rozdziału siódmego do końca*, Sankt Petersburg 1811, s. 140–141, rozdział jedenasty, art. III; S.T. Czacki, *O litewskich...*, t. II, op. cit., s. 112–121.

<sup>26</sup> W II i III statucie litewskim dodano rozbudowane przepisy dotyczące udowadniania, że zabicie bądź zranienie najazdnika nastąpiło w trakcie najazdu. T. Czacki, *O litewskich...*, t. II, op. cit., s. 127. Tabela zawierająca wartości monet polskich i litewskich na przestrzeni ponad 450 lat (od 1300 do 1786 r.) zamieszczona została w: T. Czacki, *O litewskich...*, t. I, op. cit., s. 179. Zawiera ona dane odnoszące się do monet przywołanych w tekście: groszy, złotych, rubli litewskich.

<sup>27</sup> *Statut Wielkiego Księstwa Litewskiego*, Wilno 1786, s. 271, rozdział jedenasty, art. III; T. Czacki, *O litewskich...*, t. II, op. cit., s. 129–130, 135.



i jego odmianami: chełmińskim, średzkim). Dla późniejszych stuleci w literaturze historycznoprawnej używana jest już nazwa „prawo miast polskich”. Regulowało ono ochronę miru domu mieszkalnego.

Napad na dom zaliczany był w prawie miejskim do najpoważniejszych przestępstw. Potwierdzeniem może być fakt wyłączenia tego czynu spod właściwości sądownictwa ławniczego w Krakowie. Jurysdykcję w tym zakresie pozostawił sobie w XIII wieku książę<sup>28</sup>. Złamanie miru domowego przez wtargnięcie do domu, pobicie, poranienie, zabicie domowników, zniszczenie sprzętów nazywane było gwałtem domowym i zagrożone karą śmierci przez ścięcie<sup>29</sup>. Jeżeli sprawcą był sługa, obowiązek wymierzenia mu sprawiedliwości spoczywał na panu, w przeciwnym wypadku odpowiedzialność przechodziła na niego samego. W przypadku ucieczki sługi pan musiał złożyć przysięgę wraz z dwoma współprzysiężnikami, że stało się to bez jego wiedzy i woli. Ochrona miru domu mieszkalnego przysługiwała też lokatorowi wynajmującemu dom na takich samych zasadach jak właścicielowi<sup>30</sup>. Wyjątek dotyczył naruszenia miru domowego w trakcie bezpośredniego zagrożenia pożarem. Sąsiad mógł w takiej sytuacji wtargnąć do cudzego domu w celu ratowania swego mienia przed spalaniem. Odpowiedzialność cywilną uregulowano tu w sposób prymitywny. Uzależniono ją nie od istnienia zagrożenia, lecz od skutku, który rzeczywiście nastąpił. Jeśli ogień dotarł do tego domu, to sprawca nie ponosił za to żadnej odpowiedzialności. Natomiast jeżeli pożar nie dotarł, sąsiad musiał naprawić szkody, chyba że podjął działania naruszające mir domowy na rozkaz urzędowy<sup>31</sup>.

Warto przywołać badania współczesnych polskich historyków prawa oparte na archiwalnych źródłach praktyki sądowej w polskich miastach: Witolda Maisla (Poznań) i Mariana Mikołajczyka (miasta Małopolski)<sup>32</sup>. Wynika z nich, że przestępstwo napadu na dom nie zawsze karane było śmiercią. Stosowana była także kara więzienia. M. Mikołajczyk powołuje się na wyrok „za najście domu” z 1718 r., w którym orzeczono karę więzienia. Podobny przykład podaje W. Maisel<sup>33</sup>. Jeśli najścia na dom dokonali współsprawcy, karani byli jednakowo<sup>34</sup>. Na uwagę zasługuje fakt, że w postępowaniach odnoszących się do naruszenia miru domowego wykorzystywane były oględziny (wyrzucane przez okna sprzęty, wyłamane, przestrzelone, porabane szablami drzwi, okiennice, rany poszkodowanych osób). W. Maisel uznał, iż w Poznaniu sprawcami byli najczęściej przedstawiciele stanu szlacheckiego<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> J. Bardach, *Historia państwa...*, op. cit., s. 277.

<sup>29</sup> Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa...*, op. cit., s. 356; B. Groicki, *Artykuły prawa majdeburckiego*, Warszawa 1954, s. 40–41.

<sup>30</sup> B. Groicki, *Tytuły prawa majdeburckiego...*, op. cit., s. 244–245, 254–255.

<sup>31</sup> Idem, *Artykuły prawa...*, op. cit., s. 65.

<sup>32</sup> W. Maisel, *Poznańskie prawo karne do końca XVI w.*, Poznań 1963; M. Mikołajczyk, *Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI–XVIII wieku*, Katowice 1998; idem, *Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI–XVIII wieku*, Katowice 2013.

<sup>33</sup> M. Mikołajczyk, *Przestępstwo i kara...*, op. cit., s. 235; W. Maisel, *Poznańskie prawo...*, op. cit., s. 296.

<sup>34</sup> M. Mikołajczyk, *Przestępstwo i kara...*, op. cit., s. 54.

<sup>35</sup> W. Maisel, *Poznańskie prawo...*, op. cit., s. 296; M. Mikołajczyk, *Proces kryminalny...*, op. cit., s. 398.

Warto zwrócić uwagę na szczególną rolę prawa chełmińskiego na terenie Prus Królewskich (ale bez Warmii oraz Braniewa, Elbląga i Fromborka, które lokowane były na prawie lubeckim). Od 1476 r. prawo chełmińskie traktowane było jako prawo ponadstanowe i ogólnokrajowe. Najście domu zaliczane było do przestępstw przeciwko pokojowi publicznemu. Polegało na zbrojnej napaści na czyjś dom lub majątność i użycie gwałtu przeciwko właścicielowi albo przeciwko jego mieniu. Sprawca tego czynu podlegał karze śmierci<sup>36</sup>.

## 2. OKRES ZABORÓW

W wyniku trzech rozbiorów (1772, 1793, 1795) Polska utraciła niepodległość. Od tego czasu przestępstwo naruszenia miru domowego penalizowane było przez przepisy zawarte w przepisach kodyfikacji prawa karnego materialnego państw zaborczych<sup>37</sup>.

Na ziemi polskie zagarnięte przez Prusy w trzech kolejnych rozbiorach rozciągano prawo obowiązujące w Królestwie Prus w sposób stopniowy i skomplikowany. Przez pewien czas utrzymano obowiązywanie dotychczasowego polskiego prawa jako prawa prowincjonalnego<sup>38</sup>. Trwały charakter miały przepisy Powszechnego Prawa Krajowego dla Państw Pruskich (Landrecht) z 1794 r. Przestępstwo naruszenia miru domowego zostało tu nazwane „naruszeniem prawa domowego”. Umieszczono je w rozdziale dziewiątym, który nosił tytuł „O występkach prywatnych”<sup>39</sup>.

Przepisy Landrehtu stanowiły, że nikomu bez szczególnego pozwolenia nie wolno wdierać się do domu, mieszkania lub innego miejsca pobytu innej osoby wbrew jej woli. Pojęcie naruszenia prawa domowego zdefiniowano nader szeroko, gdyż obejmowało ono wszelkie czyny dokonane przez wdzierającego się, do których nie miał on tytułu. Mieszkaniec domu miał prawo zmusić napastnika do odstąpienia od jego samowolnych działań (ale po uprzednim upomnieniu). Wynikające z prawa domowego uprawnienia mieszkańca miały być realizowane tak, aby w miarę możliwości nie naruszać nietykalności i czci wdzierającego się. Jeśli natrętne

---

<sup>36</sup> D. Janicka, *Prawo karne w trzech rewizjach prawa chełmińskiego z XVI wieku*, Toruń 1992, s. 6, 90. Wspomniane w tytule niniejszej monografii trzy rewizje to projekty kodyfikacji, które nigdy oficjalnie nie weszły w życie, ale były stosowane w praktyce sądowej na terenie prowincji Prus Królewskich i w królewskim sądzie asesorskim w Koronie. Ibidem, s. 3.

<sup>37</sup> Wyjątkiem był według mnie Kodeks karzący Królestwa Polskiego z 1818 r., który z formalnego punktu widzenia został uchwalony ustawą Sejmu Królestwa Polskiego. Pod znakiem zapytania stoi kwestia, czy Królestwo Polskie posiadało wówczas autonomię, a najważniejszym organem autonomicznym był właśnie sejm. Wydaje się jednak, że kodeksu tego nie należy zaliczać do kodyfikacji zaborczych, gdyż wpływ na jego treść mieli polscy uczeni i w dużej mierze polscy politycy wyłonieni w cenzusowych wyborach do izby niższej.

<sup>38</sup> Z. Radwański, J. Wąsicki, *Wprowadzenie Pruskiego Prawa Krajowego na ziemiach polskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (dalej: CPH), Warszawa 1954, t. VI, z. 1, s. 196–208; *Historia państwa i prawa Polski, t. III, Od rozbiorów do uwłaszczenia*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, Warszawa 1981, s. 30–31.

<sup>39</sup> *Powszechne Prawo Kryminalne dla Państw Pruskich*, część druga, przekład I. Stawiarskiego, Warszawa 1813, s. 103.

lub samowolne postępowanie sprawcy nie było powiązane z zamiarem obrażania albo popełnienia zbrodni, to podlegał on karze pieniężnej lub karze więzienia. Jeśli natomiast naruszenie miru domowego połączone było z inną zbrodnią, kara miała być zaostrzana. Przedstawione zasady karalności naruszania prawa domowego zostały rozciągnięte także na place, które ogrodzone były murem, parkanem albo płotem, a nawet na otwarte pola, jeśli ich właściciel przez uprawę albo szczególne znaki graniczne zakazywał wstępu innym osobom<sup>40</sup>.

Landrecht pruski z 1794 r. obowiązywał do wejścia w życie pruskiego Kodeksu karnego z 1851 r., który stanowił podstawę dla Kodeksu karnego Związku Północno-Niemieckiego z 1870 r. Ta ostatnia kodyfikacja uznana została za Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej na podstawie Ustawy z 15 maja 1871 r. Przepisy kodeksu z 1871 r. obowiązywały w Rzeczypospolitej Polskiej po odzyskaniu niepodległości w 1918 r.<sup>41</sup>

Na ziemiach polskich pod zaborem austriackim nie wprowadzono przepisów fundamentalnej kodyfikacji dla monarchii habsburskiej, jaką była Theresiana z 1768 r. Uznano, że była ona „głęboko odmienna od prawa polskiego”. Kolejny wielki i ważny kodeks to Józefina z 1787 r. Za niespotykany raczej eksperyment można uznać ustawę karną zachodniogalicyską z 1796 r., którą wprowadzono tylko na terenach odebranych Polsce w trzecim rozbiórce (trzeci zabór austriacki nazywany był Galicją zachodnią). Przepisy tej kodyfikacji powielono w olbrzymim zakresie (dotyczyło to także interesującej nas problematyki naruszenia miru domowego) w ogólnoaustriackim kodeksie karnym z 1803 r., zwanym Franciszkaną. Po kilkunastu latach zmienności stanu prawnego w monarchii habsburskiej na przełomie XVIII i XIX wieku ta ostatnia kodyfikacja wprowadziła stabilizację w zakresie prawa karnego materialnego na prawie pół wieku<sup>42</sup>.

Przepisy Franciszki regulowały naruszenie miru domowego w sposób dość lakoniczny. Czyn ten zaliczony został do zbrodni i znalazł się w rozdziale dziewiątym pod tytułem: „O gwałtach publicznych”<sup>43</sup>. Zdecydowano się na penalizację wtargnięcia na grunt przez grupę napastników. Napad na dom lub mieszkanie zostały wymienione w dalszej kolejności, ale w tym wypadku dopuszczono założenie, że sprawcą mogła być tylko jedna osoba. Poza tym cechą napadu na dom lub mieszkanie miał być jego zbrojny charakter, związany z użyciem gwałtu na właścicielu lub domownikach albo mieniu. Charakterystyczny jest fakt, że wyliczono tu przyczyny, które mogły skłonić napastnika do dokonania tego czynu (zemsta za domniemaną krzywdę, nienawiść, dochodzenie do realizacji domniemanego prawa,

<sup>40</sup> Ibidem, s. 105–107, § 525–537.

<sup>41</sup> T. Maciejewski, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 262.

<sup>42</sup> § 58 ustawy karnej zachodniogalicyskiej (zawarty w rozdziale VI „O gwałtach publicznych”), *Zbiór ustaw dla Galicji Zachodniej*, Wiedeń 1796, drukiem Józefa Hraszańskiego, C.K. Niemieckiego i Polskiego nadwornego Topografa i Bibliopoli, s. 32. S. Salmonowicz, *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966, s. 47–167; S. Grodziski, S. Salmonowicz, *Ustawa karna zachodniogalicyska z r. 1796. Zarys dziejów i charakterystyka*, CPH, Warszawa 1965, t. XVII, z. 2, s. 134–144; *Historia państwa...*, t. III, op. cit., s. 775–782.

<sup>43</sup> *Księga ustaw na zbrodnie i ciężkie policyjne przestępstwa*, Wiedeń 1817, rozdz. IX, s. 44–48.

próba wymuszenia jakiejś obietnicy lub uzyskania jakiegoś dowodu). Sankcja za to przestępstwo to kara ciężkiego więzienia w wymiarze od jednego roku do pięciu lat. Łagodniej karani mieli być pomocnicy (więzienie od sześciu miesięcy do jednego roku)<sup>44</sup>.

Przepisy Franciszki obowiązywały w monarchii habsburskiej, a tym samym na ziemiach polskich pod zaborem austriackim do 1852 r. Kolejna kodyfikacja w obrębie prawa karnego materialnego to austriacka ustawa z 27 maja 1852 r. Uregulowania zawarte w tym akcie prawnym miały moc obowiązującą na ziemiach polskich także po odzyskaniu niepodległości przez Polskę w 1918 r.<sup>45</sup>

W Księstwie Warszawskim (1807–1815) w zakresie ochrony miru domowego zachowały moc obowiązującą przytoczone tu przepisy Landrechtu pruskiego z 1794 r. Na przyłączonych do Księstwa w 1809 r. terenach południowo-wschodnich obowiązywały omówione już wcześniej uregulowania zawarte we Franciszkanie z 1803 r.<sup>46</sup>

W trakcie obrad kongresu wiedeńskiego (1814–1815) dokonano kolejnego podziału ziem polskich, który miał też wpływ na obowiązywanie prawa karnego materialnego. Księstwo Warszawskie przestało istnieć. Z części jego terytorium utworzono Wielkie Księstwo Poznańskie, podporządkowane królowi Prus (moc obowiązującą miały omówione tu przepisy dla zaboru pruskiego). Pozostałe tereny Księstwa Warszawskiego znalazły się w granicach Wolnego Miasta Krakowa oraz Królestwa Polskiego<sup>47</sup>.

„Wolne, niepodległe i ściśle neutralne Miasto Kraków z okręgiem” w literaturze historycznoprawnej zwane najczęściej Rzeczpospolitą Krakowską istniało w latach 1815–1846 i znajdowało się pod nadzorem trzech mocarstw zaborczych. Obejmowało ono bardzo niewielkie terytorium, 1150 kilometrów kwadratowych, na którym leżały: Kraków, trzy miasteczka (Trzebinia, Chrzanów, Nowa Góra) i 224 wsie. W zakresie interesującego nas przestępstwa naruszenia miru domowego obowiązywały omówione przepisy Franciszki z 1803 r.<sup>48</sup>

Po powstaniu Królestwa Polskiego rozpoczęto w 1816 r. prace nad kodyfikacją prawa karnego materialnego. W ich trakcie sięgano do rozwiązań sprawdzonych już w praktyce sądowej monarchii habsburskiej, poczynając od ustawy karnej zachodniogaliczyjskiej z 1796 r., na Franciszkanie z 1803 r. kończąc. Konstrukcja przestępstwa naruszenia miru domowego stanowiła jednak jeden z punktów spornych w czasie dyskusji nad projektem w Radzie Stanu Królestwa Polskiego. Krytykowano połączenie w jednym artykule i zrównanie dwóch stanów faktycznych: naruszenie spokojnego posiadania cudzego gruntu przez kilka osób oraz zbrojne

---

<sup>44</sup> Ibidem, s. 45, § 72–73.

<sup>45</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Warszawa 2009, s. 226–227.

<sup>46</sup> Ibidem, s. 49.

<sup>47</sup> W. Witkowski, *Prawo karne na ziemiach polskich w dobie zaborów i w pierwszych latach II RP (1795–1932)*, w: *System prawa karnego, t. 2, Źródła prawa karnego*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2011, rozdział I, § 2, s. 114–115; J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 360.

<sup>48</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 182; W. Witkowski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 116.

najście cudzego domu przez pojedynczego sprawcę i użycie gwałtu wobec domowników lub mienia. W rezultacie zdecydowano się na rozdzielenie tych dwóch przestępstw<sup>49</sup>.

Kodeks karzący Królestwa Polskiego został uchwalony jako ustawa Sejmu w 1818 r. Przestępstwo najścia na dom zaliczone zostało do zbrodni i znalazło się w dziale X „O zbrodniach gwałtu publicznego”. Karalności podlegał sprawca, który sam lub w towarzystwie innych osób dokonywał zbrojnego najścia na dom lub mieszkanie, używając przy tym gwałtu wobec posiadacza, domowników lub mienia. Sankcją była kara ciężkiego więzienia od trzech do sześciu lat. Wspólnicy tego czynu odpowiadali jako sprawcy występku, a nie zbrodni. Jak już wspomniano, nastąpiło więc odejście od modelu znanego z Franciszki z 1803 r., gdyż rozdzielono zbrodnię najścia na dom od występku naruszenia spokojnego posiadania gruntu. Można jednak też wskazać na istotne podobieństwa. W kodeksie karzącym Królestwa Polskiego także wymieniono przyczyny, które mogły skłonić napastnika do dokonania tego czynu (pomszczenie swej krzywdy, zaspokojenie swej złości, zawziętości lub nienawiści, dochodzenie do realizacji prawa, do którego rościł sobie pretensje)<sup>50</sup>.

Kolejna kodyfikacja zaborcza na terenie Królestwa Polskiego to kodeks kar głównych i poprawczych z 1847 r. Pierwowzorem dla niego był rosyjski kodeks o tej samej nazwie z 1845 r. Kodeks kar głównych i poprawczych stał na wyraźnie niższym poziomie kodyfikacyjnym w stosunku do polskiej ustawy z 1818 r. zarówno ze względu na wsteczną treść, jak i rodzaje oraz surowość kar, a także na technikę legislacyjną<sup>51</sup>.

Naruszenie miru domowego w kodeksie z 1845 r. nazwano włamaniem lub wdarcie się do cudzego mieszkania. Zamieszczono je w dziale X „O przestępstwach przeciw życiu, zdrowiu, wolności i honorowi osób prywatnych”. Wśród części tego działu wyodrębniono rozdział VIII „O gwałtownym napadnięciu”. Za sprawcę uważano napastnika, który wdarł się lub włamał do cudzego mieszkania, nie mając do tego prawnych przyczyn bądź powodów. Działanie to nie mogło być jednak połączone z usiłowaniem zabójstwa, rozboju, rabunku lub kradzieży. Natomiast cechą tego czynu był jego gwałtowny charakter, a przyczyną miał być zamiar obrażenia lub wzbudzenia trwogi. Ściganie następowało w wypadku wniesienia oskarżenia przez gospodarza, zarządcę domu lub osoby, do której napastnik wtargnął. Sankcją to areszt od trzech tygodni do trzech miesięcy. Warto zwrócić uwagę na wyjątek związany z nadużyciem alkoholu. Jeśli sprawca znajdował się „w stanie opilstwa” (a nie miał zamiaru wzbudzenia trwogi lub obrażenia), to podlegał karze aresztu tylko od siedmiu dni do trzech tygodni<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> J. Śliwowski, *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 38–40, 115–116; W. Witkowski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 109–110.

<sup>50</sup> *Prawo Kodeksu karzącego dla Królestwa Polskiego z 14 kwietnia 1818 r.*, *Dziennik Praw Królestwa Polskiego*, t. V, s. 52–53, art. 95–96.

<sup>51</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 139.

<sup>52</sup> *Kodex kar głównych i poprawczych*, Warszawa w Drukarni Kommissyi Rządowej Sprawiedliwości 1847, s. 751, art. 1034.

Napastnik miał także obowiązek naprawienia wszelkich szkód w mieniu i wynagrodzenia strat materialnych. Bardziej szczegółowo uregulowano przypadki osobistej obrazy gospodarza domu lub innych domowników. Sprawca miał wówczas obowiązek przeproszenia obrażonego, a poza tym groziło mu „zamknięcie w domu poprawy z utratą niektórych..., szczególnych praw i przywilejów, albo też, bez utraty tych szczególnych praw i przywilejów, teże karze od sześciu miesięcy do roku jednego”. Osobista obraza mogła być ścigana z urzędu<sup>53</sup>.

W 1876 r. wprowadzono w Królestwie Polskim rosyjski kodeks karny z 1866 r. Był on w zasadzie nową redakcją kodeksu z 1845 r. Zmiany te nie stanowiły żadnej istotnej reformy w prawie karnym<sup>54</sup>. Wpłynęły one natomiast na interesujące nas naruszenie miru domowego. Czyn ten stracił szczególny status odrębnego przestępstwa (w poprzedniej kodyfikacji były to, jak wyżej wskazano, art. 1034 i 1035). W kodeksie z 1866 r. przewidziano już tylko odpowiedzialność na zasadach ogólnych<sup>55</sup>.

Ten stan prawny przetrwał do momentu ewakuacji władz rosyjskich z terenu Królestwa Polskiego w 1915 r., czyli do końca epoki zaborów. Trzeba jednak jeszcze sięgnąć do kodeksu z 1903 r., zwanym powszechnie kodeksem Tagancewa. W 1904 r. wprowadzono w życie tylko niektóre jego fragmenty (przepisy dotyczące bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa i w związku z nimi przepisy części ogólnej). Jednak na skutek decyzji podjętych przez władze okupacyjne państw centralnych i tworzące się polskie organy władzy w okresie I wojny światowej, obowiązywał on w niepodległym państwie polskim (po dostosowaniu go do nowej polskiej rzeczywistości). Zastąpił go dopiero polski Kodeks karny z 1932 r.<sup>56</sup>

### 3. II RZECZPOSPOLITA

Wszystkie ustawy karne państw zaborczych obowiązujące w Polsce po odzyskaniu niepodległości (do czasu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1932 r. znały stan faktyczny polegający na naruszeniu miru domowego.

W rosyjskim kodeksie karnym z 1903 r. interesujące nas przestępstwo uregulowano (w dość kazuistyczny sposób) w art. 511 i 512 (zamieszczonym w części dwudziestej szóstej „Przestępstwa przeciwko wolności osobistej”). W art. 511 kryminalizowano nieopuszczenie cudzego mieszkania lub innego zamieszkałego pomieszczenia albo znajdowanie się w takim mieszkaniu lub pomieszczeniu nocą

<sup>53</sup> Ibidem, s. 753, art. 1035; F. Maciejowski, *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem kodeksu kar głównych i poprawczych z dniem 20 grudnia/ 1 stycznia 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego tudzież ustawy przechodniej i instrukcji dla sądów*, Warszawa 1848, s. 442.

<sup>54</sup> K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. IV od uwłaszczenia do odrodzenia państwa, Warszawa 1982, s. 239–244; W. Witkowski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 112–113; A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 140–141.

<sup>55</sup> S. Budziński, *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem praw obowiązujących w Królestwie Polskim i Galicji austriackiej*, Warszawa 1883, s. 53.

<sup>56</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju...*, op. cit., s. 141–142, 235–236; W. Witkowski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 113–114.

bez upoważnienia osoby uprawnionej<sup>57</sup>, zaś art. 512 (w części pierwszej) przewidywał odpowiedzialność za umyślne wtargnięcie za pomocą „gwałtu na osobie, groźby karalnej, uszkodzenia lub usunięcia przeszkód tamujących dostęp do cudzego budynku lub innego pomieszczenia albo miejsca ogrodzonego<sup>58</sup>”. Oprócz tego przewidziane były typy kwalifikowane (w przypadku wtargnięcia w nocy – art. 512 cz. 2<sup>59</sup>) lub też wtargnięcia w nocy przez dwie lub więcej osób, które nie stanowiły jednak zbiegowiska przestępnego, lub też przez jedną osobę, ale uzbrojoną (art. 512 cz. 3). Usiłowanie przestępstw określonych w art. 512 było karalne (art. 512 cz. 4)<sup>60</sup>.

Niemiecki kodeks karny z 1871 r. w § 123 (zawartym w rozdziale siódmym „Zbrodnie i występki przeciwko porządkowi publicznemu”) łączył w sobie obie formy działania przestępnego (wdzieranie się i nieopuszczenie cudzego pomieszczenia). Stosownie do części pierwszej § 123 kryminalizowane było bezprawne wdzieranie się do cudzego mieszkania, lokalu przedsiębiorstwa lub zagrodzonej posiadłości albo do zamkniętych pomieszczeń ku służbie publicznej lub ruchowi publicznemu przeznaczonych, a także ich nieopuszczenie przez osobę niemającą upoważnienia do przebywania w owych miejscach, na żądanie uprawnionego (pod groźbą kary grzywny do 300 marek lub więzienia do 3 miesięcy). Jak pisał W. Makowski, kodeks karny niemiecki „w stosunku do obojga liczy się z mogącem tkwić w takim działaniu niebezpieczeństwem spełnienia innych przestępstw i pod tym kątem widzenia uważa za kwalifikowane wypadki, kiedy naruszenie miru domowego dopuszcza się sprawca zbrojny, albo kilka osób wspólnie działających (§ 123 ust. 2)<sup>61</sup>”. Ściganie przestępstw stypizowanych w § 123 następowało na wniosek, który wolno było cofnąć (§ 123 cz. 4).

Z kolei ustawa karna austriacka z 1852 r. ujmowała naruszenie miru domowego jako przypadek gwałtu publicznego (w rozdziale IX „O gwałcie publicznym”). Paragraf 83 regulował łącznie naruszenie miru domowego (*Hausfriedensbruch*) i naruszenie miru ziemskiego (*Landfriedensbruch*)<sup>62</sup>. Jak pisał E. Krzymuski, „Przestępstwa narusze-

<sup>57</sup> Art. 511. Winny: 1. umyślnego nieopuszczenia cudzego budynku zamieszkanego lub innego takiegoż pomieszczenia, wbrew żądaniu gospodarza lub zastępującej go osoby, jeżeli winy wszedł do takiego budynku lub pomieszczenia potajemnie lub samowolnie; 2. Umyślnego znajdowania się w nocy w cudzym zamieszkanym budynku lub innym takimże pomieszczeniu, bez wiedzy gospodarza lub zastępującej go osoby, jeżeli winny wszedł do tego budynku lub pomieszczenia potajemnie lub samowolnie; ulegnie karze: aresztu na czas do trzech miesięcy lub grzywny do dwunastu tysięcy marek polskich.

<sup>58</sup> Przestępstwo to zagrożone było karą aresztu lub grzywny do 20 tysięcy marek polskich.

<sup>59</sup> Art. 512 cz. 2: „Jeżeli wtargnięcia dokonano w nocy, winy ulegnie karze więzienia na czas do sześciu miesięcy”.

<sup>60</sup> Bliżej na temat przestępstw z art. 512 kodeksu Tagancewa por. W. Makowski, *Kodeks karny obowiązujący czasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. III, Warszawa 1922, s. 178–181.

<sup>61</sup> W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 317–318; § 123 cz. 2 miał następujące brzmienie: „Jeżeli czyn popełniony jużto przez osobę, broń przy sobie mającą, jużto przez kilka osób pospołu, pociągnie za sobą grzywnę do marek tysiąca albo więzienia do roku”.

<sup>62</sup> Por. bliżej E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego (ze stanowiska nauki i prawa austriackiego)*, t. 2, Kraków 1902, s. 331–335. Przepis § 83 miał następujące brzmienie: „Jeżeli kto z pominięciem

nie miru ziemskiego dopuszczał się ten, kto w towarzystwie kilku, a więc co najmniej dwóch jeszcze przybranych ludzi (*mit gesammelten mehreren Leuten*) samowolnie, bo z pominięciem zwierzchności, przez gwałtowne najście na cudzy grunt, krępuje jakąś osobę w spokojnym posiadaniu bądź tego gruntu, bądź praw do niego przywiązanych<sup>63</sup>. Natomiast naruszanie miru domowego miało miejsce wtedy, gdy „ktoś z jakichkolwiek pobudek bądź w towarzystwie kilku przybranych osób, bądź też sam ale w tem ostatnim przypadku uzbrojony, wdzierając się do domu lub mieszkania pewnej osoby i tamże dopuszcza się gwałtu przeciwko niej samej, bądź przeciwko jej domownikom lub rzeczom do niej należącym”<sup>64</sup>. Stosownie do § 84, sprawca przestępstwa z § 83 podlegał karze ciężkiego więzienia od jednego roku do lat pięciu, natomiast „tych, którzy dali się użyć za pomocników, należy karać więzieniem od sześciu miesięcy do jednego roku”.

W kodeksie karnym z 1932 r. naruszenie miru domowego znalazło się w rozdziale XXXVI („Przestępstwa przeciwko wolności”). W rozdziale tym, poza przestępstwem naruszenia miru domowego (art. 252), znalazły się jeszcze cztery inne typy czynów zabronionych: bezprawne pozbawienie wolności (art. 248), handel niewolnikami (art. 249), groźba karalna (art. 250) oraz wymuszenie (art. 251). Generalnie, za przedmiot ochrony prawnej w całej wymienionej grupie przestępstw uznano wolność osobistą jednostki, z jakiej korzysta ona w granicach panującego w społeczeństwie ładu prawnego. Stwierdzono, iż wolność ta może być rozumiana dwojako: a) jako wolność fizyczna, wolność poruszania się, przenoszenie się z miejsca na miejsce; b) jako wolność moralna, wolność rozporządzania swoimi dobrami, korzystania lub niekorzystania z praw, przedsięwzięcia takich czy innych czynności<sup>65</sup>. Jednak w obu przypadkach wolność osobista może być przedmiotem przestępstwa tylko wtedy, gdy zachowanie przestępne jest skierowane przeciwko niej. Wola człowieka zatem (jako objaw wolności) tylko wtedy korzysta z ochrony, gdy zgodna jest z porządkiem prawnym i dotyczy tylko tych dóbr człowieka, którymi może on swobodnie dysponować<sup>66</sup>. W wypadku zaś, gdy dochodziło do związku między naruszeniem takiej decyzji a innymi dobrami osobistymi lub majątkowymi uznawano, że za podstawę kwalifikacji winno się przyjmować to inne dobro szczególne. I tak np. naruszenie wolności dysponowania majątkiem uznawano za zamach na mienie, naruszenie swobody dysponowania życiem płciowym – za zamach na wolność płciową<sup>67</sup>. Rozdział XXXVI k.k. z 1932 r. jednoznacznie zatem obejmował jedynie tę grupę zamachów na dobra osoby, w przypadku których wolność fizyczna lub moralna stanowią dobro dominujące i nie mogą być uważane za uzupełnienie (czy części składowe) innego naruszonego dobra prywatnego lub publicznego. Konsekwent-

---

władzy, za przybraniem kilku ludzi, w gwałtownym napadzie narusza spokojne posiadanie gruntu i ziemi lub odnoszących się do nich praw drugiego, albo jeżeli kto nawet bez pomocników wpada uzbrojony do domu lub mieszkania drugiego, i tam na jego osobie lub na jego domownikach, na mieniu i rzeczach, dopuszcza się gwałtu, czy to dla pomśzczenia swej rzekomej krzywdy, czy to dla dochodzenia swego roszczenia prawnego, wymuszenia przyrzeczenia lub środka dowodowego, albo dla dogodzenia jakiejś nienawiści”.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 332.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 334.

<sup>65</sup> Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, Sekcja Prawa Karnego, t. 5, z. 4, s. 193.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.



nie zatem pozostawiono poza rozdziałem XXXVI takie przestępstwa jak zgwałcenie (art. 204), czyn nierządny z osobą niepoczytalną czy osobą poniżej 15 lat (art. 203), czyn nierządny z nadużyciem zależności (art. 205). Wszystkie te przestępstwa znalazły się w rozdziale XXXII zatytułowanym „Nierząd”. Stosownie do art. 252, kto wdzierał się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, przedsiębiorstwa, posiadłości ogrodzonej w związku z mieszkaniem lub ogrodzonej i służącej za miejsce pobytu, albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszczał, podlegał karze aresztu do lat dwóch lub grzywny (a ściganie odbywało się z oskarżenia prywatnego)<sup>68</sup>. Jak czytamy w motywach ustawodawczych do k.k. z 1932 r.:

Najście domu według projektu, jest przestępstwem przeciwko prawom osobistym, jest naruszeniem wolności jednostki, w szerokim znaczeniu tego słowa, a mianowicie złamaniem prawa wyłącznego swobodnego korzystania z domu. Przyczem przez dom należy rozumieć nie tylko mieszkanie obywatela w potocznym rozumieniu tego słowa, ale także teren, na którym obywatel pracuje lub którym, w związku ze swym mieszkaniem albo pracą, w sposób wyłączny ma prawo rozporządzać. (...) Jako sposób działania określono w art. 252 działanie przestępne w dwojakiej postaci: jako wdarcie się albo jako odmowa opuszczenia miejsc, w art. 252 wymienionych. Projekt nie zatrzymał z obowiązującego ustawodawstwa i nie przejął z innych ustaw i projektów innych form działania albo okoliczności kwalifikujących, jak to: wejście nocą, posiadanie broni, dokonanie działania w kilka osób zbiorowo, użycie groźby itp. Te wszystkie okoliczności łączyły się częściowo z dawnym traktowaniem najścia domu jako formy gwałtu publicznego. W poszczególnych wypadkach np. w wypadku użycia przemocy w stosunku do osoby albo w wypadku uszkodzenia przedmiotów, zagrażających dostęp itp. może być mowa o zbiegu przestępstw. Jeżeli wtargnięcie do cudzego pomieszczenia będzie częścią składową innego zamierzenia przestępnego np. kradzieży albo rozbójnictwa itp., to główny czyn pochłonie samodzielna odpowiedzialność za najście domu<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Jak zauważył J. Makarewicz, „Przestępstwo z art. 252 jest przeżytkiem dawnego naruszenia miru domowego (o charakterze sakralnym: naruszenie spokoju stojącego pod opieką bogów): dzięki temu pochodzeniu ustawy dawniejsze widziały w tem przestępstwie albo wypadek tzw. gwałtu publicznego, albo przestępstwo przeciw porządkowi publicznemu, podczas gdy w gruncie rzeczy jest ono przestępstwem przeciw interesom jednostki, a mianowicie przeciw swobodzie jednostki dysponowania swoim mieszkaniem (według maksymy angielskiej: *my home is my castle*). Kodeks polski przesuwał punkt ciężkości w dziedzinie wolności jednostki, nadaje przestępstwu swoisty charakter. Nie sposób dostania się do cudzego mieszkania będzie rozstrzygającym, a jedynie fakt, czy dostanie się do cudzego mieszkania mieści w sobie naruszenie owej swobody dyspozycji mieszkaniem, która w tych warunkach jest dobrem będącym przedmiotem naruszenia”. Zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 350. Por. też wyrok SN z 15.04.1935 r., III K 196/35, OSN/K 1935, z. 12, poz. 500, („Dla przestępnego działania z art. 252 k.k. jest rozstrzygającym nie sposób dostania się do cudzego mieszkania, lecz fakt, czy mieści ono w sobie naruszenie swobody dyspozycji mieszkaniem, zacem wystarczą wszelkie sposoby przedostania się bez zgody, chociażby domniemanej, osoby uprawnionej, a więc gwałtem, podstępem, pod fałszywym pozorem, odemknięciem drzwi dobranym kluczem itp.”).

<sup>69</sup> Mot. t. V, z. 4, s. 202. Bliżej na temat przestępstwa z art. 252 k.k. z 1932 r. por. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936, s. 513–515; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 562–564.

#### 4. POLSKA LUDOWA

Dość syntetycznie ujmował naruszenie miru domowego projekt Kodeksu z 1956 r. w art. 143 (umieszczonym w rozdziale XVI „Przestępstwa przeciwko obywatelowi i jego prawom”, a ściślej w jego tytule drugim – „Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka”<sup>70</sup>). Cytowany przepis stanowił: „Kto wdziera się do cudzego mieszkania, pomieszczenia lub miejsca ogrodzonego, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub karze pracy poprawczej albo grzywnie do 5000 zł”. Bardzo kazuistycznie określał natomiast przestępstwo naruszenia miru domowego projekt z 1963 r. (umiejscawiając je w rozdziale XXIV – „Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka”<sup>71</sup>), w którym dokonano rozdzielenia wdzierania się (stypizowanego w art. 261 § 1<sup>72</sup>) od nieopuszczenia (określonego w art. 261 § 4<sup>73</sup>, stanowiącego typ uprzywilejowany<sup>74</sup>), a ponadto stworzono typ kwalifikowany w stosunku do czynnego naruszenia miru domowego, w wypadku gdy sprawca działał nocą, wspólnie z inną osobą albo będąc zaopatrzonego w broń lub inne niebezpieczne narzędzie (art. 261 § 2). Ściganie typów

---

<sup>70</sup> Cały rozdział XVI składał się z ośmiu części i liczył w sumie 59 artykułów. W części drugiej tego rozdziału („Przestępstwa przeciwko wolności i godności”) znalazły się następujące przestępstwa: pozbawienie wolności (art. 140), groźba (art. 141), zmuszanie (art. 142), naruszenie miru domowego (art. 143), zgwałcenie oraz czyn nierządny z osobą niepoczytalną (art. 144), czyn nierządny z nadużyciem zależności (art. 145), stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo (art. 146), rozpowszechnianie pornografii (art. 147), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 148), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 149), oszczerstwo (art. 150), zniewaga (art. 151). Widać więc w projekcie z 1956 r. wyraźne odejście od jednolitej koncepcji ochrony wolności przedstawionej w Kodeksie karnym z 1932 r. i przemieszczenie w tym podrozdziale trzech płaszczyzn: wolności, czci oraz obyczajności.

<sup>71</sup> W rozdziale tym (XXIV) zawarto następujące przestępstwa: pozbawienie wolności (art. 258), groźba (art. 259 – znacznie rozbudowana w stosunku do art. 250 k.k. z 1932 r.), zmuszanie (art. 260), naruszenie miru domowego (art. 261 – powiększony do pięciu paragrafów), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 262 – także rozbudowany do pięciu paragrafów), utrwalenie na taśmie lub płycie wypowiedzi innej osoby bez jej zgody (art. 263), rozpowszechnianie podobizny innej osoby bez jej zgody (art. 264), ujawnienie tajemnicy osobistej (art. 265), dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody osoby uprawnionej (art. 266), przywłaszczenie cudzego autorstwa (art. 267), nadużycie stanowisk na szkodę innej osoby z powodu krytyki podjętej przez nią (art. 268), zniesławienie (rozbudowane do ośmiu paragrafów w dwóch artykułach – art. 269 i 270), obraza (art. 271), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 272), stosunek płciowy z osobą, która nie ukończyła 15 lat, lub z osobą niepoczytalną (art. 273), zgwałcenie (art. 274), nadużycie stosunku zależności (art. 275), stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo (art. 276), wywiezienie z kraju innej osoby w celu przeznaczenia jej do uprawiania prostytucji (art. 277), typ kwalifikowany w stosunku do przestępstw określonych w art. 276 i 277 (art. 278), czyn nierządny w miejscu publicznym (art. 279), rozpowszechnianie pornografii (art. 280). W projekcie tym raz przed wszystkim nadmierna kazuistyka, a jeśli chodzi o grupę przestępstw przeciwko wolności, to projekt z 1963 r. również zdecydowanie odchodzi od koncepcji k.k. z 1932 r., ujmując pojęcie wolności zbyt szeroko i niejednoznacznie.

<sup>72</sup> Kto wdziera się do cudzego budynku, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej przestrzeni, związanej z ich użytkowaniem lub stanowiącej miejsce pobytu, bądź do cudzego środka komunikacji, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch lub grzywny.

<sup>73</sup> Kto wbrew żądaniu osoby uprawnionej nie opuszcza miejsca określonego w § 1, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub grzywny.

<sup>74</sup> Krytycznie do koncepcji uczynienia z nieopuszczenia miejsca typu uprzywilejowanego (art. 261 § 4) odniosła się K. Daszkiewicz-Paluszyńska: *Uwagi o przestępstwach przeciwko wolności i godności człowieka w projekcie k.k., „Nowe Prawo” 1963, nr 6, s. 669.*

podstawowych (§ 1 i 3) następowało z oskarżenia prywatnego, zaś typu kwalifikowanego (z § 2) – na wniosek pokrzywdzonego. W projekcie z 1966 r. przestępstwo naruszenia miru domowego zostało ujęte w art. 164 umiejscowionym w rozdziale XXII („Przestępstwa przeciwko wolności i godności”<sup>75</sup>) w następującym brzmieniu: „Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, ogrodzonej posiadłości związanej z ich użytkowaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, pracy poprawczej albo grzywny”. Ściganie następowało z oskarżenia prywatnego (art. 164 § 2). Kolejny projekt (z 1968 r.) przewidywał w art. 177 (umieszczonym w rozdziale XXIII „Przestępstwa przeciwko wolności”<sup>76</sup>) odpowiedzialność osoby, która wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej nieruchomości związanej z ich użytkowaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza. Za taki czyn sprawca miał podlegać karze pozbawienia wolności do lat dwóch, ograniczenia wolności albo grzywny (zaś ściganie następowało z oskarżenia prywatnego). Jak widać zatem, w stosunku do projektu z 1966 r. zmiany w ujęciu przestępstwa były nieznaczące: zamiast określenia „ogrodzonej posiadłości” użyto sformułowania „ogrodzonej nieruchomości” (zaś w sankcji zamiast kary pracy poprawczej pojawiła się kara ograniczenia wolności)<sup>77</sup>. Przepis ten (z niewielkimi modyfikacjami) stał się przepisem art. 171 k.k. z 1969 r. (zawartym w rozdziale XXII „Przestępstwa przeciwko wolności”<sup>78</sup>). Zmiana polegała jedynie na tym, że zamiast określenia „ogrodzonej nieruchomości” użyto sformułowania „ogrodzonej działki gruntu”, zaś wszystkie pozostałe znamiona (jak również sankcja i tryb ścigania) pozostały bez zmian<sup>79</sup>. W doktrynie podkreślano, że art. 171 k.k. realizuje w szerokim zakresie nienaruszalność mieszkania, gwarantowaną

<sup>75</sup> W rozdziale tym znalazły się następujące przestępstwa: pozbawienie wolności (art. 161), groźba (art. 162), zmuszanie (art. 163), naruszenie miru domowego (art. 164), zgwałcenie (art. 165), obcowanie płciowe z osobą niepoczytalną (art. 166), nadużycie stosunku zależności (art. 167), prostytucja homoseksualna (art. 168), stręczycielstwo, sutenerstwo i kuplerstwo (art. 169), rozpowszechnianie pornografii (art. 170), zniesławienie (art. 171), zniewaga (art. 173), naruszenie nietykalności cielesnej (art. 174).

<sup>76</sup> Rozdział ten zawierał następujące przestępstwa: pozbawienie wolności (art. 171), groźba (art. 172), zmuszanie (art. 173), zgwałcenie (art. 174), obcowanie płciowe z osobą niepoczytalną (art. 175), nadużycie stosunku zależności (art. 176), naruszenie miru domowego (art. 177), naruszenie tajemnicy korespondencji. Zrezygnowano z umieszczenia w części szczególnej przepisu o oddaniu człowieka we władztwo innego państwa (art. 248 § 2 k.k. z 1932 r.) oraz o oddaniu w stan niewolnictwa i handlu niewolnikami (art. 249 k.k. z 1932 r.), czyli tzw. przestępstw konwencyjnych, które zostały umieszczone w przepisach wprowadzających Kodeks karny. W zasadzie wszystkie powyższe rozwiązania zostały przeniesione do k.k. z 1969 r., przy czym została zmieniona numeracja; rozdział XXII „Przestępstwa przeciwko wolności” zawierał art. 165–172.

<sup>77</sup> Bardzo istotne zmiany nastąpiły zaś w konstrukcji (i intytulacji) rozdziału; zamiast „Przestępstw przeciwko wolności i godności” (projekt z 1966) pojawiły się „Przestępstwa przeciwko wolności” (projekt z 1968), co było rozwiązaniem zdecydowanie lepszym (choć zakres przestępstw umieszczonych tym rozdziale budził wątpliwości).

<sup>78</sup> W rozdziale tym zawarte zostały takie same typy przestępstw jak w rozdziale XXIII projektu z 1968 r. Zmieniona została jedynie numeracja.

<sup>79</sup> Ostatecznie brzmienie tego przepisu było następujące: § 1. Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej działki gruntu związanej z ich użytkowaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca

w art. 87 ust. 2<sup>80</sup> Konstytucji PRL z 1952 r., oraz że sformułowanie przepisu „wskazuje, że nazywany tradycyjnie „mir domowy” należy rozumieć szeroko; a więc pod pojęcie „domu” podpadają nie tylko pomieszczenia mieszkalne, lecz również niemieszkalne, przeznaczone do różnego użytkowania, a także działki gruntu, np. ogródki działkowe<sup>81</sup>. Wskazywano również, że przez wdarcie należy rozumieć bezprawne przedostanie się do miejsc wymienionych w art. 171 k.k., wbrew jawnej lub dorozumianej woli osoby uprawnionej do dysponowania nimi, przy czym nie było rzeczą konieczną, aby sprawca użył przemocy fizycznej lub groźby w stosunku do osoby (a zatem mogło wejść w grę przedostanie się np. do cudzego domu podstępem, potajemnie, przez otwarte okno itd.)<sup>82</sup>. W wypadku nieopuszczenia cudzego domu lub innego pomieszczenia wbrew żądaniu osoby uprawnionej sprawca podlegał karze, choćby dostał się do tych pomieszczeń w sposób legalny. Przepięstwo naruszenia miru domowego uznawano za dokonane z chwilą wdarcia się lub nieopuszczenia określonego miejsca, mimo skierowanego do sprawcy żądania; w tej drugiej postaci trwało ono aż do opuszczenia tego miejsca przez sprawcę<sup>83</sup>. W literaturze wskazywano, że osobą uprawnioną do żądania opuszczenia miejsc wskazanych w analizowanym przepisie jest nie tylko właściciel (dzierżawca, najemca), ale też osoba (np. członek rodziny, pomoc domowa, pracownik, dozorca itp.), która w danej chwili zastępuje właściciela (dzierżawcę, najemcę)<sup>84</sup>. Przepięstwo z art. 171 k.k. miało charakter występku powszechnego, umyślnego, a w grę wchodził jedynie zamiar bezpośredni<sup>85</sup>.

Należy podkreślić, że projekt zmian przepisów Kodeksu karnego (opracowany przez Komisję do opracowania zmian prawa karnego) z sierpnia 1981 r. przewidywał dodanie na końcu art. 171 § 2 sformułowania: „a gdy czyn dotyczy lokalu instytucji państwowej lub społecznej – z urzędu”<sup>86</sup>. Ta koncepcja wskazuje jednoznacznie, że – zdaniem Komisji – nie budziło wątpliwości, iż naruszenia miru domowego nie można zawężyć jedynie do lokali prywatnych. Natomiast tzw. projekt społeczny przewidywał

---

takiego nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. § 2. Ściganie odbywa się z oskarżenia prywatnego.

<sup>80</sup> Art.87 ust. 2: Ustawa ochrania nienaruszalność mieszkań i tajemnicę korespondencji. Przeprowadzenie rewizji domowej dopuszczalne jest jedynie w przypadkach określonych ustawą.

<sup>81</sup> M. Siewierski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 437. Por. więcej na ten temat: T. Bojarski, *Karnopravna...*, op. cit., s. 62 i nast.; idem, *Zakres miejsc chronionych przy przestępcstwie naruszenia miru domowego*, „Annales UMCS” 1970, Sectio G, vol. 10, s. 247–272. Sporne było, czy art. 171 k.k. z 1969 r. ma również na względzie lokale pozostające w dyspozycji instytucji państwowych lub społecznych. Por. na ten temat M. Siewierski w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 439.

<sup>82</sup> Ibidem, s. 438. Zob. też: O. Chybiński, w: O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne, część szczególna*, Wrocław–Warszawa 1975, s. 173; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 349.

<sup>83</sup> M. Siewierski w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 438.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> O. Chybiński, w: O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne, część szczególna...*, op. cit., s. 175.

<sup>86</sup> *Projekt zmian przepisów kodeksu karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, sierpień 1981, s. 22.

jedynie zmianę w sankcji przepisu art. 171 § 1 k.k. (a miała to być jedynie kara ograniczenia wolności albo grzywna)<sup>87</sup>.

## 5. CZASY WSPÓŁCZESNE

Według projektu Kodeksu karnego przygotowanego przez Komisję do spraw reformy prawa karnego (w redakcji z 5 marca 1990 r.<sup>88</sup>) brzmienie przepisu art. 180 § 1 (umieszczonego w rozdziale XXIII „Przestępstwa przeciwko wolności<sup>89</sup>”) było następujące: „Kto wdzierza się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Usiłowanie tego przestępstwa było karalne<sup>90</sup> (art. 180 § 2), zaś ściganie odbywało się z oskarżenia prywatnego, a jeżeli czyn dotyczył lokalu urzędu lub instytucji, ściganie następowało na wniosek pokrzywdzonego (art. 180 § 3).

Identyczne brzmienie (jak w art. 180 § 1 projektu z 5 marca 1990 r.) ma art. 193<sup>91</sup> aktualnie obowiązującego k.k. z 1997 r., znajdujący się w rozdziale XXIII („Przestępstwa przeciwko wolności<sup>92</sup>”). Natomiast w stosunku do art. 171 uprzednio

---

<sup>87</sup> Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny. Opracowanie Komisji Kodyfikacyjnej powołanej przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ „Solidarność”, Kraków, styczeń–maj 1981, Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze Solidarności 1980–1990, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 197.

<sup>88</sup> Komisja do spraw reformy prawa karnego, Zespół prawa karnego materialnego i wojskowego, Projekt kodeksu karnego (przeznaczony do dyskusji środowiskowej), redakcja z 5 marca 1990 r., Warszawa 1990, s. 60–61.

<sup>89</sup> W rozdziale tym zawarto następujące przestępstwa: bezprawne pozbawienie wolności (art. 177), groźba (art. 178), zmuszanie (art. 179), naruszenie miru domowego (art. 180), naruszenie tajemnicy korespondencji i zakładanie podsłuchu (art. 181).

<sup>90</sup> Stosownie do art. 13 § 1 projektu usiłowanie występku zagrożonego karą nieprzekraczającą dwóch lat pozbawienia wolności lub łagodniejszą miało być karane tylko wtedy, gdy przepis szczególny tak stanowi. Kara wymierzona za usiłowanie nie mogła przekroczyć dwóch trzecich górnej granicy zagrożenia przewidzianego za dokonanie (art. 13 § 2)

<sup>91</sup> „Kto wdzierza się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

<sup>92</sup> W rozdziale tym pierwotnie znalazło się pięć typów przestępstw: bezprawne pozbawienie wolności (art. 189 k.k.), groźba (art. 190 k.k.), zmuszanie (art. 191 k.k.), zabieg leczniczy bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.), naruszenie miru domowego (art. 193 k.k.). Na skutek dokonanych zmian wprowadzono kolejne typy przestępstw: 1) utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.) – na mocy Ustawy z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Ustawy – Kodeks postępowania karnego, Ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589 ze zm.); 2) handel ludźmi (art. 189a k.k.) – Ustawą z 20.05.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Ustawy o Policji, Ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz Ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r., Nr 98, poz. 626); 3) uporczywe nękanie (stalking) i podszywanie się (art. 190a k.k.) – Ustawą z 25.02.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2011 r., Nr 72, poz. 381). Ustawą z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Ustawy – Prawo budowlane oraz Ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2015 r., poz. 1549) dodano do art. 191 § 1a (kryminalizujący tzw. przemoc pośrednią) oraz postanowiono,

obowiązującego k.k. z 1969 r. jedyna zmiana dotyczy „ogrodzonej działki gruntu związanej z ich użytkowaniem lub służącej za miejsce pobytu”. Zamiast tego określenia wprowadzono zamię „ogrodzonego terenu”. Obniżeniu uległa górna granica sankcji (do jednego roku pozbawienia wolności) i oczywiście kolejność kar określonych w przepisie (od najłagodniejszej do najsurowszej, a zatem grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku<sup>93</sup>); zmienił się również tryb ścigania (jest to przestępstwo ścigane z urzędu). W doktrynie podkreśla się, że tryb publicznoskargowy w wypadku przestępstwa naruszenia miru domowego jest nieuzasadniony<sup>94</sup>. Można sądzić, że to właśnie zmiana trybu ścigania spowodowała gwałtowny wzrost liczby przestępstw z art. 193 k.k. (np. w 1995 roku – a zatem jeszcze na gruncie k.k. z 1969 r. – odnotowano 184 przestępstwa naruszenia miru domowego, zaś w 1999 już 2004, a w 2016 – 2431)<sup>95</sup>. W czasach, gdy trzeba było wykazać się pewną aktywnością (sporządzić prywatny akt oskarżenia i uiścić ryczałt), wola uruchamiania aparatu wymiaru sprawiedliwości zdecydowanie słabła. Teraz, gdy wystarczy złożyć zawiadomienie o przestępstwie, chętnych do tego rodzaju działań jest zdecydowanie więcej<sup>96</sup>. Oczywiście nietykalność mieszkania uznawana jest przez art. 23 k.c. za dobro osobiste oraz jest zagwarantowana przez art. 50 Konstytucji („Zapewnia się nienaruszalność mieszkania. Przeszukanie mieszkania, pomieszczenia lub pojazdu może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”<sup>97</sup>). Warto również przypomnieć, że

---

że ściganie tego przestępstwa następuje na wniosek pokrzywdzonego (art. 191 § 3). Dwukrotnie dokonywano również zmian w treści przepisów art. 189 (Ustawą z dnia 17 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz Ustawą – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2010 r., Nr 7, poz. 46 (w której zmieniono treść § 2) oraz Ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz Ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2017 r., poz. 773), w której dodano § 2a („Jeżeli pozbawienie wolności, o którym mowa w § 2, dotyczy osoby nieporadnej ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”).

<sup>93</sup> Wynika to z „nowej filozofii” k.k. z 1997 r. – katalog kar jest ułożony według abstrakcyjnie ujętego stopnia dolegliwości – od kary najłagodniejszej do najsurowszej; ten układ ma, wraz z zasadami określonymi w art. 3 i 53–59, wskazywać sędziemu ustawowe priorytety w wyborze rodzaju kary. Por. *Kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 137.

<sup>94</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Komentarz do art. 117–211a*, pod red. W. Wróbla, A. Zolla, Warszawa 2017, s. 628.

<sup>95</sup> M. Mozgawa, w: *System Prawa Karnego, Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, pod red. J. Warylewskiego, Warszawa 2016, s. 569, oraz <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-4/63488,Naruszenie-miru-domowego-art-193.html> (dostęp: 20.01.2018).

<sup>96</sup> Por. M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 587.

<sup>97</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 165. Jak pisze P. Sarnecki, „nienaruszalność” mieszkania, która może być określona jako niezakłócone korzystanie ze swego mieszkania (tzw. mir domowy), jest również klasyczną wolnością jednostki o charakterze osobistym, służącym jej (zwłaszcza) psychicznej integralności, posiadającą wyraźny związek z jej deklarowaną godnością. Posiada również oczywisty związek z prawem do prywatności i może być także traktowana jako jeden z jej przejawów. Natomiast za „naruszenie mieszkania”, w rozumieniu tej instytucji konstytucyjnej, uważa się nieprowadzenie technicznych prac budowlanych, w wyniku których nastąpić może „naruszenie” (uszkodzenie a nawet zburzenie) mieszkania, ale jedynie wkraczanie do mieszkania bez zgody osób tam zamieszkujących bądź nieopuszczanie ich na żądanie mieszkańców. „Nienaruszalność mieszkania” nie może więc być rozumiana jako jedynie zakaz „przeszukiwania” (bez dostatecznych podstaw), ale również jako zakaz wszelkiego

w projektach zmian obowiązującego k.k. z 1997 r. przewidywano także wprowadzenie typu kwalifikowanego naruszenia miru domowego z uwagi na sposób działania sprawcy polegający na stosowaniu przemocy lub groźby jej użycia<sup>98</sup>.

Ze względu na fakt, że przedmiotem opracowania jest historyczny aspekt ujęcia przestępstwa miru domowego (oraz uwzględniając ramy opracowania), przedstawiona poniżej analiza ustawowych znamion art. 193 k.k. z 1997 r. zostanie ograniczona do niezbędnego minimum. Gdy chodzi o rodzajowy przedmiot ochrony, to bez wątpienia jest nim wolność (o czym świadczy umieszczenie tego przepisu w rozdziale XXIII – „Przestępstwa przeciwko wolności”). W zróżnicowany sposób doktryna ujmuje natomiast indywidualny przedmiot ochrony. I tak np. według A. Zolla przepis ten chroni wolność jednostki od naruszeń jej prawa do decydowania o tym, kto może przebywać w miejscach, w których jednostka ta jest gospodarzem<sup>99</sup>; zdaniem R.A. Stefańskiego chodzi o wolność jednostki od jakichkolwiek zakłóceń w zakresie wyłącznego korzystania z nieruchomości wymienionych w tym przepisie, a według A. Marka w grę wchodzi prawo człowieka do spokojnego zamieszkiwania, wolnego od zakłóceń przez osoby niepożądane (a ta ochrona rozciąga się także na korzystanie z lokali użytkowych i innych pomieszczeń, które pozostają w dyspozycji danej osoby w sposób stały lub przejściowy<sup>100</sup>).

Przestępstwo naruszenia miru domowego może być popełnione zarówno przez działanie (wdziera się<sup>101</sup>), jak i przez zaniechanie (wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza)<sup>102</sup>. Ze względu na alternatywnie określenie znamion strony przedmiotowej przestępstwa z art. 193 k.k. zrealizowanie przez

---

nieuprawnionego wkraczania doń i przebywania. Nie tylko więc „przeszukanie” następować może „jedynie w przypadkach określonych przez ustawę i w sposób w niej określony”, lecz wymagają tego również wszelkie inne wkroczenia do cudzych mieszkań, w szczególności przez funkcjonariuszy publicznych lub pracowników służb publicznych. Nie musi to zaprzeczać uznaniu „przeszukania” za najbardziej może dotkliwie naruszenie zakazu wkraczania „na teren” mieszkania. Por. P. Sarnecki, w: L. Garlicki (red.), M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, wyd. II, lex el. Komentarz do art. 50, teza 3, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587744260/541700/garlicki-leszek-red-zubik-marek-red-konstytucja-rzeczypospolitej-polskiej-komentarz-tom-ii-wyd-ii?cm=URELATIONS> (dostęp: 20.01.2018).

<sup>98</sup> Por. projekt Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (bez daty – przyp. M.M., A.W.), <https://bip.kprm.gov.pl/ftp/kprm/dokumenty/070523u2.pdf> (dostęp: 20.01.2018). W projekcie tym art. 193 uzyskał następujące brzmienie: „§ 1. Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, ogrodzonego terenu lub pojazdu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego lub pojazdu nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3; § 2. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 stosuje przemoc wobec osoby lub grozi natychmiastowym jej użyciem, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10; § 3. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Por. też J. Wojciechowska, w: B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 70.

<sup>99</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 622.

<sup>100</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 443.

<sup>101</sup> Na temat znamienia „wdziera się” por. wyrok SN z dnia 14 sierpnia 2001 r., V KKN 338/98, LEX nr 52067.

<sup>102</sup> Więcej na temat znamion czasownikowych analizowanego przestępstwa por. T. Bojarski, *Pojęcie „wdarcia się” i „nieopuszczenia” przy przestępstwie naruszenia miru domowego*, RPEiS 1971, z. 4, s. 35 i nast.

sprawcę obu członów alternatywy (czyli najpierw wdarcie się, a potem nieopuszczenie danego miejsca wbrew żądaniu osoby uprawnionej), stanowi tylko jedno przestępstwo; zdaniem A. Zolla sąd powinien tę „nadwyżkę bezprawia” uwzględnić przy wymiarze kary<sup>103</sup>.

Analizując znamię „żądania osoby uprawnionej”, należy stwierdzić, że przez „żądanie” rozumie się stanowcze i wyraźne wyrażenie woli osoby uprawnionej, zamierzające do tego, aby dana osoba opuściła jego dom, mieszkanie, lokal, pomieszczenie albo ogrodzony teren<sup>104</sup>. Żądanie – co do zasady – musi pochodzić od osoby obecnej, jednakże możliwe jest wyrażenie takiego żądania w drodze telefonicznej, listownej, przez e-mail czy też przez pośtańca<sup>105</sup>. Przebywanie w danym miejscu staje się bezprawne od chwili dotarcia żądania do adresata<sup>106</sup>. Nieopuszczenie cudzego domu, mieszkania itd. (pomimo wysunięcia żądania przez uprawnionego) jest zawsze przestępstwem dokonany (usiłowanie nie jest możliwe). Naruszenie miru domowego (zarówno w przypadku nieopuszczenia określonego miejsca, jak i wdarcie się do niego) jest przestępstwem trwałym. Można sądzić, że czas utrzymywania stanu bezprawnego winien wpłynąć na wymiar kary za przestępstwo z art. 193 k.k.

„Osobą uprawnioną” w rozumieniu art. 193 k.k. jest przede wszystkim ta, która na podstawie przepisów prawa ma prawo do dysponowania danym miejscem w sposób sprawiający, że dla innych osób, które nie mają takiego tytułu prawnego, owo miejsce przedstawia się jako cudze<sup>107</sup>. Można jednak sądzić, że osobą uprawnioną może być również ta, która dysponuje miejscem, nie posiadając do niego tytułu prawnego (np. posiadacz nieruchomości). Należy zatem stwierdzić, że w kontekście art. 193 k.k. zakres osób uprawnionych jawi się jako dość szeroki; oczywiście może to być przede wszystkim właściciel, lecz również dzierżawca, najemcy, posiadacz (nawet bez tytułu prawnego)<sup>108</sup>. W niektórych przypadkach uprawnioną może być również osoba upoważniona przez pierwotnie uprawnionego, także w zakresie decydowania o tym, kto i kiedy może w danym miejscu przebywać (np. stróż, dozorca, ochroniarz, upoważniony sąsiad, krewny czasowo pilnujący mieszkania pod nieobecność właściciela

---

<sup>103</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 625.

<sup>104</sup> J. Wojciechowska, w: B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 67.

<sup>105</sup> M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 574.

<sup>106</sup> T. Bojarski, *Naruszenie miru domowego*, w: *System prawa karnego, t. IV, O przestępstwach w szczególności, cz. II, Ossolineum, Wrocław 1989*, s. 63.

<sup>107</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 626. Por. też wyrok SN z 3 lutego 2016 r., III KK 347/15, LEX nr 1976247 („Jednym z zasadniczych elementów przestępstwa z art. 193 k.k., jest prawna relacja sprawcy w stosunku do obiektu, który miał zająć lub którego nie chce opuścić. Ma on stanowić dla sprawcy mienie «cudze». Znamiona przestępstwa naruszenia miru domowego może więc zrealizować jedynie osoba, której nie przysługuje – na podstawie obowiązujących przepisów lub istniejącej między stronami umowy – prawo dostępu do obiektu będącego formalnie mieniem «cudzym»). Por. też M. Kučka, *Znamię „cudzy” i próba określenia normy sankcjonowanej: perspektywa prawa cywilnego (Głos do artykułu P. Dyluś i K. Wiśniewskiej)*, CPKINP 2011, r. XV, z. 3, s. 33–35.

<sup>108</sup> Por. postanowienie SN z 3 lutego 2011 r., V KK 415/10, OSNKW 2011, Nr 5, poz. 42.



itd.)<sup>109</sup>. Może zdarzyć się tak, że status osoby uprawnionej będzie przysługiwał jednocześnie kilku osobom (np. przy współwłasności majątkowej małżonków czy w innych przypadkach współwłasności), a w takich sytuacjach może dochodzić do kolizji uprawnień<sup>110</sup>.

Przepis art. 193 k.k. wymienia następujące przedmioty czynności wykonawczej: dom, mieszkanie, lokal, pomieszczenie, ogrodzony teren (a zdefiniowanie tych pojęć budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych)<sup>111</sup>. Przeciwno sprawcy, który dopuszcza się przestępstwa naruszenia miru domowego, można stosować obronę konieczną, zarówno w wypadku, gdy w grę wchodzi działanie sprawcy (wdzieranie się), jak i zaniechanie (nieopuszczenie danego miejsca wbrew żądaniu osoby uprawnionej)<sup>112</sup>.

Wątpliwości w doktrynie budzi to, czy prawnokarnej ochronie na podstawie art. 193 podlegają jedynie lokale prywatne czy także publiczne<sup>113</sup>. Należy jednak wskazać, że SN w uchwale (w składzie siedmiu sędziów) z dnia 13 marca 1990 r. (V KZP 33/89<sup>114</sup>) – zasadnie naszym zdaniem – stwierdził, że pokrzywdzonym analizowanym przestępstwem może być także osoba prawna, instytucja państwowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej. Na gruncie obowiązującego k.k. jako dodatkowy argument przemawiający za objęciem ochroną z art. 193 lokali należących do instytucji państwowych lub społecznych podaje się publicznoskargowy charakter tego przestępstwa<sup>115</sup>.

Jest to przestępstwo materialne (w obu jego formach, zarówno w wypadku wdzierania się, jak i nieopuszczenia określonego miejsca), którego skutkiem jest zakłócenie miru domowego, dotąd nienaruszonego, powodujące nową sytuację stanowiącą zmianę w świecie zewnętrznym<sup>116</sup>. Przestępstwo naruszenia miru domowego ma charakter powszechny i może być popełnione jedynie umyślnie z zamiarem bezpośrednim. Sprawca musi mieć świadomość tego, że wchodzi bez podstawy prawnej i bez zezwolenia uprawnionego do miejsca wskazanego przepisem albo, że w miejscu tym pozostaje wbrew żądaniu osoby uprawnionej<sup>117</sup>. Zasadnie wskazuje się w orzecznictwie, że sprawcą przestępstwa naruszenia miru

<sup>109</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 626; M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 575.

<sup>110</sup> Więcej o tych kwestiach por. M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 575–576. A. Langowska, *Wielość osób uprawnionych na gruncie art. 193 k.k. – wybrane problemy*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 3, <http://www.czpk.pl/index.php/preprinty/157-wielosc-osob-uprawnionych-na-gruncie-art-193-k-k-wybrane-problemy> (dostęp: 20.01.2018).

<sup>111</sup> Por. R.A. Stefański, *Prawnokarna ochrona miru domowego*, w: *Prawnokarne aspekty wolności*, pod red. M. Mozgawy, Kraków 2006, s. 169–172; M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 576–578.

<sup>112</sup> T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1991, s. 153 i nast. Por. też postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2015 r., IV KK 409/14, OSNKW 2015/9/78.

<sup>113</sup> Więcej na ten temat por. M. Królikowski, A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz – art. 117–221*, pod red. M. Królikowskiego, R. Zawłockiego, Warszawa 2017, s. 631–632; M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 579.

<sup>114</sup> OSNKW 1990/7-12/23.

<sup>115</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, Warszawa 2016, s. 1193.

<sup>116</sup> Tak m.in. T. Bojarski, *Karnoprawna...*, op. cit., s. 116; J. Wojciechowska, w: B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 68; M. Mozgawa, w: *System...*, op. cit., s. 594. Za formalnym charakterem tego przestępstwa opowiada się m.in. O. Chybiński, w: O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne, część szczególna*, Wrocław–Warszawa 1975, s. 174; M. Królikowski, A. Sakowicz, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 634.

<sup>117</sup> M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, op. cit., s. 594.

domowego może być także właściciel (domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu)<sup>118</sup>.

Nie stanowi przestępstwa naruszenia miru domowego wkroczenie przez odpowiedni organ władzy do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu w przypadkach przewidzianych w przepisach prawa (np. przeszukanie pomieszczeń i innych miejsc – art. 219 k.p.k.; art. 15 ust. 1 pkt 4 Ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji<sup>119</sup>; art. 23 ust. 1 pkt 4 Ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu<sup>120</sup>; art. 39 ust. 2 Ustawy z 13 października 1995 r. Prawo Łowieckie<sup>121</sup>; art. 47 ust. 2 pkt 4 Ustawy z 28 września 1991 r. o lasach<sup>122</sup>; art. 64 ust. 1 pkt 6, art. 77 Ustawy z 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej<sup>123</sup><sup>124</sup>). Należy także pamiętać, że na gruncie Kodeksu cywilnego właściciel gruntu może wejść na grunt sąsiedni w celu usunięcia zwieszających się z jego drzew gałęzi lub owoców (art. 149 k.c.), a także właścicielowi roju pszczoł wolno w pościgu za rojem wejść na cudzy grunt (art. 182 § 1 k.c.).

Analizując rozwiązania przyjęte w polskich Kodeksach karnych (z 1932, 1969 i 1997 r.), należy stwierdzić, że są one bardzo zbieżne, co świadczy o tym, iż koncepcja przyjęta w k.k. z 1932 r. była zasadna i wytrzymała próbę czasu. W każdym przypadku przestępstwo naruszenia miru domowego zostało ujęte w rozdziale przestępstw przeciwko wolności (rozdział XXXVI k.k. z 1932 r., rozdział XXII k.k. z 1969 r., rozdział XXIII k.k. z 1997 r.). We wszystkich trzech kodeksach tak samo ujęte zostały znamiona czasownikowe (wdzieranie się albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej nieopuszczenie danego miejsca). W nieco zróżnicowany sposób ujmowano natomiast przedmioty czynności wykonawczej: w k.k. z 1932 r. – cudze mieszkanie, lokal, pomieszczenie, przedsiębiorstwo, posiadłość ogrodzona w związku z mieszkaniem lub ogrodzona i służąca za miejsce pobytu; w k.k. z 1969 r. – cudzy dom, mieszkanie, lokal, pomieszczenie albo ogrodzona działka gruntu związana z ich użytkowaniem lub służąca za miejsce pobytu; w k.k. z 1997 r. – cudzy dom,

---

<sup>118</sup> Por. m.in. wyrok SN z dnia 7 maja 2013 r., III KK 388/12, LEX nr 1319262: „Znamiona przestępstwa określonego w art. 193 k.k. może zrealizować jedynie sprawca, któremu nie przysługuje – na mocy obowiązujących przepisów lub istniejących między stronami relacji bądź umów – prawo dostępu do obiektu będącego formalnie mieniem «cudzym» w stosunku do niego, zaś osoba, która z mocy prawa lub w wyniku czynności cywilno-prawnych uzyskuje dostęp do takiego obiektu, staje się osobą uprawnioną w rozumieniu art. 193 k.k. – również w stosunku do właściciela obiektu z ograniczeniami wynikającymi z prawa cywilnego”; Postanowienie SN z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 5/11, OSNKW 2011/8/65 („Sprawcą przestępstwa naruszenia miru domowego określonego w art. 193 k.k. może być także właściciel domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu”). Por. też m.in. P. Dyluś, K. Wiśniewska, *Właściciel jako podmiot czynności sprawczej przestępstwa z art. 193 k.k.*, CzPKiNP 2011, r. XV, z. 3. s. 17–31; M. Pająk, *Mir domowy czy właścicielski*, CzPKiNP 2011, r. XV, z. 3. s. 5–15.

<sup>119</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 2067.

<sup>120</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 1920.

<sup>121</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 1295.

<sup>122</sup> Dz.U. z 2017 r., poz. 788.

<sup>123</sup> Dz.U. z 2016 r., poz. 1947.

<sup>124</sup> Por. też uwagi S. Hoca, *Czy potrzebny jest kontratyp naruszenia miru domowego*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, pod red. A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2011, s. 123–132.

mieszkanie, lokal, pomieszczenie albo ogrodzony teren. W stosunku do uprzednio obowiązujących kodeksów, na gruncie k.k. z 1997 r. istotnemu złagodzeniu uległa sankcja przewidziana za to przestępstwo. Aktualnie jest to grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, a na gruncie k.k. z 1932 r. oraz k.k. z 1969 r. możliwe było orzeczenie kary pozbawienia wolności do lat dwóch<sup>125</sup>. Na gruncie k.k. z 1932 r. i z 1969 r. przestępstwo naruszenia miru domowego ścigane było z oskarżenia prywatnego, zaś na gruncie obowiązującego k.k. – z urzędu. Można sądzić, że aktualne ujęcie analizowanego przestępstwa jest – co do zasady – właściwe. Aby jednak usunąć w sposób kategoryczny wątpliwości dotyczące tego, czy ochrona miru domowego odnosi się jedynie do lokali prywatnych czy także publicznych, należałoby tę kwestię rozstrzygnąć jednoznacznie. Wydaje się, że można by to osiągnąć poprzez skorzystanie z propozycji przedstawionej przez Komisję do spraw reformy prawa karnego (w redakcji z 5 marca 1990 r.), a dotyczącej trybu ścigania. Zasadne wydaje się przyjęcie koncepcji, aby ściganie tego przestępstwa odbywało się z oskarżenia prywatnego, natomiast w wypadku jeżeli czyn dotyczył lokalu urzędu lub instytucji, ściganie następowałoby na wniosek pokrzywdzonego. Taka koncepcja po pierwsze, rozwiałaby istniejące wątpliwości co do zakresu przepisu, po drugie zaś – jak się zdaje – mogłaby w istotny sposób zmniejszyć liczbę zgłaszanych przestępstw z art. 193 k.k. Z dużą ostrożnością należy natomiast podchodzić do zgłaszanych postulatów odnośnie do wprowadzenia typu kwalifikowanego omawianego przestępstwa z uwagi na sposób działania sprawcy polegający na stosowaniu przemocy lub groźby jej użycia<sup>126</sup>. Przez ostatnie 85 lat takowy typ kwalifikowany nie istniał w naszym systemie prawnym, i pomimo tego organy wymiaru sprawiedliwości radziły sobie z tym problemem w ramach typu podstawowego. Aktualnie obowiązujący Kodeks karny jest już i tak bardzo kazuistyczny, a zatem pogłębianie tej kazuistyki nie jest potrzebne. *De lege lata* kiedy sprawca dopuszcza się naruszenia miru domowego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, winno znaleźć to odzwierciedlenie w zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji (art. 193 w zw. z art. 191 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.) oraz w wymiarze kary.

## BIBLIOGRAFIA

- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971.  
Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.  
Bardach J., *Historia państwa i prawa Polski, t. I, do połowy XV wieku*, Warszawa 1965.  
Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2005.

---

<sup>125</sup> Precyzyjnie rzecz ujmując, k.k. z 1932 r. przewidywał za naruszenie miru domowego karę aresztu (lub grzywnę), zaś k.k. z 1969 r. karę pozbawienia wolności do lat dwóch, ograniczenia wolności albo grzywnę.

<sup>126</sup> Por. J. Kosonoga, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R.A. Stefańskiego, Warszawa 2017, s. 1158.

- Bardach J., Senkowska-Gluck M. (red.), *Historia państwa i prawa Polski, t. III, Od rozbiorów do uwłaszczenia*, Warszawa 1981.
- Bojarski T., *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992.
- Bojarski T., *Naruszenie miru domowego*, w: *System prawa karnego, t. IV, O przestępstwach w szczególności, cz. II*, Ossolineum, Wrocław 1989.
- Bojarski T., *Pojęcie „wdarcia się” i „nieopuszczenia” przy przestępstwie naruszenia miru domowego*, „RPEiS” 1971, z. 4.
- Bojarski T., *Zakres miejsc chronionych przy przestępstwie naruszenia miru domowego*, „Annales UMCS” 1970, Sectio G, vol. 10.
- Borkowska-Bagieńska E., *„Zbiór Praw Sądowych” Andrzeja Zamoyskiego*, Poznań 1986.
- Borucki M., *Temida staropolska. Szkice z dziejów sądownictwa Polski szlacheckiej*, Warszawa 1979.
- Budziński S., *O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy z uwzględnieniem praw obowiązujących w Królestwie Polskim i Galicyi austriackiej*, Warszawa 1883.
- Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne, część szczególna*, Wrocław-Warszawa 1975.
- Czacki T., *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanym*, t. I, Warszawa 1800, t. II, Warszawa 1801. (Przedruk techniką fotooffsetową wykonany w Poznańskich Zakładach Graficznych im. Marcina Kasprzaka z egzemplarza udostępnionego przez Bibliotekę Narodową w Warszawie, Warszawa 1987).
- Daszkiewicz-Paluszynska K., *Uwagi o przestępstwach przeciwko wolności i godności człowieka w projekcie k.k.*, „Nowe Prawo” 1963, nr 6.
- Dunin K., *Dawne mazowieckie prawo*, Warszawa 1880.
- Dyluś P., Wiśniewska K., *Właściciel jako podmiot czynności sprawczej przestępstwa z art. 193 k.k.*, „CzPKiNP” 2011, r. XV, z. 3.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, wyd. II, LEX el.
- Godek S., Wilczek-Karczewska M., *Historia ustroju i prawa w Polsce do 1772/1795. Wybór źródeł*, Warszawa 2006.
- Grodziski S., Salmonowicz S., *Ustawa karna zachodniogalicyska z roku 1796. Zarys dziejów i charakterystyka*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1965, t. XVII, z. 2, Warszawa.
- Groicki B., *Artykuły prawa majdeburckiego*, Warszawa 1954.
- Groicki B., *Tytuły prawa majdeburckiego*, Warszawa 1954.
- Grzybowski K., *Historia państwa i prawa Polski, t. IV od uwłaszczenia do odrodzenia państwa*, Warszawa 1982.
- Hoc S., *Czy potrzebny jest kontratyp naruszenia miru domowego*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, pod red. A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger, Lublin 2011.
- Hube R., *Prawo polskie w 14 wieku*, Warszawa 1886.
- Hube R., *Prawo polskie w wieku trzynastym*, Warszawa 1874.
- Janicka D., *Prawo karne w trzech rewizjach prawa chełmińskiego z XVI wieku*, Toruń 1992.
- Kaczmarczyk Z., Leśnodorski B., *Historia państwa i prawa Polski, t. II, od połowy XV wieku do roku 1795*, Warszawa 1966.
- Korobowicz A., Witkowski W., *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Warszawa 2009.

- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz – art. 117–221*, Warszawa 2017.
- Krzymuski E., *Wykład prawa karnego (ze stanowiska nauki i prawa austriackiego)*, t. 2, Kraków 1902.
- Kučka M., *Znamię „cudzy” i próba określenia normy sankcjonowanej: perspektywa prawa cywilnego (Głos do artykułu P. Dyluś i K. Wiśniewskiej)*, „CPKiNP” 2011, r. XV, z. 3.
- Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J., *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i netykalności cielesnej. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Kutrzeba S., *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie (I. Prawo karne. II. Postępek sądowy)*, Lwów–Warszawa–Kraków 1921.
- Maciejewski T., *Historia prawa karnego w dawnej Polsce (do 1795 r.)*, w: *System Prawa Karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- Maciejewski T., *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2011.
- Maciejewski F., *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem kodeksu kar głównych i poprawczych z dniem 20 grudnia/1 stycznia 1848 r. w Królestwie Polskim obowiązującego tudzież ustawy przechodniej i instrukcji dla sądów*, Warszawa 1848.
- Maisel W., *Poznańskie prawo karne do końca XVI w.*, Poznań 1963.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
- Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1933.
- Makowski W., *Kodeks karny obowiązujący czasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. III, Warszawa 1922.
- Makowski W., *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924.
- Matuszewski J., *Najstarszy zwód prawa polskiego (wydał, przetłumaczył i wstępem opatrzył J. Matuszewski)*, Warszawa 1959.
- Mikołajczyk M., *Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI–XVIII wieku*, Katowice 2013.
- Mikołajczyk M., *Przestępstwo i kara w prawie miast Polski południowej XVI–XVIII wieku*, Katowice 1998.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze Solidarności 1980–1990*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001.
- Pajak M., *Mir domowy czy właścicielski*, „CPKiNP” 2011, r. XV, z. 3.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy*, Kraków 1936.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015.
- Radwański Z., Waśicki J., *Wprowadzenie Pruskiego Prawa Krajowego na ziemiach polskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1954, t. VI, z. 1, Warszawa.
- Salmonowicz S., *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przelomu XVIII/XIX w.*, Toruń 1966.
- Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Śliwowski J., *Kodeks karzący Królestwa Polskiego (1818). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958.
- Uruszczak W., *Historia państwa i prawa polskiego*, Warszawa 2013.
- Uruszczak W., *Korektura praw z 1532 roku. Studium historycznoprawne, t. II*, Warszawa–Kraków 1991.

- Warylewski J. (red.), *System Prawa Karnego, Przepięstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2016,
- Witkowski W., *Prawo karne na ziemiach polskich w dobie zaborów i w pierwszych latach II RP (1795–1932)*, w: *System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2011.
- Witkowski W., *Wybór tekstów Źródłowych z historii prawa (epoka feudalizmu i kapitalizmu)*, Lublin 1978.
- Wróbel A., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017.

## CRIMINAL-LAW PROTECTION OF DOMESTIC PEACE IN THE TERRITORY OF POLAND

### Abstract

The trespass on the domestic peace has been a prohibited act in the Polish state (or in the territories that were originally Polish) for over a thousand years (from the Middle Ages till now). During that long period, one can observe various modifications to the definition of the offence. It seems that invasion or intrusion is the main concept. In some periods, the invasion of land and the intrusion of an apartment, a church, a school, a fenced square, a cemetery, a cultivated field, etc. were penalised following the same rules. Gradual but consistent mitigation of penalties: from death penalty in old times through imprisonment (deprivation of liberty) to an alternatively determined (and relatively lenient) sanction under the currently binding Criminal Code of 1997 (a fine, limitation of liberty or deprivation of liberty for up to one year) should be recognised as a regularity. What is worth mentioning is a very similar approach to the trespass on the domestic peace in the Polish Criminal Codes of 1932, 1969 and 1997 (the features of the act were formulated in the same way: invasion or failure to leave, regardless of an entitled person's request, but the objects of the executive action were specified differently).

Key words: domestic peace, intrusion, invasion, failure to leave, house, apartment, premises, fenced area, entitled person's request

## PRAWNOKARNA OCHRONA MIRU DOMOWEGO NA ZIEMIACH POLSKICH

### Streszczenie

Naruszenie miru domowego było czynem zabronionym w państwie polskim (bądź na ziemiach polskich) przez ponad tysiąc lat (od średniowiecza do dziś). W ciągu tego długiego okresu można zaobserwować różne modyfikacje definicji tego przestępstwa. Wydaje się, że podstawowe pojęcie to bezprawny napad lub najście na czyjś dom. W różnych okresach na takich samych zasadach penalizowano także najazdy na dobra ziemskie, wtargnięcie do mieszkania, kościoła, szkoły, na ogrodzony plac, na cmentarz, na uprawiane pole i inne. Za prawidłowość można uznać stopniowe, ale konsekwentne łagodzenie zagrożenia wymiarem kary: od kary

śmierci w dawnej Polsce, poprzez karę więzienia (pozbawienia wolności), do alternatywnie określonej (i stosunkowo łagodnej) sankcji na gruncie obowiązującego k.k. z 1997 r. (grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku). Na uwagę zasługuje bardzo zbliżone ujęcie przestępstwa naruszenia miru domowego w polskich Kodeksach karnych z lat 1932, 1969 i 1997 (tak samo ujęte zostały znamiona czasownikowe: wdzieranie się albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej nieopuszczenie danego miejsca, zaś w nieco zróżnicowany sposób ujmowano przedmioty czynności wykonawczej).

Słowa kluczowe: mir domowy, najście, wdzieranie się, nieopuszczenie, dom, mieszkanie, lokal, ogrodzony teren, żądanie osoby uprawnionej

## TUTELA DE INVIOLEBILIDAD DE DOMICILIO EN EL TERRITORIO POLACO

### Resumen

La infracción de inviolabilidad de domicilio es un hecho típico en el estado polaco (o en el territorio polaco) durante más de mil años (desde la edad media hasta hoy). Durante este largo periodo se podía observar varias modificaciones de la definición de este delito. Parece que el concepto básico consiste en ataque o invasión antijurídica de vivienda de alguien. En diferentes períodos se criminalizaba de la misma forma también invasión a terrenos, allanamiento de vivienda, iglesia, escuela, plaza vallada, campo con cultivos, etc. Parece correcto que paulatinamente con el trascurso del tiempo la pena por este delito se iba disminuyendo: desde la pena de muerte en Polonia antigua, a través de la pena de prisión (privación de libertad) hasta llegar a la sanción alternativa (y relativamente leve) vigente en el código penal de 1997 (multa, pena de restricción de libertad o privación de libertad de hasta un año). El delito de allanamiento de morada fue regulado de manera muy similar en los códigos penales polacos de 1932, 1969 y 1997 (los mismos verbos: invadir o no abandonar un lugar determinado previo requerimiento de la persona autorizada, sin embargo de una manera diferente denominaban sujeto pasivo de delito).

Palabras claves: inviolabilidad de domicilio, invasión, allanamiento, no abandonar, casa, piso, local, terreno vallado, requerimiento de persona autorizada

## УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ ЖИЛИЩА НА ПОЛЬСКИХ ЗЕМЛЯХ.

### Резюме

Нарушение неприкосновенности жилища в польском государстве (либо в польских регионах) было запрещённым деянием на протяжении более чем тысячи лет (от средневековья до наших дней). В течение этого длительного периода времени можно было наблюдать различные модификации дефиниции упомянутого выше преступления. Основное толкование понятия основано на ассоциациях с незаконным нападением либо

вторжением в чье-либо жилище. В разные периоды на тех же принципах подвергались судебному преследованию вторжения на земельные участки, в квартиры, костёлы, школы, на огороженные площадки, на кладбища, посевные поля и т. д. Закономерным можно считать постепенное, но последовательное смягчение степени наказания: от смертного приговора в польском государстве древнейшей поры, через тюремное заключение (наказание в виде лишения свободы), до альтернативных (относительно мягких) санкций на основании действующего УК от 1997 года (штраф, наказание в виде ограничения свободы или лишения свободы до одного года). Внимание заслуживает достаточно схожая трактовка преступления, квалифицируемого как нарушение неприкосновенности жилища, в польских версиях УК от 1932, 1969 и 1997 гг. (подобной трактовке подверглись такие признаки состава преступления, как вторжение либо – вопреки требованию уполномоченного лица – отказ освободить ту или иную площадь или место; и в то же время более или менее дифференцированным образом были интерпретированы действия в рамках исполнительного производства).

Ключевые слова: неприкосновенность жилища, нашествие, вторжение, нападение, отказ освободить, дом, квартира, помещение, огороженная территория, требование уполномоченного лица

## STRAFRECHTLICHER HAUSFRIEDENSSCHUTZ AUF POLNISCHEM LANDESGEBIET

### Zusammenfassung

Der Hausfriedensbruch war ein unerlaubtes Delikt im polnischen Recht (oder auf polnischem Landesgebiet) für über eintausend Jahre (vom Mittelalter her bis zu heutigem Tage). In dieser langen Periode konnte man verschiedene Modifikationen dieser Deliktdefinition beobachten. Es scheint, dass der Hauptbegriff einen rechtswidrigen Überfall oder eine Heimsuche auf/in jemanden Haus darstellt. Man pönalisierte auf denselben Regeln auch Landgutüberfälle, Haus-, Kirchen-, Schulen-, abgezäunter Platz-, Friedhof-, Anbaufeldeingriff u.a. Als Gesetzmäßigkeit kann man eine schrittweise, jedoch konsequente Milderung der Strafenmaßbedrohung: von der Todesstrafe in Alt Polen, über Gefängnisstrafe (Freiheitsstrafe), bis zur alternativ bestimmten (und verhältnismäßig milden) Sanktion auf Grund des geltenden SGB von 1997 (Buße, Freiheitseinschränkung oder Freiheitsstrafe) bis zu einem Jahr. Bemerkenswert ist eine sehr ähnliche Auffassung des Hausfriedensbruches im polnischen SGB von 1932, 1969 und 1987 (es wurden genauso die verbalen Straftatbestände – „eingreifen“ oder wider der Aufforderung der befugten Person „nicht verlassen“ eines Platzes benannt, dennoch wurden die Gegenstände einer Rechtstätigkeit in einer ziemlich unterschiedlichen Weise erfasst).

Schlüsselwörter: Hausfrieden, Eingriff, Heimsuche, Nichtverlassen, Haus, Wohnung, Lokal, abgezauntes Gebiet, Aufforderung einer befugten Person



## PROTECTION JURIDIQUE ET PÉNALE DU DOMICILE EN POLOGNE

## Résumé

La violation du domicile était un acte interdit dans un État polonais (ou sur des terres polo-naises) pendant plus de mille ans (du Moyen Âge à nos jours). Pendant cette longue période, diverses modifications peuvent être observées dans la définition de cet infraction. Il semble que le concept de base soit une agression ou violation du domicile d'autrui sans son autorisation. À différentes époques, les perquisitions de biens-fonds, l'intrusion dans l'ap-partement, l'église, l'école, une cour clôturée, un cimetière, un champ cultivé, etc., étaient également sanctionnées dans les mêmes conditions. L'atténuation progressive mais cohérente de la menace de punition peut être considérée comme une régularité : de la peine de mort dans l'ancienne Pologne, en passant par la peine d'emprisonnement (privation de liberté), à une sanction alternative (et relativement légère) déterminée sur la base du code pénale applicable de 1997 (amende, restriction de liberté ou peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an). Il convient de noter une approche très similaire à l'infraction de la violation du domicile dans les codes pénaux polonais de 1932, 1969 et 1997 (les signes verbaux étaient traités de la même manière - soit pénétrer dans le domicile d'autrui ou ne pas quitter l'endroit contre la demande de la personne autorisée, alors que les objets de l'activité exécutive étaient exprimé d'une manière légèrement différente).

Mots-clés : domicile, intrusion, pénétration par force, ne pas quitter le terrain d'autrui, maison, appartement, locaux, terrain clôturé, demande de la personne autorisée

## TUTELA PENALE CONTRO LA VIOLAZIONE DI DOMICILIO NEI TERRITORI POLACCHI

## Sintesi

La violazione di domicilio era un atto proibito nello stato polacco (o sulle terre polacche) per oltre mille anni (dal Medioevo ai giorni nostri). Durante questo lungo periodo si possono osservare varie modifiche della definizione di questo reato. Sembra che il concetto di base sia un'aggressione illegale o un'invasione all'abitazione altrui. In epoche diverse, secondo gli stessi principi, sono state penalizzate anche le invasioni in proprietà terriere, le invasioni in appartamenti, chiese, scuole, piazze recintate, cimiteri, campi coltivati, ecc. Per la regolarità si può considerare un graduale, ma coerente alleggerimento della minaccia della pena: dalla pena di morte nell'ex Polonia, attraverso la pena detentiva (reclusione), fino alla sanzione stabilita alternativamente (e relativamente lieve) sulla base del codice penale in vigore dal 1997 (multa, pena di restrizione della libertà o detentiva fino a un anno). Vale la pena di notare che il reato di violazione di domicilio nel codice penale polacco del 1932, del 1969 e del 1997 è trattato in modo molto simile (i componenti verbali del reato sono stati resi allo stesso modo – l'intrusione oppure l'occupazione in un determinato luogo contro la richiesta di una persona autorizzata, mentre gli oggetti dell'attività esecutiva sono trattati in modo leggermente differenziato).

Parole chiave: tutela di domicilio, invasione, intrusione, occupazione, casa, appartamento, locale, area recintata, richiesta di persona autorizzata

Cytuj jako: Mozgawa M., Wrzyszc A., Criminal-law protection of domestic peace in the territory of Poland [Prawnokarna ochrona miru domowego na ziemiach polskich], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 75–106. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.17/m.mozgawa/a.wrzyszc

Cite as: Mozgawa, M., Wrzyszc, A. (2019). ‘Criminal-law protection of domestic peace in the territory of Poland’. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 75–106. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.17/m.mozgawa/a.wrzyszc

# KUMULATYWNA KWALIFIKACJA PRAWNA A PRZEDAWNIEŃ KARALNOŚCI W PRAWIE KARNYM

JERZY LACHOWSKI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.18/j.lachowski

## 1. UWAGI WSTĘPNE

Zagadnienie zbiegu przepisów i jego konsekwencji jest często przedmiotem dociekań, zwłaszcza w doktrynie prawa karnego. Poświęcono tej problematyce kilka monografii i wiele artykułów naukowych<sup>1</sup>. W kręgu zainteresowania jest jednak najczęściej istota zbiegu przepisów, jego rodzaje, a także skutki w zakresie podstawy skazania czy też podstawy wymiaru kary. Rozważa się również wpływ wieku sprawcy na kumulatywną kwalifikację prawną, a także relację między trybem ścigania przestępstw opisanych w zbiegających się przepisach a multiplikacją podstawy skazania. Jak do tej pory, przedmiotem szerszej analizy naukowej nie uczyniono problemu relacji pomiędzy kumulatywną kwalifikacją prawną a upływem terminu przedawnienia karalności przestępstwa opisanego jednym ze zbiegających się przepisów. Chodzi o sytuację, w której ten sam czyn sprawcy jest kwalifikowany kumulatywnie na podstawie co najmniej dwóch przepisów operujących różnymi sankcjami, lecz w stosunku do przestępstwa opisanego przepisem przewidującym sankcję łagodniejszą upłynął już termin przedawnienia

---

\* Jerzy Lachowski, dr hab., prof. UMK, Katedra Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; e-mail: jerzy.lachowski@law.umk.pl; ORCID: 0000-0002-6669-2105

<sup>1</sup> Por np. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011; W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960; *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstwa w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2006; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstwo*, Warszawa 1976; A. Zoll, *Zbieg przepisów ustawy w polskim prawie karnym*, „Annales UMCS” 2013, Sectio G, Ius, vol. 60, nr 2, s. 281–295 oraz przywoływana tam literatura.

wskazany w art. 101 k.k. Powstaje pytanie, czy przepis taki należy eliminować z podstawy skazania, czy też o przedawnieniu karalności przestępstwa kwalifikowanego kumulatywnie decyduje sankcja zawarta w przepisie najsurowszym, stanowiącym podstawę wymiaru kary na podstawie art. 11 § 3 k.k. Wypowiedzi przedstawicieli nauki w zakresie tego zagadnienia można odnaleźć niekiedy w komentarzach do art. 11 § 2 k.k., ale ograniczają się one z reguły do wskazania, że problem dostrzegany jest w praktyce, i opowiedzeniem się za takim czy innym poglądem wyrażonym w judykaturze, bez pogłębionej argumentacji wspierającej określone rozwiązanie. Praktyczne walory zasygnalizowanej kwestii oraz brak szerszej wypowiedzi w nauce prawa karnego w tym zakresie, a także sposób rozstrzygnięcia tego problemu przez SN w uchwale z 20 września 2018 r.<sup>2</sup> skłaniają do bliższego przyjrzenia się temu zagadnieniu.

## 2. KUMULATYWNA KWALIFIKACJA A PRZEDAWNIE NIE KARALNOŚCI W JUDYKATURZE I DOKTRYNIE PRAWA KARNEGO

W judykaturze zasygnalizowany w tytule i wprowadzeniu problem nie jest rozwiązywany jednolicie. Można wskazać co najmniej dwa skrajne poglądy w tym zakresie.

Po pierwsze, przyjmuje się, że w razie upływu terminu przedawnienia odnośnie do fragmentu czynu kwalifikowanego kumulatywnie, który został opisany przepisem przewidującym sankcję łagodniejszą, konieczne jest pominięcie tego uregulowania w podstawie skazania. Takie rozwiązanie prezentowane jest przede wszystkim w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Podkreśla się na zasadzie wykładni systemowej, że w wypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej, do której dochodzi na podstawie art. 11 § 2 k.k., należy uwzględniać reguły wynikające z art. 101 k.k. i 102 k.k., co musi prowadzić do eliminacji z podstawy skazania przepisu, określającego typ przestępstwa, w stosunku do którego termin przedawnienia już upłynął<sup>3</sup>. Jednocześnie wskazuje się, że w przedstawionym przypadku nie jest zasadne wyłączenie „czynu” opisanego przepisem przewidującym sankcję łagodniejszą, w stosunku do którego upłynął już termin przedawnienia karalności, i umorzenie postępowania w tym zakresie na zasadzie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. W takim wypadku w stosunku do dwóch różnych „fragmentów” tego samego czynu zapaść dwa skrajnie sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia (umorzenie postępowania, skazanie). Trzeba však podkreślić, że kumulatywna kwalifikacja prawna, będąca skutkiem rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy, wchodzi w grę jedynie wtedy, gdy sprawca dopuścił się jednego czynu, w stosunku do którego musi zapaść jedno jednolite rozstrzygnięcie. Dopuszczalna jest co najwyżej modyfikacja kwalifikacji prawnej. Uznanie, że w przedstawionym przypadku mamy do czynienia z nowym typem przestępstwa, kwalifikowanym z kilku przepisów, mającym jeden termin

<sup>2</sup> I KZP 7/18, [www.sn.pl](http://www.sn.pl).

<sup>3</sup> Tak SA w Białymstoku w wyroku z 31 stycznia 2013 r., II AKa 254/12, Legalis nr 715070.

przedawnienia karalności determinowany najsurowszym spośród zbiegających się przepisów, prowadziłoby do konieczności skazania sprawcy za takie zachowanie, które gdyby wystąpiło jako samodzielny czyn kwalifikowany odrębnie, nie mogłoby być ukarane. Przyjmuje się, że te elementy, które decydują o jedności czynu, który podlega kumulatywnej kwalifikacji prawnej, nie mogą niweczyć ujemnych przesłanek procesowych odnoszących się do poszczególnych jego fragmentów. Z uwagi na to, że ujemna przesłanka procesowa z art. 17 §1 pkt 6 k.p.k. ma charakter materialnoprawny, musi wpływać na kształt kwalifikacji kumulatywnej. Konieczne jest zatem pominięcie w podstawie skazania takiego unormowania<sup>4</sup>. Niekiedy wprost podkreśla się, że jeśli ten sam czyn wyczerpuje znamiona opisane w co najmniej dwóch zbiegających się przepisach (na zasadzie zbiegu kumulatywnego), jednakże „w odniesieniu do jednego z przepisów zachodziłoby przedawnienie, to w świetle art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. nie byłaby dopuszczalna kwalifikacja kumulatywna”<sup>5</sup>. Podobne rozwiązanie akceptowane jest w wypadku innych okoliczności wyłączających ściganie, jak choćby brak skargi uprawnionego oskarżyciela czy też wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, lub też abolicji<sup>6</sup>.

Po drugie, trzeba również wskazać prezentowany w orzecznictwie przeciwny pogląd, zgodnie z którym w przedstawionej tu sytuacji wpływ terminu przedawnienia odnośnie do pewnego „fragmentu” czynu opisanego kumulatywnie nie wpływa na kształt kwalifikacji prawnej. Dominuje on w judykaturze SN. Dla uzasadnienia takiego rozwiązania podnosi się, że nie jest istotne, znamiona ilu przepisów sprawca jednym czynem wyczerpał, w takim przypadku jeden czyn i tak stanowi jedno przestępstwo. Oznacza to, że termin przedawnienia karalności odnosi się do takiego czynu jako całości, mimo że co do zbiegających się przepisów zachodzą różne terminy. W takim wypadku termin przedawnienia karalności ustalany jest na podstawie tego przepisu, który jest najsurowszy, a jednocześnie stanowi podstawę wymiaru kary (art. 11 § 3 k.k.)<sup>7</sup>. W innym miejscu SN wyraźnie stwierdził, że skoro jeden czyn zabroniony stanowi jedno przestępstwo, to ma ono jeden termin przedawnienia i nie ma normatywnych podstaw do ustalania terminów przedawnienia dla poszczególnych fragmentów tego czynu. W razie kumulatywnej kwalifikacji prawnej niezbędne jest ustalenie, jaką karą zagrożone jest tak kwalifikowane przestępstwo. Ponieważ zagadnienie wymiaru kary za taki czyn jednoznacznie rozwiązuje przepis art. 11 § 3 k.k., stanowiąc, że karę wymierza się na podstawie przepisu najsurowszego, to konieczne jest przyjęcie, że termin przedawnienia zdeterminowany jest tym właśnie przepisem, a nie przepisami przewidującymi łagodniejsze zagrożenia. W przypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej mamy do czynienia tylko z jednym czynem, więc w grę może wchodzić tylko jeden termin przedawnienia. W przedstawionej sytuacji zachodzi wszak jedno przestępstwo ze

<sup>4</sup> Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 6 maja 2015 r., II AKA 88/15, OSAWr 2015, nr 3, poz. 328; zob. także W. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z 10 kwietnia 1977 r.*, sygn.. RW 116/77, NP. 1978, nr 6, s. 994; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999, s. 171.

<sup>5</sup> Por. wyrok SA we Wrocławiu z 19 czerwca 2001 r., II AKA 218/01, OSA 2001, nr 10, poz. 63.

<sup>6</sup> Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 15 października 2015 r., II AKA 245/15, Legalis nr 1360975.

<sup>7</sup> Por. postanowienie SN z 30 października 2014 r., I KZP 19/14, OSNKW 2015, nr 1, poz. 1; postanowienie SN z 28 maja 2015 r., II KK 131/15, KZS 2015, nr 9, poz. 9.

wspólną oceną, która jest konsekwencją krzyżowania się norm<sup>8</sup>. Przyjmowanie, że poszczególne fragmenty czynu kwalifikowanego kumulatywnie muszą być oceniane odrębnie pod kątem przedawnienia karalności oznaczałoby dzielenie jednego czynu na kilka<sup>9</sup>. Nadto podnosi się, że przedmiotem przedawnienia nie jest kwalifikacja prawna, lecz czyn popełniony przez sprawcę. Stąd w razie kumulatywnej kwalifikacji przestępstwa konieczna jest ocena jego karalności z perspektywy zasady jedności czynu<sup>10</sup>. Instytucja przedawnienia odnosi się zatem do integralnej całości przypisanego czynu, mimo że terminy przedawnienia poszczególnych typów przestępstw, które obejmuje kumulatywna kwalifikacja prawna, są różne<sup>11</sup>. Problem ten był również rozważany w kontekście czynu ciągłego. W orzecznictwie SN stwierdzono, że poszczególne zachowania opisane w czynie ciągłym, co do którego zastosowano kumulatywną kwalifikację prawną z art. 11 § 2 k.k., nawet jeśli pozwalają na ich naturalne wyodrębnienie oraz gdy wypełniają w całości znamiona poszczególnych czynów zabronionych, to nie mogą być analizowane w kontekście terminów przedawnienia w oderwaniu od treści przepisu art. 11 § 3 k.k. oraz art. 101 k.k. Wskutek tego następuje przedawnienie całości przestępstwa, a nie jego pojedynczych składników, a do przestępstwa kwalifikowanego kumulatywnie należy stosować termin przedawnienia na podstawie przepisu najsurowszego<sup>12</sup>. Warto również dodać, w kontekście przytaczanego tutaj stanowiska judykatury, że kara jest wyznacznikiem terminu przedawnienia karalności, a w wypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej jest to kara przewidziana w przepisie najsurowszym. To ona zatem determinuje długość terminu przedawnienia<sup>13</sup>.

Przywołany pogląd, zgodnie z którym o terminie przedawnienia karalności przestępstwa kwalifikowanego kumulatywnie decyduje najsurowszy z przepisów, którego znamiona sprawca wypełnił, wypowiediany jest także w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Wyrażono go na przykład na gruncie instytucji czynu ciągłego, gdzie stwierdzono, że jeśli czyn taki składa się z zachowań mogących odrębnie wypełnić znamiona czynu zabronionego, to ujęcie ich w ramy czynu ciągłego, o którym mowa w art. 12 k.k. przy jednoczesnym zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji prawnej, oznaczać będzie, że termin przedawnienia całego czynu ciągłego wyznaczać będzie termin przedawnienia właściwy dla tego typu czynu, który zagrożony jest karą najsurowszą i który stanowi jednocześnie podstawę wymiaru kary. Wskazany pogląd stanowi rezultat traktowania czynu ciągłego jako jednego czynu zabronionego, do którego znajduje zastosowanie konstrukcja opisana w art. 11 § 2 k.k., a to obliguje do skorzystania z art. 11 § 3 k.k., który determinuje termin przedawnienia karalności. Jak się podkreśla, w kontekście terminu przedawnienia karalności przestępstwa kwalifikowanego kumulatywnie nie można odrywać się od treści art. 11 § 3 k.k. Nie ma podstaw do ustalania odrębnych terminów przedawnienia dla poszczególnych

<sup>8</sup> Tak W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 48–49.

<sup>9</sup> Por. wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50.

<sup>10</sup> Zob. postanowienie SN z 22 marca 2016 r., V KK 345/15, Legalis nr 1430515.

<sup>11</sup> Tak SN w postanowienie z 19 października 2016 r., IV KK 333/16, Legalis nr 1537680.

<sup>12</sup> Zob. wyrok SN z 23 listopada 2016 r., III KK 225/16, OSNKW 2017, nr 4, poz. 18; por. także wyrok SN z 29 października 2015 r., SDI 42/15, Legalis 1364797.

<sup>13</sup> Zob. postanowienie SN z 29 czerwca 2017 r., IV KK 203/17, Legalis nr 1682039.

fragmentów czynu kwalifikowanego kumulatywnie<sup>14</sup>. Ponadto podnosi się w orzecznictwie sądów apelacyjnych, że poprzez kumulatywną kwalifikację prawną poszczególne przepisy, które się nań składają, tracą swoją samodzielność. Utworzone w ten sposób przestępstwo zagrożone jest karą przewidzianą w przepisie najsurowszym, i to on jest wyznacznikiem terminu przedawnienia<sup>15</sup>. Warto również podnieść, że na skutek kwalifikacji kumulatywnej powstaje „nowy” typ przestępstwa zagrożony karą przewidzianą w przepisie najsurowszym, który wyznacza termin przedawnienia<sup>16</sup>.

Wątpliwości związane z przytoczonymi dwoma rozwiązaniami zasygnalizowanego problemu rozstrzygnął SN w uchwale z dnia 20 września 2018 r., w której stwierdził, że w wypadku czynu wyczerpującego znamiona dwóch lub więcej przepisów ustawy karnej, który stanowi przestępstwo podlegające kumulatywnej kwalifikacji prawnej (art. 11 § 2 k.k.), termin przedawnienia jego karalności wyznaczony jest, na podstawie art. 101 k.k., na podstawie wysokości kary grożącej za to przestępstwo określonej w myśl art. 11 § 3 k.k. albo innych przesłanek wymienionych w przepisach dotyczących terminu przedawnienia, a stosuje się go do całego kumulatywnie kwalifikowanego przestępstwa<sup>17</sup>. W uzasadnieniu tej uchwały SN odwołał się przede wszystkim do struktury przestępstwa, wskazał też, że poprzez zastosowanie art. 11 § 2 k.k. powstaje nowy typ przestępstwa. Podniósł, że w razie kumulatywnej kwalifikacji prawnej konieczne jest zbadanie, „czy w relacji do każdego fragmentu zachowania wyodrębnionego przy pomocy zestawów znamion typów czynów zabronionych zbiegających się do oceny prawnej tego samego czynu występują także inne elementy składające się na strukturę przestępstwa”. Jeśli w stosunku do jakiegoś fragmentu zachodzą na przykład podstawy do wyłączenia winy (jak choćby wiek sprawcy), to wówczas fragment ów należy pominąć w kwalifikacji kumulatywnej. Dostrzegając jednak, że nie ma podstaw do identycznego traktowania instytucji przedawnienia, która do struktury przestępstwa nie należy. Aby w podstawie skazania mogły pozostać wszystkie zbiegające się przepisy, w stosunku do każdego fragmentu czynu opisanego kumulatywnie muszą zachodzić przesłanki odpowiedzialności karnej wynikającej ze struktury przestępstwa. W dalszej części uzasadnienia podkreśla się, że jeżeli w konkretnej sprawie nie zachodzą wszystkie warunki karalności w stosunku do fragmentów czynu kwalifikowanego kumulatywnie, a więc nie wszystkie warunki zastosowania normy sankcjonującej, to wówczas nie ma podstaw do kreowania zbiegu kumulatywnego przepisów ustawy. W konsekwencji w uzasadnieniu SN wskazał, że „uznać należy za trafne, ale jedynie w części, stanowisko, zgodnie z którym upływ terminu przedawnienia właściwego dla określonego typu przestępstwa, gdy przepis ustawy karnej zawierającej jego znamiona pozostaje w kumulatywnej

<sup>14</sup> Por. wyrok SA we Wrocławiu z 19 lutego 2015 r., II Aka 13/15, Legalis 1213468.

<sup>15</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 2 sierpnia 2013 r., II Aka 480/12, KZS 2013, nr 4, poz. 15; wyrok SA we Wrocławiu z 22 grudnia 2016 r., sygn. II Aka 337/16, Legalis 1576341; wyrok SA we Wrocławiu z 25 lutego 2016 r., II Aka 331/15, Legalis 1443569; wyrok SA w Katowicach z 2 czerwca 2016 r., II Aka 141/16, OSAKat 2016, nr 3, poz. 4; wyrok SA w Katowicach z 22 czerwca 2017 r., II Aka 150/17, Legalis 1658164.

<sup>16</sup> Por. wyrok SA w Katowicach z 24 maja 2013 r., II Aka 563/12, KZS 2013, nr 10, poz. 63.

<sup>17</sup> I KZP 7/18, www.sn.pl.

kwalifikacji prawnej z innymi przepisami ustawy karnej, nie wyklucza jego powołania w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy”.

Podobnie jak w orzecznictwie, również w doktrynie prawa karnego zasygnalizowany problem prawny nie jest jednolicie rozwiązywany.

A. Wąsek odniósł się krytycznie do możliwości powołania w kwalifikacji prawnej przepisu, określającego typ ścigany z oskarżenia prywatnego nie tylko z powodu nieobjęcia przez prokuraturę ściganiem go z urzędu, ale również wtedy, gdy nastąpiło w tym zakresie przedawnienie karalności<sup>18</sup>. Autor przywołał również pogląd W. Daszkiewicza, wyrażony jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., który stwierdził, że w takim wypadku za pominięciem przepisu o przestępstwie ściganym z oskarżenia prywatnego przemawia materialnoprawny charakter instytucji przedawnienia. Skoro skutkiem przedawnienia jest ustanie karalności, to naturalną konsekwencją tego jest pominięcie przepisu o przestępstwie ściganym z oskarżenia prywatnego, odczynnemu do którego taki termin upłynął<sup>19</sup>.

Można jednak wskazać autorów, którzy inaczej rozstrzygają to zagadnienie. M. Gałązka, w ślad za niektórymi orzeczeniami sądów apelacyjnych, a także SN, podkreśla, że przedawnienie przestępstwa opartego na kumulatywnej kwalifikacji prawnej odnosi się do całości przypisanego czynu, a nie do poszczególnych przepisów składających się na taką kwalifikację. Długość terminu przedawnienia zależna jest od sankcji przepisu najsurowszego, który w myśl art. 11 § 3 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary za przestępstwo kwalifikowane kumulatywnie. Autorka nie przytoczyła żadnych nowych argumentów, poza sformułowanymi w judykaturze dla uzasadnienia takiego rozwiązania. Dostrzegła natomiast, że w orzecznictwie zachodzi rozbieżność w kwestii dopuszczalności powoływania w kwalifikacji prawnej przepisu, który przesądzałby o upływie terminu przedawnienia, gdyby stanowił samoistną kwalifikację prawną czynu<sup>20</sup>.

Bodaj jedynym autorem, który nieco szerzej wypowiedział się w zakresie analizowanego w niniejszym opracowaniu zagadnienia, jest M. Kulik, który wprost stawia pytanie, czy w przypadku zbiegu kumulatywnego w kwalifikacji prawnej należy pominąć przepis typizujący przestępstwo, w stosunku do którego upłynął już termin przedawnienia. Odwołując się do literatury przedmiotu, akcentuje istotę zbiegu kumulatywnego, która postrzegana jest jako instrument umożliwiający oddanie pełnej zawartości kryminalnej czynu, stanowiącego jedno przestępstwo. Wskutek jego zastosowania – jak dalej podkreśla –

ocena zachowania sprawcy nie jest wielokrotna (jak byłoby w wypadku zbiegu idealnego przestępstw), lecz jedna, wspólna. Oznacza to, że w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z kilkoma typami, lecz z jednym. Jest to typ specyficzny. Dochodzi w kon-

---

<sup>18</sup> A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999, s. 171.

<sup>19</sup> W. Daszkiewicz, *Głosa do wyroku SN z 10 kwietnia 1977 r.*, sygn.. RW 116/77, NP. 1978, nr 6, s. 994.

<sup>20</sup> M. Gałązka, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 149.



kretnym wypadku do utworzenia na potrzeby jednostkowego przypadku nowego typu czynu zabronionego, którego zakres ustawowych znamion jest współwyznaczany przez pozostające w zbiegu przepisy<sup>21</sup>.

M. Kulik jednocześnie zaznacza – odwołując się do stanowiska P. Kardasa<sup>22</sup> – iż nie chodzi tutaj o żadną prawotwórczą działalność sądu, lecz o „dekodowanie jednej normy sankcjonowanej z kilku przepisów ustawy”<sup>23</sup>. Podnosi dalej, że w przedstawionej sytuacji mamy do czynienia z czynem zabronionym o własnym zestawie ustawowych znamion, wyznaczonych zbiegającymi się przepisami, a także o własnym zagrożeniu ustawowym, wynikającym z najsurowszego ze zbiegających się przepisów. Wprost dodaje, że „to on wyznacza termin przedawnienia karalności. Czini to w odniesieniu do całego typu, który składa się ze znamion pierwotnie należących do czynów zabronionych pozostających w kumulatywnym zbiegu przepisów, zarówno do tych, które typizują takie czyny zabronione, których termin przedawnienia karalności już jest długi, jak też do tych typizujących takie czyny zabronione, których termin przedawnienia karalności jest krótki<sup>24</sup>. Zdaniem M. Kulika odmienna ocena rzeczowego zagadnienia musiałaby oznaczać, że mamy do czynienia z wielością przestępstw i przedawnieniem karalności nie przestępstwa, lecz kwalifikacji prawnej<sup>25</sup>.

### 3. WŁASNE STANOWISKO W KWESTII ZASYGNALIZOWANEGO PROBLEMU

Wydaje się, że odpowiedź na pytanie, czy w kwalifikacji kumulatywnej czynu pozostaje przepis, opisujący przestępstwo, w stosunku do którego termin przedawnienia karalności już upłynął, musi być poprzedzona rozstrzygnięciem innej kwestii, a mianowicie, czy na skutek kwalifikacji kumulatywnej dochodzi do powstania nowego typu, zagrożonego w istocie karą przewidzianą w przepisie najsurowszym. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć stanowczo przecząco. Trzeba wszak przypomnieć, że typy czynów zabronionych nie tworzy praktyka, lecz ustawodawca. To ustawa, w myśl zasady *nullum crimen sine lege*, wyczerpująco określa znamiona czynu zabronionego. Co więcej, z przytoczonej zasady wynika również inna reguła, a mianowicie *numerus clausus* typów czynów zabronionych oraz zakaz ich tworzenia przy pomocy konstrukcji prawnych przewidzianych w ustawie karnej<sup>26</sup>. Gdyby uznać, że poprzez kumulatywną kwalifikację prawną powstaje nowy

<sup>21</sup> M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 232.

<sup>22</sup> P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 233–234.

<sup>23</sup> M. Kulik, *Przedawnienie karalności...*, op. cit., s. 232.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 233.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Skoro tylko w ustawie może być określony czyn zabroniony, to znaczy, że katalog takich czynów ogranicza się do tych, które są wyraźnie opisane w takim akcie. Więcej na ten temat

typ czynu zabronionego, to należałoby konsekwentnie powiedzieć, że katalog czynów zabronionych jest w istocie otwarty. Konfiguracje krzyżowania się znamion określonych w ustawie z powodu dużej liczby typów są bardzo liczne, nie da się ich skatalogować, wszak praktyka jest bogatsza od prawa stanowionego i często je wyprzedza. Otwarty katalog czynów zabronionych jest nie do pogodzenia z zasadą *nullum crimen sine lege*. Zgodzić się zatem należy z P. Kardasem, który stwierdza, że „dyrektywa wyrażona w przepisie statuującym konstrukcję kumulatywnej kwalifikacji w żadnym wypadku nie prowadzi do przyznania organom stosującym prawo funkcji prawodawczych”<sup>27</sup>. Poprzez zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej organ stosujący prawo nie tworzy wszak nowego typu przestępstwa, lecz dokonuje oceny jednego czynu przez pryzmat kilku przepisów, do czego obliguje treść art. 11 § 2 k.k. Jednakowoż trudno zgodzić się z innym poglądem tego samego autora, jakoby na skutek zastosowania rzeczony konstrukcji prawnej dochodziło „do utworzenia nowego typu czynu zabronionego z elementów wyrażonych w ustawie karnej w znamionach zbiegających się przepisów”<sup>28</sup>. Funkcją przepisu art. 11 § 2 k.k. nie jest bowiem wykreowanie nowego typu czynu zabronionego, lecz wskazanie tych uregulowań, które stanowiąc będą podstawę skazania. Innymi słowy, przepis ten określa regulację (wszystkie zbiegające się przepisy) jako punkt odniesienia przy dokonywaniu oceny jednego czynu.

O tym, że przepis art. 11 § 2 k.k. nie stanowi podstawy wykreowania nowego typu czynu zabronionego, świadczy jego stylizacja. Otóż uregulowanie to wystawia regułę, że w razie zbiegu rzeczywistego przepisów ustawy sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Podstawą skazania stają się wszystkie zbiegające się przepisy. Nie następuje w takim wypadku przypisanie nowego typu, tworzonego niejako *ad hoc*, na skutek okoliczności, w których przyszło działać sprawcy. Takiego sformułowania nie można czytać w ten sposób, że dochodzi tutaj do skazania za nowy czyn zabronionego, stypizowany w zbiegających się przepisach. Zbiegają się bowiem przepisy typizujące różne czyny zabronione. Ustawodawca nakazuje jedynie dokonywać oceny czynu popełnionego przez sprawcę z perspektywy wszystkich zbiegających się przepisów.

Nie można zgodzić się również z przywołaną wyżej tezą, że na skutek zbiegu przepisów powstaje typ czynu zabronionego, który zagrożony jest karą przewidzianą w przepisie najsurowszym. Taki pogląd popada w kolizję z funkcją art. 11 § 3 k.k., który nie stanowi o zagrożeniu nowego typu, lecz przewiduje dyrektywę interpretacyjną adresowaną wyłącznie do sądu i wskazującą na to, który ze zbiegających się przepisów będzie stanowił podstawę wymiaru kary. Za takim rozumieniem przepisu art. 11 § 3 k.k. przemawia jego brzmienie literalne, z którego nie wynika, że kara przewidziana w przepisie najsurowszym stanowi zagrożenie

---

zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 94; R. Dębski, *Zasada nullum crimen sine lege i postulat wyłączności ustawy*, „Acta Universitatis Lodzianis, Folia Iuridica” 1992, nr 50, s. 100; T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada nullum crimen sine lege (wybrane zagadnienia)*, „Annales UMCS” 1977, Sectio G, vol. XXIV, s. 147; J. Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 146.

<sup>27</sup> P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym...*, op. cit., s. 233–234.

<sup>28</sup> Ibidem.

ustawowe dla nowego typu, że tak skonstruowane przestępstwo zagrożone jest przepisem najsurowszym, lecz tylko tyle, że stanowi on podstawę wymiaru kary.

Faktem jest, że funkcją przepisu art. 11 § 2 k.k. jest to, aby w kwalifikacji prawnej czynu oddać w pełnym zakresie jego zawartość kryminalną, cały ładunek bezprawia. To mogłoby przemawiać przeciwko pomijaniu w podstawie skazania przepisu, który dotyczy przestępstwa, odnośnie do którego termin przedawnienia już minął. Nie jest to jednak reguła nieznaną wyjątków. Przyjąć należy, że w razie popełnienia czynu przez sprawcę, który nie ukończył 17 lat, ale ukończył lat 15, który jest kwalifikowany kumulatywnie na podstawie jednego z przepisów wskazanych w art. 10 § 2 k.k. oraz przepisu spoza tego katalogu, względem zasady płynącej z art. 10 § 1 k.k. nakazuje pominąć ten ostatni przepis w podstawie skazania<sup>29</sup>. Jeżeli zbiegają się ze sobą przepisy dotyczące przestępstw ściganych z urzędu i na wniosek, ujęcie w kwalifikacji prawnej takiego czynu przepisu odnoszącego się do przestępstwa ściganego na wniosek jest uzależnione od tego, czy taki wniosek został złożony<sup>30</sup>. Brak wniosku nakazuje pominięcie go w podstawie skazania. Wreszcie jeśli zbiega się przepis dotyczący przestępstwa ściganego z urzędu oraz z oskarżenia prywatnego, ujęcie obydwu przepisów w ramy jednej kwalifikacji prawnej jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy prokurator podjął decyzję o ściganiu całego przestępstwa z urzędu w imię ochrony interesu społecznego (art. 60 § 1 k.p.k.)<sup>31</sup>. Jeśli takiej decyzji prokurator nie podejmie, w kwalifikacji prawnej należy wyłączyć przepis o przestępstwie ściganym z oskarżenia prywatnego. Jeszcze innym wyjątkiem od zasady oddawania w kumulatywnej kwalifikacji prawnej pełnego ładunku bezprawia jest sytuacja, w której sprawca dopuszcza się tzw. usiłowania kwalifikowanego, ale dobrowolnie zapobiegnie skutkowi należącemu do znamion przestępstwa materialnego pierwotnie zamierzonego. Jako przykład można podać przypadek, w którym sprawca oddał celny strzał w kierunku ofiary w celu pozbawienia jej życia, po czym zreflektował się, wezwał pogotowie ratunkowe i tym samym uratował życie pokrzywdzonemu, choć nie ustrzegł go przed ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu polegającym na utracie jednego płuca. W takim wypadku, dla oddania pełnej zawartości kryminalnej czynu sprawcy, należałoby powołać przepis art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. oraz art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Znamiona wskazanych tutaj przestępstw zostały bowiem wyczerpane. Jednakże z uwagi na treść przepisu art. 15 § 1 k.k., który zabrania pociągania do odpowiedzialności karnej za usiłowanie zabójstwa, przepisy art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. muszą zostać pominięte, wszak zachowanie to nie ulega karze.

Przedstawione sytuacje wskazują wyjątki od zasady oddania w kwalifikacji prawnej czynu pełnego ładunku bezprawia. Wyjątki te są konieczne ze względu na

<sup>29</sup> Por. wyrok SA we Wrocławiu z 15 października 2015 r., II Aka 245/15, Legalis 1360975; wyrok SA w Katowicach z 20 listopada 2014 r., II Aka 313/14, Lex 1665550.

<sup>30</sup> Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016, s. 204; por. też wyrok SN z 14 czerwca 2002 r., II KKN 267/01, Legalis 59429; wyrok SN z 15 października 2003 r., IV KK 299/03, Legalis 98122.

<sup>31</sup> M. Czekaj, *Ingerencja prokuratury w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8, s. 46.

potrzebę poszanowania zasad odpowiedzialności karnej, trybów ścigania, a przede wszystkim woli pokrzywdzonego co do ścigania niektórych spośród nich. Skoro dopuszcza się wyjątki od zasady oddania w kwalifikacji prawnej czynu pełnego ładunku bezprawia, aby zachować spójne egzystowanie różnych instytucji w obszarze prawa karnego, to w imię harmonijnej koegzystencji kumulatywnej kwalifikacji prawnej oraz instytucji przedawnienia karalności konieczne jest pomijanie w kwalifikacji przepisu określającego typ czynu, w stosunku do którego termin przedawnienia już upłynął. I nie jest to dzielenie jednego czynu na kilka, wszak ocenie podlega wciąż jeden czyn. Przyjmowanie, że w takim wypadku dochodzi do dzielenia jednego czynu, stanowi przejaw pomieszania ontycznej podstawy oceny (czyn) z punktem odniesienia dla tej oceny, którym są zbiegające się przepisy. Czyn pozostaje ten sam, a modyfikacji ulega jedynie jego ocena prawna.

Występujące w prawie karnym wyjątki od zasady oddania w kwalifikacji prawnej czynu całego ładunku bezprawia, a zwłaszcza konieczność uwzględnienia również okoliczności uchylających karalność, jedynie potwierdzają nieodzowność eliminowania z kwalifikacji prawnej czynu tego przypisu, który odnosi się do przestępstwa, w stosunku do którego termin przedawnienia już upłynął. Trudno oprzeć się wrażeniu, że powołanie takiego przepisu w podstawie skazania uchylbia zasadzie wynikającej z art. 101 k.k., która stanowi, że sprawcy przestępstwa nie pociąga się do odpowiedzialności karnej za określone zachowania w razie upływu wskazanego tam terminu. Pozostawienie takiego uregulowania w kwalifikacji prawnej oznacza *de facto* pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej również za realizację znamion czynu, co do którego termin przedawnienia upłynął. Kiedy zważy się na fakt, że przedawnienie karalności jest okolicznością wyłączającą karalność przestępstwa, to podobnie jak w przypadku klauzuli z art. 15 § 1 k.k., konieczne staje się modyfikowanie kwalifikacji prawnej czynu w sposób uwzględniający konsekwencje wynikające z obydwu instytucji. Skazanie sprawcy również na podstawie przepisu odnoszącego się do przestępstwa, w stosunku do którego termin przedawnienia już upłynął, godzi w funkcję gwarancyjną prawa karnego, a przede wszystkim w instytucję przedawnienia karalności. Jakkolwiek sprawca nie ma ekspektatywy przedawnienia karalności czynu, który popełnił, to jeśli termin takiego przedawnienia upłynął, zmienia się zakres odpowiedzialności karnej, do której można go pociągnąć. Zmiana ta następuje z mocy prawa, niezależnie od woli organów ścigania czy też pokrzywdzanego, ba!, nawet niezależnie od woli samego sprawcy.

Za pominięciem w kwalifikacji kumulatywnej przepisu typizującego przestępstwo, w stosunku do którego termin przedawnienia karalności już upłynął, przemawia również tożsamy skutek procesowy tej instytucji oraz negatywna przesłanka procesowa w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela w wypadku przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego. Nie ulega wątpliwości, że zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku zachodzi przeszkoda do prowadzenia procesu karnego, aczkolwiek określone są one w dwóch różnych jednostkach w art. 17 § 1 k.p.k. Trzeba jednak podkreślić, że zarówno brak skargi prywatnej, jak i przedawnienie karalności nie uchylają przestępności czynu popełnionego przez sprawcę, lecz uniemożliwiają prowadzenie procesu karnego w tym zakresie, a tym samym pocią-

gnięcie do odpowiedzialności karnej. W jednym i w drugim przypadku zachodzą przeszkody do orzeczenia kary. Jak już podkreślono, jeśli zbiegają się przepisy typizujące przestępstwa ścigane z urzędu oraz z oskarżenia prywatnego, to brak decyzji prokuratora w trybie art. 60 § 1 k.p.k. powoduje konieczność wyeliminowania tego ostatniego z podstawy skazania. Taki sam skutek musi więc wywołać upływ terminu przedawnienia odnośnie do fragmentu czynu kwalifikowanego kumulatywnie.

Zwolennicy poglądu, zgodnie z którym nie należy eliminować z kwalifikacji kumulatywnej przepisu, w stosunku do którego upłynął termin przedawnienia, podnoszą, że przedawnieniu ulega przestępstwo jako całość (zgodnie z art. 101 § 1 k.k.), a nie jego kwalifikacja prawna, że w takim przypadku czyn podlega całościowej, a nie fragmentarycznej ocenie, co miałyby przesądzać o tym, że termin przedawnienia karalności został zdeterminowany przepisem przewidującym karę najsurowszą, stanowiącym zgodnie z art. 11 § 3 k.k. podstawę wymiaru kary. Trudno oprzeć się wrażeniu, że i w takim wypadku ocena prawna czynu z perspektywy przedawnienia karalności jest fragmentaryczna, wszak ogranicza się do przepisu przewidującego karę najsurowszą. W zakresie przedawnienia odnosimy się w takim przypadku również do fragmentu czynu, a nie do przestępstwa jako całości, tj. tylko do przepisu przewidującego karę najsurowszą. Odnoszenie przedawnienia karalności do całego przestępstwa kwalifikowanego kumulatywnie nakazuje modyfikować kwalifikację prawną w zależności od upływu terminu przedawnienia w stosunku do fragmentów opisanych przepisami zagrożonymi łagodniejszymi sankcjami.

Wreszcie warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż w art. 8 § 1 k.k.s. przewidziano instytucję idealnego zbiegu m.in. przestępstwa skarbowego z przestępstwem powszechnym. Jej konsekwencją jest to, że mimo popełnienia jednego czynu, sprawca podlega karze za dwa przestępstwa, wszak stosuje się każdy z przepisów, tj. przepis prawa karnego powszechnego i prawa karnego skarbowego. W takiej sytuacji ontycznie mamy do czynienia z jednym czynem, ale ustawodawca nakazuje przyjąć tutaj fikcję dwóch czynów zabronionych. Nie można wykluczyć, że w takim wypadku termin przedawnienia karalności będzie inny dla przestępstwa powszechnego, a inny dla przestępstwa skarbowego. Mimo jednego czynu w sensie ontycznym, nie da się stosować w takim przypadku jednego terminu przedawnienia, wszak Kodeks karny reguluje tę instytucję odrębnie (art. 101 k.k.) od Kodeksu karnego skarbowego (art. 44 § 1 k.k.s.). Jako przykład może posłużyć sytuacja, w której sprawca nie prowadzi ksiąg rachunkowych (art. 60 § 1 k.k.s.) i w ten sposób wyrządza znaczną szkodę majątkową (art. 303 § 2 k.k.). W doktrynie prawa karnego skarbowego podkreśla się, że w takiej sytuacji zachodzi zbieg idealny przestępstwa skarbowego z przestępstwem powszechnym<sup>32</sup>. Przestępstwo skarbowe zagrożone jest karą grzywny do 240 stawek dziennych, co oznacza, że przedawnia się z upływem 5 lat (art. 44 § 1 pkt 1 k.k.s.). A przestępstwo powszechne zagrożone jest karą od 3 miesięcy do 5 lat, co oznacza, że karalność tego przestępstwa ustaje po 10 latach (art. 101 § 1 pkt 3). Jeśli krótszy termin upłynie, to oczywiście

<sup>32</sup> Tak np. I. Zgoliński, w: idem (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 408.

jest, że przepisu typizującego czyn przedawniający się w tym krótszym terminie nie będzie można zastosować. W przedstawionym przykładzie nie będzie zatem odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe. Podobna sytuacja zajdzie w razie idealnego zbiegu wykroczenia skarbowego z przestępstwem powszechnym, a nadto wykroczenia powszechnego z przestępstwem powszechnym (art. 10 § 1 k.k.). W takim wypadku termin przedawnienia karalności biegnie osobno dla wykroczenia i osobno dla przestępstwa, a upływ krótszego z nich powoduje brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za czyn podlegający krótszemu terminowi przedawnienia. Ustawodawca zna zatem sytuacje, w których w stosunku do tego samego czynu z sensie faktycznym biegną dwa terminy przedawnienia karalności. Podobieństwo pomiędzy zbiegiem kumulatywnym a zbiegiem idealnym sprowadza się do ich ontycznej podstawy, którą jest jeden czyn, a różnica wynika tylko z przyjęcia takiego, a nie innego rozwiązania normatywnego, które nakazuje albo multiplikację ocen bez multiplikacji czynów zabronionych, albo multiplikację ocen równoznaczną z multiplikacją czynów zabronionych. W wypadku idealnego zbiegu skazywanie za dwa odrębne przestępstwa (wykroczenia) stanowi pewną fikcję przyjętą przez ustawodawcę, wynikającą z odrębności między prawem karnym powszechnym a prawem karnym skarbowym i prawem wykroczeń. Wydaje się zatem, że można byłoby narazić się na zarzut naruszenia spójności systemowej, gdyby w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych przyjmować konieczność uwzględnienia upływu terminu przedawnienia w stosunku do jednego z nich, ale w wypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej, opartej też na jednym czynie, już nie. Sądzić należy, że z powodu tego, iż podstawa faktyczna obydwu instytucji jest taka sama (jeden czyn), konieczne jest uchylenie się od zastosowania przepisu opisującego przestępstwo, w stosunku do którego termin przedawnienia karalności już upłynął. Wyłączenie stosowania takiego przepisu będzie się odbywało poprzez umorzenie postępowania w sprawie o jeden z czynów w razie idealnego zbiegu, a w wypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej – poprzez jej modyfikację.

Dotychczasowe rozważania pokazują, że w polskim systemie prawnym znane są sytuacje, w których mimo jednego czynu kwalifikowanego kumulatywnie z co najmniej dwóch przepisów ustawy, niektóre spośród nich są z różnych powodów eliminowane. Eliminacja odpowiedzialności za realizację znamion czynu zabronionego w takim wypadku jest wymuszona potrzebą pogodzenia kwalifikacji prawnej czynu z innymi instytucjami prawa karnego, wynika zatem z potrzeby systemowego podejścia, a także zachowania spójności pomiędzy różnymi konstrukcjami prawnymi. Te warunki spełnia rozwiązanie, zgodnie z którym w razie upływu terminu przedawnienia w stosunku do przestępstwa opisanego kumulatywnie zbiegającym się z przepisem z innymi regulacjami konieczne jest pominięcie tego pierwszego.

Oczywiście trzeba mieć świadomość, że takie rozwiązanie, jakkolwiek w sensie dogmatycznym godzi instytucję kumulatywnej kwalifikacji prawnej (art. 11 § 2 k.k.) z konstrukcją prawną przedawnienia karalności (art. 101 k.k.), to w praktyce może jednak powodować problemy z opisem czynu przypisanego sprawcy. Jeśli bowiem na skutek eliminacji jednego ze zbiegających się przepisów w wyniku upływu terminu przedawnienia w stosunku do opisa-

nego nim przestępstwa nie będzie możliwe opisanie środka, którym sprawca posłużył się w trakcie popełnienia czynu, to opisanie całego czynu może być znacznie utrudnione. Jako przykład niechaj posłuży zbieg przepisu art. 273 k.k. z art. 286 § 1 k.k., gdzie sprawca, posługując się sfałszowanym dokumentem, wprowadza pokrzywdzonego w błąd i w ten sposób doprowadza go do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Wylimitowanie z kwalifikacji prawnej przepisu art. 273 k.k. na skutek upływu terminu przedawnienia oznacza, że nie będzie można w opisie czynu wskazać, że sprawca posłużył się sfałszowanym dokumentem, a to pociąga za sobą fakt, że nie będzie możliwe wyartykułowanie tego, przy pomocy czego sprawca wprowadził pokrzywdzonego w błąd. Nie można wszak ogólnie napisać o wprowadzeniu w błąd, konieczne jest podanie, jak sprawca to uczynił. W przedstawionej sytuacji powstaje zatem problem z opisem czynu zarzucanego, a potem przypisywanego.

Przedstawiony przykład wskazuje na to, że proponowane w niniejszym opracowaniu rozwiązanie zasygnalizowanego problemu, mające na celu pogodzenie instytucji kumulatywnej kwalifikacji prawnej z konstrukcją przedawnienia karalności, może utrudniać praktykę stosowania zbiegających się przepisów. Wskazanych tu problemów praktycznych można natomiast uniknąć, przyjmując rozwiązanie, zgodnie z którym o długości terminu przedawnienia decyduje przepis najsurowszy. Zasygnalizowany w tytule problem jest jedynie dowodem na to, że nie zawsze można pogodzić rozwiązania dogmatyczne z potrzebami w zakresie praktyki stosowania prawa.

## BIBLIOGRAFIA

- Czekaj M., *Ingerencja prokuratura w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8.
- Daszkiewicz W., *Glosa do wyroku SN z 10 kwietnia 1977 r.*, sygn.. RW 116/77, NP. 1978, nr 6.
- Gałązka M., w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.
- Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014.
- Spotowski A., *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999.
- Wolter W., *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960.
- Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kółka Karmistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2006.
- Zgoliński I., w: idem (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016.
- Zoll A., *Zbieg przepisów ustawy w polskim prawie karnym*, „Annales UMCS” 2013, Sectio G, Ius, vol. 60.

## CUMULATIVE LEGAL CLASSIFICATION AND THE STATUTE OF LIMITATIONS IN CRIMINAL LAW

### Abstract

The issue of the relation between the cumulative legal classification and barring punishment by the statute of limitations in criminal law is seldom a subject of broader considerations in literature. It concerns a situation in which provisions laying down different sanctions concur, and for one of the offences specified in them the limitation period has lapsed. This raises a question whether the provision specifying that act should be referred to in the grounds for sentencing or whether it should be eliminated. Two extreme opinions on the issue were developed in the practice of law enforcement, which inspired the First President of the Supreme Court to file a motion to the Supreme Court to adopt a resolution that shall make case law uniform. The Supreme Court adopted a resolution concerning the case I KZP 7/18 on 20 September 2018. The article aims to solve the problem in a different way from the one the Supreme Court proposed in its resolution.

Key words: law, criminal law, cumulative legal classification, barring punishment by the statute of limitations

## KUMULATYWNA KWALIFIKACJA PRAWNA A PRZEDAWNNIENIE KARALNOŚCI W PRAWIE KARNYM

### Streszczenie

Zagadnienie relacji pomiędzy kumulatywną kwalifikacją prawną a przedawnieniem karalności w prawie karnym jest rzadko przedmiotem szerszych rozważań w literaturze. Chodzi o sytuację, w której zbiegają się ze sobą przepisy operujące różnymi sankcjami, a w stosunku do przestępstwa opisanego w jednym z nich upłynął już termin przedawnienia karalności. Rodzi się pytanie, czy przepis typizujący ten czyn należy powoływać w podstawie skazania, czy też trzeba go pominąć. W praktyce wymiaru sprawiedliwości wykształciły się dwa skrajne stanowiska w tym zakresie, co skłoniło Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do złożenia wniosku do SN o podjęcie uchwały w tym przedmiocie, która ujednolici orzecznictwo. Uchwała zapadła przed SN w dniu 20 września 2018 r. w sprawie I KZP 7/18. Celem niniejszego opracowania jest próba rozwiązania zasygnalizowanego problemu w sposób odmienny od tego, który zaproponował SN w swojej uchwale.

Słowa kluczowe: prawo, prawo karne, kumulatywna kwalifikacja prawna, przedawnienie karalności



## LA CALIFICACIÓN CUMULATIVA Y LA PRESCRIPCIÓN DE DELITO EN EL DERECHO PENAL

### Resumen

La relación entre calificación cumulativa y la prescripción de delito en el derecho penal no es frecuentemente un objeto de análisis más amplia en la doctrina. Se trata de caso en el cual hay un concurso de normas que prevén sanciones diferentes y un delito descrito por estas normas ya ha prescrito. Por lo tanto, cabe considerar si se puede mencionar dicho precepto en los fundamentos de la condena, o hay que prescindir de él. En la práctica, existen dos posturas opuestas en este ámbito, lo que motivó al Presidente del Tribunal Supremo a presentar solicitud al Tribunal Supremo de adoptar un acuerdo al respeto que consolide la jurisprudencia. El acuerdo fue dictado por el Tribunal Supremo el 20 de septiembre de 2018 en la causa I KP/18. El presente artículo intenta solucionar este problema de forma distinta a la que propone el Tribunal Supremo en su acuerdo.

Palabras claves: derecho, derecho penal, calificación cumulativa, prescripción de delito

## НАКОПИТЕЛЬНАЯ ПРАВОВАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ И ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДАВНОСТИ СУДИМОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

### Резюме

Проблематика, касающаяся отношений между накопительной правовой классификацией и истечением срока давности судимости в уголовном праве не столь часто служит предметом более широкого обсуждения в предметной литературе. Речь идёт о ситуации, в которой правовые положения, касающиеся различных санкций, соприкасаются между собой, а в случае преступления, содержащегося в одном из них, срок давности судимости уже истёк. Возникает вопрос: следует ли классифицировать положение, определяющее это действие, на основании приговора, или его следует пропустить? В практике правосудия разработаны две крайние позиции в этой области, что побудило Первого Председателя ВС представить заявление в Верховный суд о принятии Постановления по этому вопросу, которое унифицировало бы судебную практику. Постановление было принято Верховным судом 20 сентября 2018 года по делу I KZP 7/18. Целью настоящего исследования является попытка решения представленной проблематики, отличного от предложенного в Постановлении Верховного суда.

Ключевые слова: право, уголовное право, накопительная правовая классификация, истечение срока давности судимости.

## KUMULATIVE RECHTSFINDUNG UND STRAFBARKEITSVERJÄHRUNG IM STRAFRECHT

### Zusammenfassung

Die Beziehungsangelegenheit zwischen kumulativer Rechtsfindung und der Strafbarkeitsverjährung im Strafrecht ist selten Gegenstand breiterer Erwägungen in der Literatur. Es handelt sich hier um eine Lage, in welcher Vorschriften verschiedene Sanktionen anwendend, zusammen münden, und angesichts eines Verbrechens mit einer solchen Vorschrift beschrieben worden zu sein, dessen Strafbarkeitsverjährungstermin bereits abgelaufen ist. So entsteht die Frage, ob die Vorschrift, welche dieses Delikt typisiert, in der Rechtsgrundlage für die Verurteilung berufen werden soll, oder diese Vorschrift gemieden werden soll. In der Gerichtsbarkeitspraxis sind zwei krasse Standpunkte in diesem Umfang entstanden, was den Ersten Vorsitzenden des Obersten Gerichtes (OG) dazu geneigt hat, einen Antrag zum OG einzureichen, um einen diesbezüglichen Beschluss zu fassen, welcher die Rechtsprechung zu vereinheitlichen vermag. Der Beschluss fiel vor dem OG am 20. September 2018 mit Aktenzeichen I KZP 7/18. Das Ziel dieser Bearbeitung ist ein Lösungsversuch des angedeuteten Problems auf einem anderen Wege, als das OG es in seinem Beschluss vorgeschlagen hat.

Schlüsselwörter: Recht, Strafrecht, kumulative Rechtsfindung, Strafbarkeitsverjährung

## CLASSIFICATION JURIDIQUE CUMULATIVE ET PRESCRIPTION EN DROIT PÉNAL

### Résumé

La question de la relation entre la qualification juridique cumulative et le délai de prescription en droit pénal fait rarement l'objet de considérations plus larges dans la littérature. Il s'agit d'une situation dans laquelle les dispositions relatives à diverses sanctions coïncident et où, pour l'infraction décrite par l'une d'elles, le délai de prescription de la responsabilité pénale a expiré. La question qui se pose est de savoir si la disposition qui caractérise cet acte doit être invoquée dans le fondement de la condamnation ou si elle doit être omise. Dans la pratique de la justice, deux positions extrêmes dans ce domaine se sont développées, ce qui a amené le Premier Président de la Cour suprême à soumettre à la Cour suprême une demande d'adoption d'une résolution à ce sujet, qui unifierait la jurisprudence. La résolution a été adoptée devant la Cour suprême le 20 septembre 2018 dans l'affaire n° I KZP 7/18. Le but de cette étude est d'essayer de résoudre le problème signalé d'une manière différente de celle proposée par la Cour suprême dans sa résolution.

Mots-clés : droit, droit pénal, classification juridique cumulative, prescription pénale

RELAZIONE TRA LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA CUMULATIVA E LA  
PRESCRIZIONE IN DIRITTO PENALE

## Sintesi

La questione della relazione tra la qualificazione giuridica cumulativa e i termini di prescrizione è raramente oggetto di ampie considerazioni in letteratura. Si tratta di una situazione in cui convergono norme con sanzioni diverse, e nei confronti del reato descritto in una di esse il termine di prescrizione è già decorso. Sorge la domanda se la disposizione che caratterizza questo atto debba essere invocata nella base della condanna o se debba essere omessa. Nella prassi della magistratura si sono sviluppate due posizioni estreme al riguardo, il che ha spinto il primo Presidente della Corte suprema a presentare una mozione alla Corte suprema per adottare una deliberazione in materia, che unificherebbe la giurisprudenza. La delibera è stata adottata dinanzi alla Corte suprema il 20 settembre 2018, in causa I KZP 7/18. L'obiettivo di questo studio è tentare di risolvere il problema segnalato in modo diverso da quello proposto dalla Corte suprema nella deliberazione.

Parole chiave: diritto, diritto penale, qualificazione giuridica cumulativa, prescrizione

Cytuj jako: Lachowski J., *Cumulative legal classification and the statute of limitations in criminal law* [Kumulatywna kwalifikacja prawna a przedawnienie karalności w prawie karnym], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 2, s. 107–123. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.18/j.lachowski

Cite as: Lachowski, J. (2019). ‘Cumulative legal classification and the statute of limitations in criminal law’. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 107–123. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.18/j.lachowski



# OBOWIĄZKI BANKÓW ZWIĄZANE Z PRZECIWDZIAŁANIEM PRANIU PIENIĘDZY ORAZ FINANSOWANIU TERRORYZMU W ŚWIETLE ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW

ANNA GOLONKA \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.19/a.golonka

## 1. WSTĘP

W dniu 13 lipca 2018 r. weszła w życie Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (zwana dalej: u.p.p.)<sup>1</sup>, uchylająca obowiązującą w tym względzie do dnia 12 lipca 2018 r. ustawę o tożsamym tytule, zastępując jej postanowienia nowymi. Uchylona ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. była zarazem pierwszą krajową regulacją o kompleksowym charakterze nastawioną na zapobieganie zjawisku prania pieniędzy (pierwotnie – zgodnie z jej tytułem – na przeciwdziałanie wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych oraz nieujawnionych źródeł<sup>2</sup>), wyznaczającą trzon przepisów regulujących tę kwestię. W wyniku nowelizacji tej ustawy z dnia 27 września 2002 r. jej zakresem objęto dodatkowo przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu<sup>3</sup>. Ustawa

---

\* Anna Golonka, dr. hab., prof. UR, Zakład Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego; e-mail: anna\_golonka@o2.pl; ORCID: 0000-0002-0199-2203

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, Dz.U. z 2018 r., poz. 723 ze zm. Wnioskodawcą projektu przedmiotowej ustawy był Minister Rozwoju i Finansów. Projekt złożono dnia 5 maja 2017 r. i nadano mu numer (druku sejmowego) 2233. Druk sejmowy nr 2233 jest dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2233> (dostęp: 30.05.2018).

<sup>2</sup> Pierwotnie jako: Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, Dz.U. z 2000 r., Nr 116, poz. 1216.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 27 września 2002 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, Dz.U. z 2002 r., Nr 180, poz. 1500.

z dnia 1 marca 2018 r. nie zmieniła nic w zakresie tematyki regulacji, zarazem przewidując unormowania odnoszące się do zapobiegania obydwu wspomnianym zjawiskom. Wobec powyższego nasuwają się zasadnicze pytania, czy przeprowadzenie tej zmiany było konieczne, jaki był jej zasadniczy powód (*ratio legis*), tudzież jakie obowiązki dla instytucji obowiązanych przewiduje znowelizowana u.p.p.?

W odpowiedzi na dwa pierwsze z postawionych pytań – zważywszy na „tradycję” legislacyjną kolejnych zmian wprowadzanych do poprzednio obowiązującej Ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. – nie może pozostawiać złudzeń to, że w zasadzie jedynym motywem, przemawiającym za zmianą *status quo* w omawianym względzie były unormowania wspólnotowe. Podobnie jak wszystkie kolejne zmiany, jakim była poddawana „poprzedniczka”, także i „nowa” u.p.p. jest rezultatem potrzeby dostosowania rodzimych regulacji do wymagań unijnych. Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. dokonała bowiem implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (zwanej IV Dyrektywą AML), zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 oraz uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE, a także dyrektywę Komisji 2006/70/WE. Warto jednak w tym miejscu nadmienić, że aktualnie prowadzone są zaawansowane prace legislacyjne nad kolejną, „piątą” już dyrektywą AML (*vide* propozycje Komisji Europejskiej 2016/0208 (COD) z dnia 5 lipca 2016 r., przyjęte przez Radę w dniu 14 maja 2018 r.), której celem jest m.in. usprawnienie procesu wymiany informacji pomiędzy jednostkami analityki finansowej, poszerzenie regulacji w zakresie zagrożenia wykorzystania nowoczesnych technologii dla celu popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, a także uwzględnienie narażenia przedstawicieli zawodów prawniczych na możliwość podwyższonego ryzyka zagrożenia aktywnym udziałem w takich procederach<sup>4</sup>.

Natomiast w odpowiedzi na pytanie dotyczące zakresu zmian wprowadzonych w u.p.p., należy *expressis verbis* zaznaczyć, iż „nowa” ustawa wprowadza wiele daleko idących zmian w stosunku do postanowień przewidzianych w ustawie z 16 listopada 2000 r. Nie tylko, że w odmienny od dotychczas przyjmowanego sposób definiuje ona instytucje obowiązane, ale ponadto także nakłada na nie wiele nowych obowiązków, w szczególności związanych z potrzebą oceny ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, a także stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Stanowi to jednocześnie asumpt do tego, aby przyrzeć się regulacjom u.p.p. z 1 marca 2018 r. i poddać je bardziej wnikliwej analizie. Ograniczając się jednak do meritum, wyznaczonego tematem tego artykułu, wypada skoncentrować się przy tym na tych aspektach prawnych, które wynikają z nałożenia na instytucje obowiązane, zwłaszcza banki, nowych obowiązków związanych z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, przynajmniej w takim zakresie, w jakim różnice w tym względzie są wystarczająco istotne, aby w porównaniu z poprzednio obowiązującymi unormowaniami (tj. Ustawą z dnia 16 listopada 2000 r.) poświęcić im miejsce na łamach tego opracowania.

---

<sup>4</sup> Dokument dostępny na stronie: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_15849\\_2017\\_INIT&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15849_2017_INIT&from=PL) (dostęp: 19.07.2018).

## 2. BANKI JAKO INSTYTUCJE OBOWIĄZANE DO PRZECIWDZIAŁANIA PRANIU PIENIĘDZY ORAZ FINANSOWANIU TERRORYZMU

Banki, podobnie jak to miało miejsce na gruncie Ustawy z dnia 16 listopada 2000 r., „pod rządami” u.p.p. zostały zaliczone do instytucji obowiązanych do przeciwdziałania omawianym procederom. Kwestia objęcia ich unormowaniami dotyczącymi przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu nie powinna nasuwać najmniejszych wątpliwości, chociażby tylko z historycznego punktu widzenia.

To banki bowiem jako pierwsze podmioty (potencjalnie zresztą najbardziej narażone na negatywne skutki prania pieniędzy) wprowadziły regulacje z tym związane, takie jak:

- zarządzenie Prezesa NBP nr 16/92 z dnia 1 października 1992 r. (Dz. Urz. NBP nr 9, poz. 20), wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 100 ust. 5 pkt 2 i 3 Ustawy z dnia 31 stycznia 1989 r. – Prawo bankowe,
- zarządzenie Prezesa NBP nr C/2/I/94 z dnia 17 stycznia 1994 r., które zastąpiło powyższy akt prawny, a także,
- uchwałę Komisji Nadzoru Bankowego nr 4/98 z dnia 30.06.1998 r. (wydana na podstawie delegacji zawartej w art. 106 ust. 1 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe<sup>5</sup>).

Nie dziwi więc fakt, że banki są tymi podmiotami, w których – jak potwierdzają wyniki prac analitycznych Departamentu Informacji Finansowej – najrzetelniej przestrzegane są procedury związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Jak wynika ze Sprawozdania GIIF z wykonania Ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. za 2017 rok, Generalny Inspektor otrzymał w 2017 r. od instytucji obowiązanych 3272 zawiadomienia opisowe (z ogólnej liczby 4115 zawiadomień opisowych o działalności i transakcjach podejrzanych, tzw. SAR-ów; ang. Suspicious Activity Reports, które włączono do prowadzonych postępowań analitycznych)<sup>6</sup>. Podobnie jak w latach ubiegłych, najwięcej zarejestrowanych zawiadomień pochodziło od banków/oddziałów banków zagranicznych, a precyzyjnie – 3104 zawiadomienia w 2017 r., co stanowiło aż 94,87% globalnej ich liczby, zarejestrowanej w systemie informatycznym jako pochodzących od instytucji obowiązanych<sup>7</sup>.

W tym kontekście nie może zatem dziwić, że to właśnie banki reprezentują sektor usług rynku finansowego najbardziej zagrożony możliwością ich wykorzystania do celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, i to niezależnie od tego, jaką pozycję zajmują z punktu widzenia strategii czy roli ich zaangażowania w przeprowadzenie danego procederu. Banki mogą bowiem zajmować jedynie pozycję pasywną (przy czym założenie o ich całkowitym „wyłączeniu” spod udziału w takim procederze – przynajmniej z praktycznego punktu widzenia – jak

<sup>5</sup> Tekst jednolity Dz.U. z 2017 r., poz. 1876 ze zm.

<sup>6</sup> Sprawozdanie GIIF z realizacji ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. za 2017 r., Warszawa, marzec 2018 r., dostępne na stronie: <https://www.mf.gov.pl/documents/764034/1223641/Sprawozdanie+2017> (dostęp: 23.07.2018).

<sup>7</sup> Ibidem.

się podkreśla, w obecnych warunkach gospodarczych jest w zasadzie niemożliwe). Mogą one także zajmować pozycję aktywną, w tym wypadku działając jako podmioty: „(...) zamieszane w legalizację dochodów pochodzących z działalności niezgodnej z literą prawa w sposób nieświadomy i trudny do wykrycia przez wspomniane podmioty” (co może wynikać m.in. z niedostosowania lub nieprzestrzeżenia obowiązków czy procedur postępowania przewidzianych obowiązującymi przepisami, a niekiedy z ich nazbyt „dowolnej” interpretacji (np. w odniesieniu do zakresu transakcji objętych obowiązkiem rejestracyjnym, zwłaszcza stwierdzenia, że transakcja jest tzw. transakcją podejrzaną)<sup>8</sup>. Ponadto instytucje finansowe mogą być świadomie zaangażowane w taki proceder, w szczególności jeżeli przeprowadzają transakcje zarówno legalne, jak i nielegalne (np. instytucje pożyczkowe, co zresztą uwzględnił także obecnie nasz legislator, obejmując katalogiem podmiotów zobowiązanych również i te instytucje<sup>9</sup>), bądź też banki mogą zostać powołane do życia wyłącznie w celu przeprowadzania któregoś z omawianych procederów<sup>10</sup>. W tym ostatnim wypadku chodzi głównie o tzw. *shadow banking*, czyli instytucje finansowe, które – w przeciwieństwie do banków – nie są objęte restrykcjami wynikającymi przede wszystkim z Prawa bankowego, takimi jak chociażby nadzór finansowy, obowiązki kapitałowe, ograniczenia organizacyjno-prawne czy wymagania związane z gwarancją depozytowa. Z tego względu zaliczane one bywają niekiedy do kategorii parabanków. Powyższe zadecydowało o zaakcentowaniu roli i znaczenia banków w systemie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu i uczynienie z nich niejako „modelowych” instytucji obowiązanych na potrzeby niniejszego opracowania<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Por. P. Chodnicka, *Zarządzanie ryzykiem prania pieniędzy w systemie bankowym*, „Problemy Zarządzania” 2012, vol. 10, nr 4 (39), s. 206–207.

<sup>9</sup> Jak wynika z art. 2 ust. 1 pkt. 25) u.p.p., odsyłającego do Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2016 r., poz. 1528, oraz z 2017 r., poz. 819), pod pojęciem instytucji pożyczkowej należy rozumieć kredytodawcę innego niż: a) bank krajowy, bank zagraniczny, oddział banku zagranicznego, instytucja kredytowa lub oddział instytucji kredytowej w rozumieniu Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, b) spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa oraz Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa, c) podmiot, którego działalność polega na udzielaniu kredytów konsumenckich w postaci odroczenia zapłaty ceny lub wynagrodzenia na zakup oferowanych przez niego towarów i usług (art. 5 pkt. 2a).

<sup>10</sup> P. Chodnicka, *Zarządzanie ryzykiem...*, op. cit., s. 206–207.

<sup>11</sup> Bank uznaje się za instytucję obowiązującą na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 1) u.p.p. Katalog tych instytucji, przewidziany w art. 2 ust. 1 u.p.p., jest bardzo obszerny i obejmuje podmioty takie jak m.in.: fundusze inwestycyjne, zakłady ubezpieczeń, pośrednicy ubezpieczeniowi, przedstawiciele zawodów prawniczych w określonym zakresie (adwokaci, radcowie prawni, notariusze), przedsiębiorcy prowadzący działalność kantorową, podmioty prowadzące działalność w zakresie usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych, pośrednicy w obrocie nieruchomościami, operatorzy pocztowi, fundacje, przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie, w jakim przyjmują lub dokonują płatności za towary w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 10 tysięcy euro, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane itp.



### 3. OBOWIĄZKI BANKÓW WYNIKAJĄCE Z NOWELIZACJI PRZEPISÓW O PRZECIWDZIAŁANIU PRANIU PIENIĘDZY ORAZ FINANSOWANIU TERRORYZMU

Znowelizowana ustawa o praniu pieniędzy, wzorem implementowanej regulacji wspólnotowej, tj. IV Dyrektywy AML, opiera się również w głównej mierze na ocenie ryzyka prania pieniędzy (*risk based approach* – RBA). Przez ocenę ryzyka należy rozumieć: „(...) proces służący prezentacji informacji o naturze i skali prania pieniędzy/finansowania terroryzmu i powiązanych z nimi przestępstw bazowych oraz o słabych punktach w systemie AML/CFT oraz innych elementach systemu prawnego, które czynią go atrakcyjnymi dla pracy pieniędzy i finansujących terroryzm”<sup>12</sup>. Tym samym obowiązki przewidziane przez nowo wprowadzone przepisy dla instytucji obowiązanych, *ad meritum*, sprowadzają się do potrzeby uwzględnienia czynników ryzyka dotyczących: klientów, państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji bądź kanałów ich dostaw. Bardziej precyzyjnie zaś, obejmują one identyfikację oraz ocenę ryzyka związanego z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu, a także stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego w wypadku nawiązywania „stosunków gospodarczych” lub przeprowadzania „transakcji okazjonalnej” o równowartości 15 tysięcy euro lub większej, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane (w odniesieniu do transakcji gotówkowych – o równowartości 10 tysięcy euro lub większej), a w przypadku transferu środków pieniężnych, gdy wartość transakcji okazjonalnej przekracza równowartość tysiąca euro (art. 35 u.p.p.). Z uwagi na powyższe, w przedmiotowej ustawie przewidziano definicje legalne nieznanymi dotąd pojęć, takich jak: „stosunki gospodarcze” oraz „transakcja okazjonalna”.

Przez „stosunki gospodarcze” rozumie się: „stosunki instytucji obowiązanej z klientem związane z działalnością zawodową instytucji obowiązanej, które w chwili ich nawiązywania wykazują cechę trwałości” (art. 2 ust. 1 pkt 20 u.p.p.). Natomiast transakcją okazjonalną jest transakcja, która nie jest przeprowadzana w ramach stosunków gospodarczych (2 ust. 1 pkt 22 u.p.p.). Dla porządku wypada dodać, iż za transakcję w rozumieniu u.p.p. należy uznawać: „czynność prawną lub faktyczną, na podstawie której dokonuje się przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych, lub czynność prawną lub faktyczną dokonywaną w celu przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych” (art. 2 ust. 1 pkt 21 u.p.p.).

W tym miejscu zwraca jednak uwagę to, że za „stosunki gospodarcze” należy uznawać jedynie te transakcje, które „w chwili” ich przeprowadzenia (czy nawet ściślej: „nawiązywania stosunku”) wykazują cechę trwałości, co jest stwierdzeniem nie tyle że nie nieprecyzyjnym, ile mogącym powodować spore trudności z oceną, kiedy dana instytucja ma do czynienia ze stosunkiem gospodarczym. Na cechę „trwałości”

---

<sup>12</sup> IV Dyrektywa AML – Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, Dz. Urz. WE L nr 141 z dnia czerwca 2015, s. 73–117.

bowiem może (i powinien) składać się dotychczas podejmowany zakres czynności, a więc o przymocie trwałości w odniesieniu do stosunku gospodarczego należałoby wnioskować przede wszystkim na podstawie całokształtu czynności przeprowadzanych na rzecz klienta przez daną instytucję obowiązana, bądź też ewentualnie – co wydaje się już mniej trafne – należałoby przyjąć swoistą „prognozę” co do trwałości stosunku gospodarczego na podstawie przeprowadzanej w danym czasie (nie w danej chwili) transakcji. Innymi słowy, w tym drugim przypadku chodzi o założenie, że na podstawie charakteru transakcji można wnioskować, iż prowadzi ona do nawiązania trwałych relacji z klientem (np. otwarcie rachunku). Z całą pewnością poczucie „chwili” nie stanowi natomiast wyznacznika trwałości, istotnego dla odróżnienia „stosunku gospodarczego” od „transakcji okazjonalnej”. Nie powinno zaś rodzić obiektywnie, że inaczej wygląda ocena ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w sytuacji, gdy transakcja jest przeprowadzana przez bank na podstawie relacji utrwalonych z klientem, a inaczej powinna ona przebiegać, gdy będzie dotyczyła „transakcji okazjonalnej”, zleconej przez podmiot nieznaną danej instytucji.

Co ciekawe, w świetle znowelizowanych przepisów u.p.p., poza „typowymi” relacjami z klientem, przewidziano także dodatkowo kategorię tzw. relacji korespondenckich. W tym względzie obowiązek wprowadzenia stosownych regulacji jest również rezultatem wdrożenia postanowień IV Dyrektywy AML. Zgodnie z art. 2 pkt 18) Ustawy z dnia 1 marca 2018 r. pod pojęciem takich relacji rozumie się:

a) świadczenie usług bankowych przez jeden bank jako korespondenta na rzecz innego banku jako respondenta,

b) relacje między instytucjami kredytowymi, instytucjami finansowymi, w tym relacje, w ramach których są świadczone podobne usługi przez instytucję będącą korespondentem na rzecz instytucji będącej respondentem, oraz relacje, które zostały ustanowione na potrzeby transakcji dotyczących papierów wartościowych lub na potrzeby transferów środków pieniężnych.

Bank korespondent to instytucja kredytowa świadcząca usługi płatnicze i inne na rzecz drugiej instytucji kredytowej. Płatności za pośrednictwem korespondentów dokonywane są za pomocą rachunków wzajemnych (rachunki *nostro* i *loro*), do których mogą być dołączone stałe linie kredytowe<sup>13</sup>. Bank, aby dokonać rozliczenia w obrocie międzynarodowym z innym bankiem, musi posiadać swój własny *rachunek* w innym banku zagranicznym, najlepiej w walucie, w jakiej rozliczenie ma być dokonane. *Rachunek*, który bank otwiera (*rachunek własny*) w banku zagranicznym nosi miano *rachunku nostro*. Natomiast *rachunek loro* (*rachunek obcy*) jest otwierany w banku zagranicznym, dla którego jest on *rachunkiem nostro* – zgodnie z zasadą „zwierciadlanego odbicia”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Por. Wytyczne Europejskiego Banku Centralnego z dnia 20 września 2011 r. 2011/817/UE w sprawie instrumentów i procedur polityki pieniężnej Eurosystemu (EBC/2011/14). Dostępne pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:32011O0014> (dostęp: 30.04.2018).

<sup>14</sup> Por. T.T. Kaczmarek, J. Królak-Werwińska, *Handel międzynarodowy – zarządzanie ryzykiem – rozliczenia finansowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 115.

Inne *novum*, o niezwykle doniosłym – z praktycznego punktu widzenia – znaczeniu, jakie przewiduje u.p.p., stanowi objęcie jej zakresem także waluty wirtualnej<sup>15</sup>. Jak trafnie podkreślano, rozwój walut wirtualnych, spośród których najbardziej znaną jest bitcoin (BTC), jako zjawisko stosunkowo nowe, nie do końca poznane odnośnie do swoich prawdziwych możliwości, tudzież związanych z tym zagrożeń dla obrotu gospodarczego, wymaga stałego monitorowania i analizy jako czynnika kryminogennego<sup>16</sup>. Z tego względu obecnie wiele organizacji i jednostek analityki finansowej analogicznych do GIIF z innych krajów (i to nie tylko należących do UE), a także organizacje międzynarodowe powołane do życia w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, prowadzą wiele działań zmierzających do pełnego rozpoznania zagrożeń związanych z rozwojem walut wirtualnych<sup>17</sup>. Waluty takie: „(...) bazują na złożonym systemie protokołów kryptograficznych. Kreacja *bitcoin* polega na wygenerowaniu kodu (szyfru) przy użyciu tzw. koparki (ang. *excavator*), to znaczy określonego programu i sprzętu komputerowego o wysokiej mocy obliczeniowej w sieci *peer-to-peer*”<sup>18</sup>.

Natomiast według u.p.p. przez walutę wirtualną należy rozumieć: „cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest:

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej,
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące,
- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
- d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- e) wekslem lub czekiem – oraz jest wymienialne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także może być

---

<sup>15</sup> Por. także *Komunikat Narodowego Banku Polskiego i Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie „walut” wirtualnych* z dnia 7 lipca 2018 r., dostępny na stronie: [http://www.nbp.pl/home.asp?f=/aktualnosci/wiadomosci\\_2017/ww-pl.html](http://www.nbp.pl/home.asp?f=/aktualnosci/wiadomosci_2017/ww-pl.html) (dostęp: 12.07.2018).

<sup>16</sup> Por. Pismo z dnia 28 maja 2015 r. Podsekretarz Stanu w Ministerstwo Finansów [FN7.054.9.2015], *Regulacje dotyczące wirtualnej waluty Bitcoin*. Pismo to prezentuje wyjaśnienia Ministerstwa Finansów w przedmiocie funkcjonowania „walut” wirtualnych”, „Monitor Prawa Bankowego” 2016, nr 6, s. 13–17.

<sup>17</sup> Por. Komunikat GIIF w sprawie niebezpieczeństw związanych z walutami wirtualnymi, dostępny na stronie: [http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/giif/komunikaty/-/asset\\_publisher/8KnM/content/komunikat-generalnego-inspektora-informacji-finansowej-w-sprawie-niebezpieczenstw-zwiazanych-z-walutami-wirtualnymi?redirect=http%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fministerstwo-finansow%2Fdzialalnosc%2Fgiif%2Fkomunikaty%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_8KnM%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_delta%3D5%26\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_cur%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_andOperator%3Dtrue%23p\\_p\\_id\\_101\\_INSTANCE\\_8KnM\\_](http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/giif/komunikaty/-/asset_publisher/8KnM/content/komunikat-generalnego-inspektora-informacji-finansowej-w-sprawie-niebezpieczenstw-zwiazanych-z-walutami-wirtualnymi?redirect=http%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fministerstwo-finansow%2Fdzialalnosc%2Fgiif%2Fkomunikaty%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_8KnM%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_8KnM_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_8KnM_keywords%3D%26_101_INSTANCE_8KnM_delta%3D5%26_101_INSTANCE_8KnM_cur%3D1%26_101_INSTANCE_8KnM_andOperator%3Dtrue%23p_p_id_101_INSTANCE_8KnM_) (dostęp: 1.07.2018).

<sup>18</sup> J. Dąbrowska, *Charakter prawny bitcoina*, „Człowiek w Cyberprzestrzeni” 2017, nr 1, s. 55.

elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego" (art. 2 pkt 26) u.p.p.).

Ponadto w punkcie 27 art. 2 u.p.p. przewidziano, iż wartości majątkowe w rozumieniu u.p.p. obejmują nie tylko, tak jak dotychczas, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, środki płatnicze, instrumenty finansowe w rozumieniu Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, inne papiery wartościowe oraz wartości dewizowe, ale także obecnie waluty wirtualne. Wydawać by się mogło, że dla banków waluta wirtualna, *de lege lata*, ma znaczenie drugorzędne. Jednak uwzględniając postępujący rozwój sektora usług finansowych i przede wszystkim wzajemne „przenikanie” się obszarów zagrożeń (zyski wygenerowane z transakcji „brudnymi” wartościami majątkowymi, pochodzącymi z transakcji „bitcoinowej”, mogą być legalizowane za pośrednictwem usług bankowych po przeprowadzeniu transakcji z jej wykorzystaniem<sup>19</sup>), nie sposób byłoby pominąć tej kwestii w tym opracowaniu. Warto przy tej okazji nadmienić także, iż w świetle projektu o Centralnej Bazie Rachunków, której wprowadzenie zakłada dyrektywa „przewodnia” (mowa o IV Dyrektywie AML), a w ślad za nią zatem i polski ustawodawca, przewidziano również definicję waluty wirtualnej<sup>20</sup>. Zgodnie z art. 2 pkt 6 ) projektu Ustawy o Centralnej Bazie Rachunku (poniżej jako CBR), opublikowanego z datą 22 grudnia 2016 r., waluta wirtualna oznacza:

zbywalne prawo majątkowe, którego przedmiotem jest cyfrowa reprezentacja wartości, posiadająca swój ekwiwalent w środku płatniczym, traktowana jako środek wymiany i jednostka rozrachunkowa, nieposiadające statusu legalnego środka płatniczego i niebędące pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, które może być przekazywane, przechowywane lub sprzedawane za środki płatnicze drogą elektroniczną<sup>21</sup>.

Pomimo iż ustawa o CBR nie doczekała się jeszcze wejścia w życie, to banki (podobnie SKOKi) wdrożyły już własną Centralną Informację o Rachunkach (tu jako CIR)<sup>22</sup>. Umożliwia ona dostęp do informacji o rachunkach w każdym banku i SKOK-u. Przed wdrożeniem CIR zapytanie o poszukiwany rachunek musiało być bowiem adresowane do każdego banku lub SKOK-u z osobna. Dzięki CIR istnieje możliwość otrzymania informacji w jednym miejscu – tj. w placówce instytucji, w której klient zdecyduje się złożyć wniosek. Obecnie dzięki CIR posiadacz rachunku

---

<sup>19</sup> Mowa o systemie z dwukierunkowym przepływem pieniężnym, w którym wirtualna waluta może być wymieniana na inne waluty bez ograniczeń, czego przykładem jest właśnie bitcoin, który jest walutą wymienną w elektronicznych kantorach lub na giełdach; por. P. Mackiewicz, M. Musiał, *Rozwój wirtualnych systemów monetarnych*, „Nauki o Finansach” (Financial Sciences) 2014, z. 1, s. 136–139.

<sup>20</sup> Na ten temat także: J. Czarnecki, *Wirtualne waluty w projekcie ustawy o Centralnej Bazie Rachunków*, „Biuletyn Nowych Technologii” 2017, nr 2. Artykuł dostępny na stronie: [http://www.wardynski.com.pl/biuletyn\\_nowych\\_tehnologii/2017-02/Wirtualne\\_waluty\\_w\\_projekcie\\_ustawy\\_o\\_CBR.pdf](http://www.wardynski.com.pl/biuletyn_nowych_tehnologii/2017-02/Wirtualne_waluty_w_projekcie_ustawy_o_CBR.pdf) (dostęp: 10.07.2018).

<sup>21</sup> Projekt dostępny na stronie Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: .

<sup>22</sup> Centralna informacja jest dostępna na stronie: <https://www.centralnainformacja.pl/> (dostęp: 1.05.2018).

będący osobą fizyczną oraz członek SKOK mają możliwość m.in. uzyskania dostępu do swoich rachunków, a także odszukania rachunku osoby zmarłej (spadkodawcy). CIR pozwala również na wykonanie obowiązków płynących z u.p.p., w szczególności wynikających z konieczności stałego monitorowania stosunków gospodarczych, tym bardziej że dla banków i SKOK-ów korzystanie z tej bazy jest obligatoryjne<sup>23</sup>. Natomiast nowością, którą wprowadza u.p.p., jest Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych (CRBR). CRBR to system teleinformatyczny służący przetwarzaniu informacji o beneficjentach rzeczywistych spółek wymienionych w art. 58 u.p.p.<sup>24</sup>

Z uwagi na *ratio legis* u.p.p., tudzież podnoszoną tutaj problematykę, najistotniejsze wydają się jednak te zmiany przepisów przeciwdziałających „praniu”, z których dla banków, jako instytucji obowiązanych, wynika powinność „oceny ryzyka”. Tym regulacjom warto więc poświęcić nieco więcej miejsca.

Podstawowy obowiązek nałożony w tym względzie na wszystkie instytucje obowiązane wynika z art. 27 ust. 1 u.p.p. i obejmuje identyfikację oraz ocenę ryzyka związanego z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu, odnoszącego się do działalności danej instytucji<sup>25</sup>, przy czym – zgodnie z ust. 2 tego artykułu, przy ocenianiu ryzyka instytucje obowiązane mogą (!) uwzględniać obowiązującą krajową ocenę ryzyka, a także sprawozdanie Komisji Europejskiej, o którym mowa w art. 6 ust. 1–3 dyrektywy 2015/849 (ust. 2). Instytucja obowiązana sporządza własną ocenę ryzyka w postaci papierowej lub elektronicznej i „w razie potrzeby”, nie rzadziej jednak niż co dwa lata, aktualizuje ją, w szczególności w związku ze zmianami czynników ryzyka dotyczących klientów, państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw (ust. 3 art. 27 u.p.p.).

Taki zapis zmusza do postawienia kilku zasadniczych pytań, a mianowicie: czym jest ryzyko? Na podstawie jakich kryteriów należy wyznaczyć czynniki tego ryzyka? (Z uwzględnieniem tego, iż działania podejmowane przez instytucję obowiązana, zmierzające do zapobieganiu omawianym procederom, winny być przy tym „proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej”). Wreszcie: czym jest „krajowa ocena ryzyka” i dlaczego nie jest ona na tyle istotna, aby wymagać od instytucji obowiązanej obligatoryjnego oparcia się na niej przy opracowywaniu własnego dokumentu? To ostatnie pytanie wiąże się z kolejną wątpliwo-

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Stosownie do art. 55 u.p.p. Podmioty podlegające obowiązkowi zgłaszania informacji o beneficjentach rzeczywistych to spółki jawne, komandytowe, komandytowo-akcyjne, z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjne, z wyjątkiem spółek publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1639 oraz z 2017 r. poz. 452, 724, 791 i 1089). Warto wskazać, iż zgodnie z definicją legalną (art. 2 pkt. 1 u.p.p.), osobę fizyczną, wobec której nie stwierdzono podstaw do uznania, że podlega ona kontroli innego podmiotu, uznaje się jednocześnie za beneficjenta rzeczywistego.

<sup>25</sup> Zgodnie z art. art. 27 ust. 1. u.p.p. instytucje obowiązane identyfikują i oceniają ryzyko związane z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu odnoszące się do ich działalności, „z uwzględnieniem czynników ryzyka dotyczących klientów, państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw”, a działania te winny być „proporcjonalne do charakteru i wielkości instytucji obowiązanej”.

ścią, połączoną z kryteriami oceny poziomu ryzyka, jakie należy brać pod uwagę, a które – w przypadku nieuwzględnienia krajowej oceny ryzyka – mogą się jawić jako swoiste „alternatywne” kryteria, na jakich instytucja obowiązana powinna się oprzeć, dokonując oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Bazując na regulacjach wspólnotowych, wolno przyjąć, iż pojęcie „ryzyka” odnosi się do prawdopodobieństwa wystąpienia prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, tudzież jego możliwych skutków. Tak rozumiane ryzyko łączy się zaś z ryzykiem inherentnym, tj. istniejącym przed jego ograniczeniem, i nie obejmuje ryzyka rezydualnego, czyli takiego, jakie istnieje po jego usunięciu lub zmniejszeniu. Z kolei za „czynniki ryzyka” należy uznać zmienne, które albo same w sobie, albo w połączeniu z innymi mogą zwiększać lub zmniejszać ryzyko prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu i wynikają z danego stosunku gospodarczego lub transakcji okazjonalnej. Wreszcie o „podejściu z uwzględnieniem ryzyka” możemy mówić wtedy, gdy „właściwe organy i podmioty zobowiązane określają, oceniają i rozumieją ryzyka ML/TF, na które narażone są podmioty podlegające ocenie i podejmują środki AML/CFT proporcjonalne do tych ryzyk”<sup>26</sup>.

O takim podejściu możemy mówić w kontekście obowiązku nałożonego na instytucje obowiązane na mocy art. 27 u.p.p. (identyfikacja oraz ocena ryzyka związanego z praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu). Na podstawie tego przepisu instytucje obowiązane uwzględniają przy tym takie (generalnie zresztą określone) czynniki kryminogenne, jak te dotyczące klienta (czynniki behawioralne), państwa (zleceńodawcy oraz beneficjenta rzeczywistego<sup>27</sup> – czynniki geograficzne), w tym „kanałów dostaw”, a także produktu lub usługi (czynniki ekonomiczne)<sup>28</sup>. Instytucje obowiązane, podejmując ocenę ryzyka, mogą się przy tym opierać na „krajowej ocenie ryzyka” (dalej: KOR). Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. poświęca takiej ocenie rozdział 4. Nie precyzuje się w niej jednak, czym jest taka ocena. Próżno tu szukać zarówno definicji KOR, jak i szczegółowo wskazanych kryteriów oceny poziomu ryzyka. Zdaje się zresztą,

---

<sup>26</sup> Definicje – por. „Wspólne wytyczne” z dnia 4 stycznia 2018 r. – w sprawie uproszczonych i wzmoczonych środków należytej staranności wobec klientów oraz czynników, które instytucje finansowe powinny uwzględnić podczas oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w powiązaniu z indywidualnymi stosunkami gospodarczymi i transakcjami sporadycznym (JC 2017 37), dostępne na stronie: [https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors\\_PL\\_04-01-2018.pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors_PL_04-01-2018.pdf) (dostęp: 25.07.2018).

<sup>27</sup> Beneficjentem rzeczywistym, w myśl art. 2 pkt 1 u.p.p. jest (najogólniej rzecz ujmując) osoba fizyczna lub osoby fizyczne sprawujące bezpośrednio lub pośrednio kontrolę nad klientem poprzez posiadane uprawnienia, które wynikają z okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiające wywieranie decydującego wpływu na czynności lub działania podejmowane przez klienta, lub osobę fizyczną lub osoby fizyczne, w imieniu których są nawiązywane stosunki gospodarcze lub przeprowadzana jest transakcja okazjonalna.

<sup>28</sup> Zgodnie z art. 33 ust. 3 u.p.p. instytucje obowiązane dokumentują rozpoznane ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz jego ocenę, uwzględniając w szczególności czynniki dotyczące: rodzaju klienta, obszaru geograficznego, przeznaczenia rachunku, rodzaju produktów, usług i sposobów ich dystrybucji, poziomu wartości majątkowych deponowanych przez klienta lub wartości przeprowadzonych transakcji, a także celu, regularności lub czasu trwania stosunków gospodarczych.

że o takich, *in abstracto*, nie może być mowy<sup>29</sup>. W „nowej” ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu można natomiast znaleźć informacje na temat tego, co będzie zawierał taki dokument, a konkretnie:

- 1) opis metodyki krajowej oceny ryzyka;
- 2) opis zjawisk związanych z praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu;
- 3) opis obowiązujących regulacji dotyczących prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu;
- 4) wskazanie poziomu ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu w Rzeczypospolitej Polskiej wraz z uzasadnieniem;
- 5) wnioski wynikające z oceny ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu;
- 6) identyfikację zagadnień dotyczących ochrony danych osobowych związanych z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu.

Poza wytycznymi dotyczącymi struktury dokumentu, GIIF (jako organ odpowiedzialny za opracowanie KOR „we współpracy z Komitetem, jednostkami współpracującymi i instytucjami obowiązany” – art. 25 ust. 1 u.p.p.) jest zobowiązany wziąć pod uwagę sprawozdanie Komisji Europejskiej<sup>30</sup>. Określa ono, analizuje oraz szacuje ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu na szczeblu unijnym i obejmuje co najmniej zagadnienia dotyczące: obszarów rynku wewnętrznego, które są uznane za najbardziej zagrożone ich wykorzystaniem do przeprowadzenia tych procedur, ryzyka związanego z każdym odnośnym sektorem, a także najpowszechniejsze metody wykorzystywane przez przestępców do prania nielegalnych dochodów. Wydaje się, że z tych wskazań można „wyczytać” zatem pewne kierunki zagrożeń, tudzież tendencje, na których – w odniesieniu do różnych branż, czy szerzej – prowadzonej działalności lub charakteru świadczonych usług, mogą opierać się instytucje, tworząc własne macierze oceny ryzyka popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 299 k.k. lub w art. 165a k.k.<sup>31</sup> Zawierają one bowiem pewien „wzorec” dla rozpoznania głównych rodzajów ryzyka wewnętrznego z podziałem na sektory świadczonych usług, sprecyzowaniem rodzajów zagrożeń istniejących w poszczególnych sektorach (narażenie horyzontalne), tudzież wskazaniem środków bezpieczeństwa finansowego dostosowanych do tych zagrożeń<sup>32</sup>.

Natomiast w kwestii czynników, jakie należy brać uwagę, w obliczu stosunkowo generalnie sformułowanych zapisów przewidzianych w u.p.p., teoretycznie

---

<sup>29</sup> Poza tymi ogólnie zapisanymi czynnikami, których uwzględnienie przy ocenie ryzyka jest wymagane od instytucji obowiązanych – por. w szczególności art. 27 i art. 33 ust. 3 u.p.p.

<sup>30</sup> Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady, Bruksela, dnia 26.06.2017 r., COM 92017) 340 *final* dostępne na stronie: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PL/COM-2017-340-F1-PL-MAIN-PART-1.PDF> (dostęp: 12.07.2018).

<sup>31</sup> Przykład standardu oceny klienta (macierzy) opracowanego dla funduszy inwestycyjnych dostępny na stronie: <https://www.izfa.pl/download/file/id/15/n/standard-oceny-klientow-funduszy-inwestycyjnych-w-celu-okreslenia-poziomu-ryzyka-zwiazanego-z-praniem-pieniedzy-oraz-finansowaniem-terroryzmu> (dostęp: 25.07.2018).

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 1.03.2018 r. utrzymuje dotychczasowy obowiązek opracowania procedur wewnętrznych (art. 50 u.p.p.), z tym że wprowadza wymóg dotyczący zatwierdzenia („akceptacji”) takich procedur, przed ich wprowadzeniem do stosowania, przez kadre kierowniczą wyższego szczebla.

rzecz ujmując, należałoby posiłkować się takimi dokumentami, jak *Wspólne wytyczne* z dnia 4 stycznia 2018 r. – w sprawie uproszczonych i wzmożonych środków należytej staranności wobec klientów oraz czynników, które instytucje finansowe powinny uwzględnić podczas oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w powiązaniu z indywidualnymi stosunkami gospodarczymi i transakcjami sporadycznym, opracowanymi na podstawie art. 17 i 18 ust. 4 dyrektywy (UE) 2015/849<sup>33</sup>. Jednak wyprowadzony na tej podstawie *risk management* nie będzie odpowiadał *de facto* oczekiwaniom płynącym z wejścia w życie nowych przepisów. Wynika to z tego, że *Wytyczne* te z jednej strony, w sposób bardzo drobiazgowy wyliczają wskazówki dla każdej z trzech (podstawowych) grup czynników, jakie według tego dokumentu mogą sprzyjać udziałowi w przeprowadzaniu któregoś z przedmiotowych procedurów<sup>34</sup>, z drugiej zaś jednak przewidziane w tym dokumencie zapisy są nierzadko nieprecyzyjne i niedookreślone, żeby nie powiedzieć, iż niekiedy mogą one prowadzić wręcz do nieracjonalnych wyników oceny ryzyka. Tytułem przykładu wystarczy tutaj wskazać np. na czynnik poziomu ryzyka dotyczący klienta, taki jak jego „reputacja”, ze wskazaniem, iż w tym względzie należy brać pod uwagę także, czy istnieją niekorzystne doniesienia medialne lub inne istotne źródła informacji na temat klienta (np. czy istnieją jakiegokolwiek doniesienia działalności przestępczej lub terrorystycznej wobec klienta lub beneficjenta rzeczywistego). Warto także odnotować, iż w myśl *Wytycznych* za „inne źródła informacji” należy uznawać m.in. „wiedzę własną” (niejasne jest przy tym, czy chodzi o wiedzę pracownika instytucji, czy całej instytucji, co i tak stanowi wyjątkowo uznaniowe źródło informacji), doświadczenie zawodowe, w tym np. staż na rynku usług finansowych danej instytucji, informacje od podmiotów z branży, takie jak: typologie i wiadomości na temat nowych zagrożeń i – co ciekawe – również „informacje od społeczeństwa obywatelskiego”. Dalej za źródła informacji *Wytyczne* polecają uznawać także te pochodzące z „wiarygodnych, otwartych źródeł”, takich jak: raporty w cieszących się uznaniem tytułach prasowych, informacje od wiarygodnych podmiotów prywatnych, np. sprawozdania z oceny ryzyka lub analizy oraz informacje od organizacji i akademii statystycznych. Decyzja w kwestii „wiarygodności” czy „wartości” i rzetelności informacji na temat zagrożenia praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu ma już jednak całkowicie uznaniowy charakter.

Warto również przypomnieć, że działania dotyczące oceny poziomu ryzyka podejmowane przez poszczególne instytucje obowiązane mają być proporcjonalne do charakteru i wielkości danej instytucji obowiązanej. Wobec tego w rzeczywistości inaczej będzie wyglądała ocena poziomu ryzyka ML/CFT przeprowadzona przez podmiot taki jak np. bank, a inaczej przez przedsiębiorcę, który działa na podstawie Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie, w jakim przeprowadza on transakcje okazjonalną, dokonując płatności za towary

---

<sup>33</sup> Wytyczne dostępne na stronie: [https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors\\_PL\\_04-01-2018.pdf](https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors_PL_04-01-2018.pdf) (dostęp: 25.07.2018).

<sup>34</sup> Chodzi o czynniki dotyczące klienta, obszaru geograficznego (jurysdykcji), a także produktu, usługi lub transakcji (w tym kanałów dostaw). Ibidem.



w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 10 tysięcy euro. Powyższe wskazanie, choć w pełni zrozumiałe i uzasadnione, nasuwa jednak oczywisty wniosek, że odwołanie się do takich kryteriów jak: rodzaj danej instytucji, zakres jej działalności i związane z tym prawdopodobieństwo, że zostanie ona wykorzystana do celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zasięg terytorialny, rozmiary prowadzonej działalności itp., przy ocenie poziomu ryzyka mogą okazać się swoistym „legalnym uzasadnieniem” dla uchylania się danej instytucji od podejmowania działań zapewniających rzetelne wykonanie postanowień u.p.p., a zatem i realnie przyczyniających się do zapobiegnięcia praniu pieniędzy lub finansowania terroryzmu.

Poza powyższym przedmiotowa ustawa nadal utrzymuje kardynalne obowiązki instytucji obowiązanych związane z przeciwdziałaniem omawianym zjawiskom, które będą pokłosiem (negatywnej) oceny ryzyka. Wynikają one przede wszystkim z: art. 74 u.p.p. (obowiązek niezwłocznego, dokonanego jednak nie później niż w terminie dwóch dni roboczych od dnia potwierdzenia przez instytucję obowiązana podejrzenia, złożenia zawiadomienia do Generalnego Inspektora Informacji Finansowej o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa określonego w art. 299 k.k. [pranie pieniędzy] lub art. 165a k.k. [finansowanie terroryzmu], ze wskazaniem na zakres danych uwzględnianych w takim zawiadomieniu – ust. 3 art. 74); art. 86 u.p.p. (obowiązek niezwłocznego zawiadomienia GIIF za pomocą środków komunikacji elektronicznej o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu) oraz 90 u.p.p. (tzw. następcze przekazanie tego zawiadomienia w przypadku, gdy jego niezwłoczne przesłanie było niemożliwe).

Natomiast w odniesieniu do banków krajowych, oddziałów banków zagranicznych, oddziałów instytucji kredytowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych wyłączone jest stosowanie art. 89 u.p.p., przewidującego obowiązek niezwłocznego zawiadamiania prokuratora o przypadku powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że wartości majątkowe będące przedmiotem transakcji lub zgromadzone na rachunku pochodzą z przestępstwa innego niż przestępstwo prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub z przestępstwa skarbowego, albo mają związek z przestępstwem innym niż przestępstwo prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu lub z przestępstwem skarbowym<sup>35</sup>. Powód tego jest oczywisty i wiąże się z *leges speciales*, jakie przewidują w tym zakresie przepisy Prawa bankowego, a które – w omawianym zakresie, co warto w tym miejscu odnotować – również podlegały zmianie<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Przepis ten ma na celu wykrycie źródła „brudnych dochodów”, czyli tzw. czynu źródłowego (inaczej bazowego), z którego pochodzą wartości majątkowe poddane „praniu”.

<sup>36</sup> Por. art. 106a Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2017 r., poz. 1876 ze zm.), a także zmianę do art. 106a ust. 3a tej ustawie, wprowadzonej mocą art. 166 u.p.p., w wyniku której art. 106a ust. 3a otrzymał następujące brzmienie: „W przypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k., lub wykorzystywania działalności banku w celu ukrycia działań przestępczych lub dla celów mających związek z przestępstwem lub przestępstwem skarbowym prokurator może,

Z uwagi na obszerny charakter zmian, jakie zostały wprowadzone Ustawą z dnia 1 marca 2018 r., ich wyczerpujące omówienie w tego typu opracowaniu naukowym wydaje się niemożliwe. Nie temu celowi zresztą ma ono służyć. Jego istotą jest bowiem raczej wskazanie na te z nowo wprowadzonych przepisów, które w sposób odmienny od dotychczas przyjmowanego (tj. przewidzianego Ustawą z dnia 16 listopada 2000 r.) określają obowiązki dla banków jako instytucji obowiązanych. Stąd też powoływanie przepisów, w których zostały sprecyzowane środki bezpieczeństwa finansowego, a także identyfikacja oraz weryfikacji tożsamości klienta czy tego, jakie transakcje podlegają obowiązkowi rejestracji (o czym zresztą wspomniano na wstępie) zostaną w tym miejscu pominięte jako mniej istotne dla meritum opracowania<sup>37</sup>. Postanowienia Ustawy z dnia 1 marca 2018 r. w wielu tych kwestiach nie odbiegają zresztą znacząco od tych, jakie przewidywała jej „poprzedniczka”. Można w jedynie nadmienić, iż środki bezpieczeństwa finansowego należy stosować „(...) w zakresie i z intensywnością uwzględniającymi rozpoznane ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz jego ocenę” (art. 33 ust. 4). Ponadto instytucja obowiązana powinna także, dokonując oceny stosunków gospodarczych, „stosownie do sytuacji”, uzyskać informacje na temat celu i zamierzonego charakteru tych stosunków oraz prowadzić ich bieżące monitorowanie. To „monitorowanie” powinno obejmować m.in. analizę transakcji przeprowadzanych z klientem „w ramach stosunków gospodarczych” w celu zapewnienia, że transakcje te są zgodne z wiedzą instytucji obowiązanej o kliencie, rodzaju i zakresie prowadzonej przez niego działalności, „badanie źródła pochodzenia wartości majątkowych” będących w dyspozycji klienta, a w przypadkach uzasadnionych okolicznościami zapewnienie, że posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące stosunków gospodarczych są na bieżąco aktualizowane (art. 34 ust. 1 pkt. 3 i 4 u.p.p.). Poza „tradycyjnymi” środkami bezpieczeństwa finansowego, instytucje obowiązane powinny także zapewnić, w wypadkach, o których mowa w art. 43–46 u.p.p., stosowanie „wzmoczonych środków bezpieczeństwa finansowego”, w szczególności w wypadku nawiązywania stosunków gospodarczych w nietypowych okolicznościach czy wobec klientów pochodzących z państwa trzeciego wysokiego ryzyka lub mających w nim siedzibę.

Już na zakończenie pozostaje dodać, że nowym obowiązkiem nałożonym na instytucje obowiązane przez u.p.p., który zresztą w wypadku banków nie wydaje się stanowić istotnego *novum*, jest powinność wyznaczenia „kadry kierowniczej wyższego szczebla” odpowiedzialnej za wykonywanie obowiązków określonych w ustawie. Za taką należy zaś uznawać „członka zarządu, dyrektora lub pracownika instytucji obowiązanej posiadającego wiedzę z zakresu ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z działalnością instytucji

---

w drodze postanowienia, wstrzymać określoną transakcję lub dokonać blokady środków na rachunku bankowym na czas oznaczony, nie dłuższy niż 6 miesięcy, również pomimo braku zawiadomienia, o którym mowa w ust. 1 [udostępnianie prokuratorowi informacji objętych tajemnicą bankową – przyp. A.G.]. W postanowieniu określa się zakres, sposób i termin wstrzymania transakcji lub blokady środków na rachunku”.

<sup>37</sup> Por. w tym względzie art. 35 u.p.p.

obowiązanej oraz podejmującego decyzje mające wpływ na to ryzyko” (art. 2 ust. 1 pkt 9 u.p.p.)<sup>38</sup>. Ponadto aktualny pozostaje obowiązek wyznaczenia pracownika zajmującego kierownicze stanowisko, odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami Ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (art. 8 u.p.p.).

#### 4. PODSUMOWANIE

Reasumując, wejście w życie nowych przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu jest wynikiem potrzeby dostosowania polskich regulacji prawnych do unormowań wspólnotowych, a konkretnie do aktualnie obowiązującej w tym względzie IV Dyrektywy AML. Przejawem realizacji postulatów płynących z implementacji do krajowego porządku prawnego postanowień wspomnianej dyrektywy jest nie tylko „kosmetyczna” zmiana obowiązujących od ponad siedemnastu lat regulacji, ale zastąpienie jej zupełnie nową ustawą<sup>39</sup>. Ustawa z dnia 1 marca 2018 r., wzorowana na IV Dyrektywie w zakresie rozwiązań merytorycznych, nakłada zatem całkowicie nowe (co do istoty i brzmienia) obowiązki na podmioty objęte zakresem jej unormowań. Ich katalog uległ również poszerzeniu o nowe kategorie instytucji, takie jak chociażby przedsiębiorcy – w rozumieniu Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie, w jakim prowadzą działalność polegającą na udostępnianiu skrytek sejfowych, oraz oddziały przedsiębiorców zagranicznych prowadzące taką działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy instytucje pożyczkowe w rozumieniu Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim. Zmiana w tym zakresie została podyktowana potrzebą dostosowania krajowych rozwiązań prawnych do „wzorów” wytyczonych regulacjami wspólnotowymi. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Niewątpliwie za słuszne należy uznać także dostrzeżenie zagrożeń, jakie dla obrotu gospodarczego (pod kątem możliwości ich wykorzystania do celu legalizacji „brudnych” zysków) może nieść wirtualna waluta. W tej mierze jednak dopiero praktyka pokaże, czy sama regulacja jest wystarczająca do realnego przeciwdziałania „praniu” wartości majątkowych obejmujących transakcje bitcoinowe, czy przeprowadzone przy pomocy innej waluty wirtualnej. Natomiast poważne wątpliwości należy zgłosić pod adresem nowych powinności nałożonych na instytucje obowiązane, które *de facto* stanowią kwintesencję Ustawy z 1 marca 2018 r. i zarazem zasadnicze *ratio legis* jej uchwalenia. Mowa o obowiązkach związanych z oceną ryzyka. Wobec braku jasnych i precyzyjnych kryteriów oceny poziomu ryzyka, ich uwzględnienie w praktyce może być trudne do przeprowadzenia. Wiele w tej

---

<sup>38</sup> Zgodnie z art. 7 u.p.p. w przypadku instytucji obowiązanej, w której działa zarząd lub inny organ zarządzający, wyznacza się spośród członków tego organu osobę odpowiedzialną za wdrażanie obowiązków określonych w ustawie.

<sup>39</sup> Mowa o Ustawie z dnia 16 listopada 2000 r., która weszła w życie w dniu 23 czerwca 2001 r.

kwestii będzie zależało od dotychczasowych procedur, jakie instytucje obowiązane wypracowały już przez lata obowiązywania ustawy przeciwdziałającej „praniu” (tj. Ustawy z dnia 16 listopada 2000 r.) i do których, jak należy przewidywać, będą się one nadal odwoływały w pierwszej kolejności, szacując poziom ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Wobec tego należy spodziewać się tego, że podmiotami wiodącymi prym w przesyłaniu SAR-ów do GIIF w dalszym ciągu będą banki, z racji wypracowanych od ponad dwudziestu lat sposobów przeciwdziałania wykorzystania systemu finansowego do celu prania pieniędzy. Czyni to z banków te instytucje obowiązane, w stosunku do których można wysunąć oczekiwania związane z sumienną realizacją postanowień Ustawy z dnia 1 marca 2018 r. Powodem tego są na ogół dobre, bo dopracowane i przede wszystkim stosowane w praktyce procedury przeciwdziałania zjawiskom objętym omawianą tutaj regulacją, których przestrzeganie jest zawsze najlepszą gwarancją dobrej (i efektywnej) komunikacji instytucji obowiązanych z Generalnym Inspektorem Informacji Finansowej. Nie stanowi jej natomiast nałożenie na instytucje obowiązane enigmatycznie określonych obowiązków (*risk based approach*), czy, tym bardziej, nałożenie na nie obowiązków, których realne wykonanie jest praktycznie nie do wyegzekwowania. Wystarczy wskazać na taki z nich, jak bieżący „monitoring stosunków gospodarczych”, z całym „bagażem” nieścisłości, jakie niesie za sobą to określenie. Wydaje się zatem, że skuteczna walka z procederami prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu będzie możliwa przede wszystkim dzięki pozostawieniu w „nowej” u.p.p. zapisów dotyczących trybu postępowania oraz kompetencji podmiotów uczestniczących w jej wykonaniu, tj. – poza instytucjami obowiązany – również Generalnego Inspektora Informacji Finansowej (wykonującego swoje obowiązki ustawowe przy pomocy Departamentu Informacji Finansowej), jednostek współpracujących, a także podmiotów sprawujących kontrolę wykonania u.p.p. w ramach nadzoru i kontroli sprawowanych nad instytucjami obowiązany, oraz położenie nacisku na ich skuteczną współpracę w zakresie wykrywania przypadków podejrzenia popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Należy przy tym wyrazić przekonanie, iż wzorem dotychczasowych przepisów, na efektywność w zapobieganiu wspomnianym procederom będzie się składała raczej rzetelnie przeprowadzana przez instytucje obowiązane identyfikacja klienta, co znowu w przypadku banków jest nie do przecenienia, tudzież zastosowanie adekwatnych do sytuacji środków bezpieczeństwa finansowego, które – w ścisłej współpracy z GIIF – mogą skutkować blokadą rachunku, wstrzymaniem transakcji czy też zamrożeniem środków finansowych, a na etapie postępowania przygotowawczego zabezpieczeniem inkryminowanych wartości majątkowych.

## BIBLIOGRAFIA

- Chodnicka P., *Zarządzanie ryzykiem prania pieniędzy w systemie bankowym*, „Problemy Zarządzania” 2012, vol. 10, nr 4 (39).
- Czarnecki J., *Wirtualne waluty w projekcie ustawy o Centralnej Bazie Rachunków*, „Biuletyn Nowych Technologii” 2017, nr 2.

- Dąbrowska J., *Charakter prawny bitcoina*, „Człowiek w Cyberprzestrzeni” 2017, nr 1.
- Kaczmarek T.T., Królak-Werwińska J., *Handel międzynarodowy – zarządzanie ryzykiem – rozliczenia finansowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Mackiewicz P., Musiał M., *Rozwój wirtualnych systemów monetarnych*, „Nauki o Finansach” (Financial Sciences) 2014, z. 1.

## BANKS' OBLIGATIONS RELATED TO PREVENTION OF MONEY LAUNDERING AND TERRORIST FINANCING IN THE LIGHT OF AMENDED REGULATIONS

### Abstract

The Act of 1 March 2018 on preventing money laundering and terrorist financing entered into force on 13 July 2018 and repealed the Act of 16 November 2000, substituting for it and introducing a series of changes in the system of preventing those negative phenomena. They consist in the need for obliged entities to assess the level of risk of money laundering or terrorist financing and, as a result, to take adequate financial security measures. A deeper analysis of the Act results in a conclusion that many of the newly enacted regulations, in fact, refer to terminology that is quite often not clear and unambiguous enough. Such a state may cause difficulties with the application of its provisions, which in particular concerns obliged entities, i.e. entities on which the Act imposes obligations connected with the protection of the financial system against the use of those entities to launder money or finance terrorism. On the other hand, banks hold a leading position in this system both in the sphere of regulations and actual, active involvement in preventing those phenomena. It results, inter alia, from prevention mechanisms that have been worked out for many years as well as internal regulations that can really contribute to the elimination of those financial institutions' participation in money laundering or terrorist financing. Therefore, it can be assumed that they constitute a kind of “model” obliged institutions for which the Act of 1 March 2018 is of fundamental importance. It seems to be especially significant that the presented expectations are not always supported by adequate norms, which concerns not just the idea of preventing money laundering but the requirements and methods of determining them in the Act of 1 March 2018. The present article is devoted to those issues.

Key words: money laundering, terrorist financing, banks, obliged entities

## OBOWIĄZKI BANKÓW ZWIĄZANE Z PRZECIWDZIAŁANIEM PRANIU PIENIĘDZY ORAZ FINANSOWANIEM TERRORYZMU W ŚWIETLE ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW

### Streszczenie

W dniu 13 lipca 2018 r. weszła w życie Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, która uchyliła obowiązującą do tej daty Ustawę z dnia 16 listopada 2000 r., zastępując ją i wprowadzając wiele zmian w syste-

mie prewencji przed tymi negatywnymi zjawiskami. Sprowadzają się one do potrzeby przeprowadzania przez instytucje obowiązane oceny poziomu ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, a w ślad za tym – podejmowania stosownych środków bezpieczeństwa finansowego. Dogłębna analiza przedmiotowej ustawy nasuwa jednak spostrzeżenie, że wiele z nowo wprowadzonych regulacji odwołuje się w istocie do terminologii, która nierzadko jest niewystarczająco klarowna i jednoznaczna. Taki stan rzeczy może powodować trudności w stosowaniu jej postanowień, co odnosi się w szczególności do instytucji obowiązanych, czyli podmiotów, na które przedmiotowy akt prawny nakłada obowiązki związane z ochroną systemu finansowego przed wykorzystaniem tych instytucji dla celu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. W systemie tym zaś banki od lat zajmują pozycję lidera zarówno w sferze regulacji, jak i faktycznego, aktywnego zaangażowania w zapobieganie tym procederom. Wynika to m.in. z wypracowanych mechanizmów prewencyjnych, a także wewnętrznych regulacji, które realnie mogą przyczynić się do wyeliminowania przypadków udziału tych instytucji finansowych w praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu. Można więc uznać, że stanowią one rodzaj „modelowych” instytucji obowiązanych, dla których zarazem Ustawa z 1 marca 2018 r. ma kardynalne znaczenie. Wydaje się ono tym bardziej istotne, że tak nakreślone oczekiwania nie w każdym przypadku znajdują poparcie w stosownych unormowaniach, co dotyczy nie tyle samej idei zapobiegania praniu pieniędzy, ile raczej wymagań i sposobu ich określenia w Ustawie z dnia 1 marca 2018 r. Tym zagadnieniom poświęcone jest niniejsze opracowanie.

Słowa kluczowe: pranie pieniędzy, finansowanie terroryzmu, banki, podmioty obowiązane

## OBLIGACIÓN DE BANCOS EN RELACIÓN CON LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO A LA LUZ DE LOS PRECEPTOS REFORMADOS

### Resumen

El 13 de julio de 2018 entró en vigor la ley de 1 de marzo de 2018 sobre lucha contra el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que derogó la ley de 16 de noviembre de 2000 vigente hasta dicha fecha y la sustituyó, introduciendo numerosas modificaciones en el sistema de prevención ante estos fenómenos negativos. Dichas modificaciones consisten en la necesidad de realizar juicio de nivel de riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo por parte de las instituciones obligadas y adoptar medidas adecuadas de seguridad financiera. El análisis más profundo de dicha ley lleva a la conclusión que muchas de las regulaciones nuevas hacen referencia a la terminología que es equívoca o no es clara. Tal estado de las cosas puede ocasionar dificultades en aplicación de sus disposiciones, lo que se refiere en particular a las instituciones obligadas, o sea sujetos a los que esta ley impone obligaciones relacionadas con la protección del sistema financiero ante utilización de estas instituciones para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. En este sistema, los bancos desde hace años son líderes en la regulación y participan activamente en prevenir tales procesos. Esto viene, entre otros, de mecanismos de prevención puestos

en práctica desde hace muchos años, así como de regulación interna que realmente puede ayudar a eliminar casos de participación de estas instituciones financieras en el blanqueo de capitales o financiación de terrorismo. Por lo tanto, pueden ser consideradas como instituciones obligadas “ejemplares”, para las cuales la ley de 1 de marzo de 2018 tiene importancia fundamental. Tal expectativa no en cada caso es fundada en la normativa adecuada, lo que se refiere no sólo a la idea en sí en prevenir el blanqueo de capitales, sino también a los requisitos y forma de su determinación por la ley de 1 de marzo de 2018. El artículo versa sobre todas estas cuestiones.

Palabras claves: blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, bancos, instituciones obligadas

### ОБЯЗАННОСТИ БАНКОВ, СВЯЗАННЫЕ С ПРОТИВОДЕЙСТВИЕМ ОТМЫВАНИЮ ДЕНЕГ И ФИНАНСИРОВАНИЮ ТЕРРОРИЗМА В СВЕТЕ НОВЕЛИЗИРОВАННЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

#### Резюме

13 июля 2018 года вступил в силу Закон от 1 марта 2018 года о противодействии отмыванию денег и финансированию терроризма. Упомянутый Закон отменил и заменил действующий до этого времени Закон от 16 ноября 2000 года, что привело к введению ряда изменений в системе превенции этих негативных явлений. Они сводятся к необходимости проведения институтами обязательного анализа уровня риска отмывания денег и финансирования терроризма, с последующим принятием соответствующих мер финансовой безопасности. Тем не менее, более глубокий анализ упомянутого закона приводит к размышлениям о том, что многие из нововведённых норм фактически опираются на терминологию, которая нередко является недостаточно точной и однозначной. Такое положение вещей может усложнить соблюдение его положений, что касается в первую очередь специализированных учреждений, то есть субъектов, на которые этот правовой акт накладывает обязательства, связанные с защитой финансовой системы от использования этих учреждений в целях отмывания денег или финансирования терроризма. В данной системе в течение многих лет банки занимают лидирующие позиции как в сфере регулирования, так и в фактическом активном участии в деле по предотвращению этой практики. Это основано на разработанных в течение многих лет превентивных механизмах, а также внутренних нормах, которые могут на деле способствовать предотвращению участия финансовых учреждений в отмывании денег или финансировании терроризма. В связи с этим можно утверждать, что они выступают в качестве своего рода «образцовых» специализированных учреждений, для которых Закон от 1 марта 2018 года является ключевым. Представляется это тем более существенным, поскольку так чётко обозначенные потребности не всегда находят поддержку в соответствующих нормативных актах, что касается не столько самой идеи предотвращения практики отмывания денег, сколько предписаний и способа её определения в Законе от 1 марта 2018 года. Данной проблематике посвящено настоящее исследование.

Ключевые слова: отмывание денег, финансирование терроризма, банки, специализированные учреждения

## VERPFLICHTUNGEN DER BANKEN VERBUNDEN MIT DER GEGENWIRKUNG VON GELDWÄSCHEREI UND TERRORISMUSFINANZIERUNG IN ANSEHUNG VON NOVELLIERTEN VORSCHRIFTEN

### Zusammenfassung

Am 13. Juli 2018 trat in Kraft das Gesetz vom 01. März 2018 über die Gegenwirkung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, welches das bis zu diesem Datum geltende Gesetz vom 16. November 2000 aufhob, dieses damit ersetzend und einige Änderungen im Präventionssystem vor diesen negativen Vorgängen einführend. Diese Änderungen führen zur Notwendigkeitsdurchführung eines Risikoniveaus Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung seitens dazu verpflichteter Institutionen, darauffolgend auf entsprechende finanzielle Sicherheitsmaßnahmen, einzugehen. Eine tiefere Analyse des gegebenen Gesetzes bietet jedoch eine Anmerkung, dass zahlreiche von neu eingeführten Regulierungen sich allerdings auf die Terminologie berufen, welche des Öfteren unzureichend klar und eindeutig ist. So ein Sachverhalt kann es erschweren, die Gesetzbestimmungen anzuwenden, besonders in Bezug auf dazu verpflichtete Institutionen, also Subjekte, auf welche der gegebene Rechtsakt Verpflichtungen auferlegt, die mit dem Finanzsystemschutz vor der Ausnutzung dieser Institutionen zum Zweck von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verbunden sind. In diesem System rangieren wiederum die Banken seit Jahren auf führenden Positionen nicht nur in dem Regulierungsbereich, sondern auch im tatsächlichen, aktiven Einsatz in Vorbeugung solcher Aktivitäten, was u.a. aus seit Jahren ausgearbeiteten Präventionsmechanismen resultiert, darüber hinaus auch aus internen Bestimmungen, welche durchaus zur Eliminierung von Teilnahmefällen solcher Institutionen in der Geldwäscherei beziehungsweise Terrorismusfinanzierung beitragen können. Es kann demnach angenommen werden, dass diese Institutionen etwa „Modellinstitutionen“ darstellen, für welche zugleich das Gesetz vom 01. März 2018 eine Grundbedeutung hat. Es scheint umso wichtiger, dass auf diese Weise vorgezeichnete Erwartungen nicht in jedem einzelnen Fall Unterstützung in dementsprechenden Normalisierungen finden, dies betrifft nicht die Idee als solche gegen die Geldwäscherei entgegenzuwirken, aber eher die Erwartungen von deren Bestimmungsweisen im Einklang mit dem Gesetz vom 01. März 2018. Die vorliegende Bearbeitung dient diesem Zweck.

Schlüsselwörter: Geldwäscherei, Terrorismusfinanzierung, Banken, verpflichtete Institutionen

## LES OBLIGATIONS DES BANQUES VISAIENT À LUTTER CONTRE LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME À LA LUMIÈRE DES RÈGLEMENTS MODIFIÉS

### Résumé

Le 13 juillet 2018, la loi du 1er mars 2018 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est entrée en vigueur. Elle a abrogé la loi du 16 novembre 2000, applicable jusqu'à cette date, en la remplaçant et en introduisant un certain nombre de modifications du système de prévention contre ces phénomènes négatifs. Ces modifications



concernent la nécessité pour les institutions engagées d'évaluer le niveau de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme et, en conséquence, de prendre les mesures de sécurité financière appropriées. Cependant, une analyse plus approfondie de cette loi suggère que nombre des réglementations nouvellement introduites font essentiellement référence à une terminologie souvent insuffisamment claire et sans ambiguïté. Cet état de fait peut entraîner des difficultés dans l'application de ses dispositions, ce qui s'applique notamment aux institutions soumises à obligations, c'est-à-dire les entités auxquelles cet acte juridique impose des obligations relatives à la protection du système financier contre l'utilisation de ces institutions à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Dans ce système, les banques occupent depuis de nombreuses années la position de leader en matière de réglementation et de participation active à la prévention de ces pratiques. Ceci est dû à des mécanismes de prévention mis au point depuis de nombreuses années, ainsi que des réglementations internes pouvant effectivement contribuer à éliminer les cas de participation des institutions financières au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme. On peut donc considérer qu'il s'agit d'un type d'institutions «modèles» soumises à des obligations, pour lesquelles l'acte du 1er mars 2018 revêt une importance capitale. Il semble d'autant plus important que de telles attentes ne trouvent pas toujours leur soutien dans des réglementations appropriées, qui concernent non pas tant l'idée de prévenir le blanchiment de capitaux, mais plutôt les exigences et la manière de les définir dans la loi du 1er mars 2018. Ce sens semble d'autant plus important que des attentes décrites de cette façon ne sont pas toujours étayées par les réglementations pertinentes, ce qui concerne non pas tant l'idée de prévenir le blanchiment de capitaux, mais plutôt les exigences et la manière de les définir dans la loi du 1er mars 2018. Cette étude est consacrée à ces questions.

Mots-clés : blanchiment de capitaux, financement du terrorisme, banques, institutions soumises à obligations

#### OBBLIGHI DELLE BANCHE IN MATERIA DI PREVENZIONE DEL RICICLAGGIO DI DENARO E DEL FINANZIAMENTO DEL TERRORISMO ALLA LUCE DELLE NORME MODIFICATE

##### Sintesi

Il 13 luglio 2018 è entrata in vigore la legge del 1° marzo 2018 sulla lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo, che ha abrogato la legge del 16 novembre 2000, in vigore fino a tale data, sostituendola e introducendo una serie di modifiche al sistema di prevenzione contro questi fenomeni negativi. Si riducono alla necessità che gli enti obbligati valutino il livello di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e, di conseguenza, adottino adeguate misure di sicurezza finanziaria. Tuttavia, un'analisi più approfondita della legge in questione suggerisce che molte delle nuove norme introdotte fanno riferimento a una terminologia spesso non sufficientemente chiara e priva di ambiguità. Tale circostanza può causare difficoltà nell'applicazione delle sue disposizioni, che si riferisce in particolare agli enti obbligati, vale a dire entità alle quali l'atto giuridico in questione impone obblighi relativi alla protezione del sistema finanziario contro l'uso di tali enti a scopo di riciclaggio o di

finanziamento del terrorismo. In questo sistema, le banche sono da anni all'avanguardia sia in termini di regolamentazione che di effettivo e attivo coinvolgimento nella prevenzione di tali pratiche. Il che è il risultato, tra l'altro, dei meccanismi di prevenzione sviluppati nel corso degli anni, nonché della regolamentazione interna, che può dare un reale contributo all'eliminazione dei casi di partecipazione di queste istituzioni finanziarie al riciclaggio di denaro o al finanziamento del terrorismo. Si può quindi concludere che essi costituiscono una specie di "modello" di istituzioni obbligatorie, per le quali la legge del 1° marzo 2018 è di importanza fondamentale. Sembra tanto più importante in quanto tali aspettative non sempre sono sostenute da norme pertinenti, il che riguarda non solo l'idea stessa di pervenire il riciclaggio di denaro, ma piuttosto i requisiti e il modo di definirle nella legge del 1° marzo 2018. Tali questioni sono oggetto del presente studio.

Parole chiave: riciclaggio di denaro, finanziamento del terrorismo, banche, istituzioni obbligatorie

Cytuj jako: Golonka A., *Banks' obligations related to prevention of money laundering and terrorist financing in the light of amended regulations* [Obowiązki banków związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu w świetle znówelizowanych przepisów], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 2, s. 125–146. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.19/a.golonka

Cite as: Golonka, A. (2019). 'Banks' obligations related to prevention of money laundering and terrorist financing in the light of amended regulations'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 125–146. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.19/a.golonka

# DZIEDZICTWO NARODOWE W POLSKIM PORZĄDKU KONSTYTUCYJNYM

JACEK SOB CZAK \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.20/j.sobczak

W znaczeniu potocznym „dziedzictwo” to majątek ruchomy albo nieruchomy, przejęty jako spadek bądź schedy, spuścizna i sukcesja<sup>1</sup>. W nowszych słownikach języka polskiego to także „dobra kultury, nauki, sztuki itp. pozostawione przez poprzednie pokolenia” – czyli dziedzictwo kulturowe<sup>2</sup>. W języku łacińskim „dziedzictwo” to *patrimonium* – oznacza w pierwszym rzędzie dziedziczony majątek, spuściznę po ojcu, posiadłość rodową, własność<sup>3</sup>, także ojcowiznę<sup>4</sup>. Na płaszczyźnie prawa konstytucyjnego pojęcie „dziedzictwa” wcale nie jest jednoznaczne. W preambule Konstytucji<sup>5</sup> dziedzictwo wiąże się z jednej strony z narodem, z drugiej – z kulturą; mowa tu o „kulturze zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnopolskich wartościach”. Dalsze wskazania preambuły nie są jednoznaczne. Można je interpretować w ten sposób, że „kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu” należy przekazać przyszłym pokoleniom, ale także, że obowiązek przekazania wszystkim pokoleniom nie dotyczy tylko „kultury zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu”, lecz „wszystkiego co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”. Dodatkową trudnością zdaje się być kwestia dziedzictwa kulturalnego, o którym mowa w treści art. 6 ust. 2 Konstytucji. Niewątpliwie częścią dziedzictwa narodowego jest dziedzictwo kulturalne. Powstaje jednak pytanie,

---

\* Jacek Sobczak, prof. dr hab., Kierownik Katedry Prawa Ochrony Własności Intelektualnej na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie; e-mail: jmwsobczak@gmail.com; ORCID: 0000-0002-2231-8824

<sup>1</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 1988, s. 498.

<sup>2</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 2003, s. 761.

<sup>3</sup> J. Sondel (red.), *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006, s. 718.

<sup>4</sup> K. Kumaniecki (opr.), *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1968, s. 354.

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.; Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, sprost. Dz.U. z 2001 r., Nr 28, poz. 319.

czy można postawić znak równości między „dziedzictwem narodowym” a „dziedzictwem kulturalnym”? Trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że dziedzictwem narodowym jest tylko to dziedzictwo, które składa się na kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim systemie wartości, mimo że w publicystyce wielu autorów zdaje się skłaniać do tego poglądu. Niektórzy idą nawet dalej, uważając, że chodzi nie o chrześcijańskie dziedzictwo, a jedynie o katolickie<sup>6</sup>. W warunkach Rzeczypospolitej dziedzictwem Narodu są także, zarówno w sensie materialnym, jak i niematerialnym, przekazy kultury żydowskiej, powstałe na ziemiach: polskich, a także tatarskiej i karaimskiej, które do nurtu chrześcijańskiego nie należą. Stanowią one niewątpliwie margines dziedzictwa, ale nie powinny zostać pominięte.

W perspektywie art. 5 Konstytucji „dziedzictwo narodowe” jawi się jako wartość konstytucyjna wymagająca strzeżenia<sup>7</sup>. „Dziedzictwo narodowe” w refleksji prawniczej to „czynniki natury materialnej i duchowej, zaistniałe w historii państwa i społeczeństwa polskiego, świadczące o jego tożsamości, równej pozycji wśród innych narodów, a także stanowiące zaczyn dalszego rozwoju”<sup>8</sup>. Problem jednak w tym, czy ten obowiązek strzeżenia dziedzictwa narodowego, wynikający z treści art. 5 Konstytucji, jest strzeżeniem „dziedzictwa Narodu” w rozumieniu preambuły, czy też „dziedzictwa narodowego” oraz – w dalszej perspektywie – jaki jest zakres wspomnianego obowiązku?

Zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze wskazuje się, że brak legalnej definicji dziedzictwa narodowego nie pozwala uznać przepisu art. 5 Konstytucji za podstawę obowiązków prawnych, spoczywających rzeczowo na właściwych organach, insty-

<sup>6</sup> G. Horst *Co oznacza „dziedzictwo chrześcijańskie”?*, w: „Europa dla Chrystusa!” [http://www.europe4christ.net/fileadmin/media/pdf/polish/List\\_do\\_Europy\\_5.pdf](http://www.europe4christ.net/fileadmin/media/pdf/polish/List_do_Europy_5.pdf) (dostęp: 8.09.2018); J.M. Jackowski, *Chrześcijańskie dziedzictwo narodu*, „Niedziela Ogólnopolska” 2016, nr 16, s. 38; M. Przeciszewski, *Kościół katolicki w Polsce dziś*, <http://dziedzictwo.ekai.pl/text.show?id=4501> (dostęp: 8.09.2018); *Kultura wyrazem człowieczeństwa i tożsamości narodów*, <http://civitaschristiana.pl/kultura-wyrazem-czowieczestwa-i-tosamoci-narodow/> (dostęp: 8.09.2018); O. Szczypiński, *Chrześcijaństwo jako źródło kultury europejskiej w myśli Josepha Ratzingera*, [https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/5421/chrzescijanstwo\\_jako\\_zrodlo\\_kultury.pdf?sequence=1](https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/5421/chrzescijanstwo_jako_zrodlo_kultury.pdf?sequence=1) (dostęp: 8.09.2018); S. Mulvey, *Wartości europejskie – zjednoczeni w różnorodności?*, [http://www.bbc.co.uk/polish/040114\\_europe\\_values.shtml](http://www.bbc.co.uk/polish/040114_europe_values.shtml) (dostęp: 8.09.2018); o. dr hab. N. Brzózka, *Chrześcijaństwo, Kościół, demokracja*, <https://idmjp2.pl/index.php/pl/wydarzenia/prelekcje/1157-wyklad-otwarty-chrzescijanstwo-kosciol-demokracja> (dostęp: 8.09.2018); Ł. Cieślak, *Chrześcijaństwo – religia państwa i Kościoła*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/21965/015.pdf> (dostęp: 8.09.2018); J. Sosnowski, *Respekt dla wartości*, „Gazeta Wyborcza” 1993, nr 15; ks. W. Piwowarski, *Wartości podstawowe*, „Ład” 1993, nr 2; ks. W. Nasta, *Co to są wartości chrześcijańskie*, „Polityka” 1992, nr 48; ks. J. Salij, *Co to są wartości chrześcijańskie*, „Polityka” 1992, nr 48; ks. M. Krapiec, *Teokracja*, „Gazeta Wyborcza” 1993, nr 215; zob. w tym temacie także ks. A. Zwoliński, *Wprowadzenie do rozważań o narodzie*, Kraków 2005, s. 56 i nast.

<sup>7</sup> W judykaturze podkreślono, że ustawodawca konstytucyjny ujmował zarówno pojęcie „strzeże”, jak i wymiennie stosowane pojęcie „zapewnia” w sposób szeroki, obejmujący wszelkie formy działania państwa. Przypomniano przy tym, że o tym za pomocą jakich instrumentów zadanie państwa może być realizowane, decyduje charakter zadania oraz wynikający z innych przepisów Konstytucji ograniczenia działań władzy publicznej. Por. Uzasadnienie wyroków Trybunału Konstytucyjnego: z 8 października 2007 r. sygn. akt K 20/07 OTK – A 2007, Nr 9, poz. 102; z 25 maja 2016 r., sygn. akt Kp 2/15, OTK – A 2016, poz. 23.

<sup>8</sup> Zob. P. Sarnecki, *Uwagi do art. 5 Konstytucji*, w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, wyd. drugie uzupełnione, Warszawa 2016, s. 234.

tuczach oraz obywatelach. Nie odbiera to jednak wartości deklaracji konstytucyjnej jako wytycznej działania wszystkich organów państwa w zakresie ich właściwości dotyczącej dziedzictwa *sensu largo*<sup>9</sup>. W judykaturze zwraca się uwagę, że wprawdzie wyrażenia „dziedzictwo narodowe” oraz „narodowe dziedzictwo kulturalne” nie mają definicji legalnej na poziomie konstytucyjnym, jednak kontekst językowy, w jakim słowo „dziedzictwo” zostało użyte w preambule oraz w art. 5 Konstytucji, pozwala przyjąć, że prawodawca konstytucyjny nawiązał do koncepcji solidarności pokoleniowej oraz ciągłości tradycji kulturalnych i ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej<sup>10</sup>.

W literaturze sformułowano pogląd, że strzegąc dziedzictwa narodowego, spłacamy poprzednim pokoleniom „dług wdzięczności”, o którym stanowi wstęp do Konstytucji – za walkę tych pokoleń o niepodległość i za tworzoną przez nich kulturę. Jednocześnie zauważono, że spełnieniem takowego obowiązku jest nie tylko zachowanie owego dziedzictwa narodowego w stanie nienaruszonym, lecz także jego przekazanie<sup>11</sup>. Rozwiązując problem treści dziedzictwa narodowego, Paweł Sarnecki stał na stanowisku, że „dziedzictwo narodowe to nie tylko zaszczości, z których społeczeństwo polskie może czynić powód do dumy, lecz również i te, które słusznie są potępiane – o ile mogą służyć jako element społecznej edukacji”<sup>12</sup>.

Na tym tle rysuje się problem pojmowania narodu, w odniesieniu do którego w preambule Konstytucji użyto dużej litery, lecz w art. 5 i 6 ust. 2 posłużono się małą. Zdaniem L. Garlickiego pojęcie narodu ma charakter filozoficzno-społeczny, a nie etniczny, przy czym narodu polskiego w rozumieniu konstytucyjnym nie można utożsamiać z ogółem osób narodowości polskiej, pozostawiając poza jego zakresem obywateli innej narodowości; przedstawiciele mniejszości narodowych natomiast – w świetle art. 27 i art. 35 ust. 1 i 2 Konstytucji – mają prawo do zachowania tożsamości. Wskazuje on przy tym, że z jednej strony rzeczywistym źródłem władzy są decyzje tylko tych obywateli, którzy posiadają prawo wyborcze, z drugiej jednak Konstytucja w treści art. 6 wspomina o „Polakach zamieszkałych za granicą” (art. 6 ust. 2 Konstytucji), wychodząc poza tradycyjne kryterium obywatelstwa. W tej sytuacji L. Garlicki stwierdza, że formułowanie precyzyjnej definicji narodu nie jest ani możliwe, ani potrzebne, gdyż kryterium decydującym jest posiadanie praw wyborczych<sup>13</sup>. Według Z. Witkowskiego używane w treści Konstytucji pojęcie „naród” ma znaczenie poli-

---

<sup>9</sup> Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 8 października 2007 r. sygn. akt K 20/07 OTK – A 2007, Nr 9, poz. 102; J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, Kraków 2001, t. II, s. 514.

<sup>10</sup> Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2016 r., sygn. akt Kp 2/15, OTK – A 2016, poz. 23. Godzi się w tym miejscu jedynie zaznaczyć, że ustawodawca wskazał kryteria wpisu na Listę Skarbów Dziedzictwa, nowelizując art. 1 pkt 6 Ustawy z 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz Ustawy o muzeach w części dodającej art. 14a ust. 2 do Ustawy z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Dz.U. z 2014 r., poz. 1446.

<sup>11</sup> M. Florczak-Wątor, *Uwagi do art. 5 Konstytucji*, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I Komentarz, art. 1–86, Warszawa 2016, s. 289.

<sup>12</sup> P. Sarnecki, *Uwagi do art. 5 Konstytucji*, w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, wyd. drugie uzupełnione, Warszawa 2016, s. 234.

<sup>13</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2016, s. 70.

tyczne, a nie etniczne. Polityczna definicja narodu, zdaniem tego autora, jest zarówno trwałym składnikiem tradycji Polski, jak i czynnikiem integrującym wszystkich, którzy mają obywatelstwo Rzeczypospolitej i czują się odpowiedzialni za jej dobro. Podkreśla on, że naród jest wspólnotą prawną, która tworzą wszyscy obywatele, zauważając, że pojęcie narodu bez przymiotnika jest dość ogólne i niesprecyzowane. Takie ujęcie miało charakter celowy. Wskazuje on, że pojęcie narodu ustrojodawca odnosi do sformułowania „wspólnota wszystkich obywateli” (art. 1 Konstytucji). W preambule podkreślono „my Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej”, ale w dalszej części, w art. 6 ust. 2 Konstytucji, mowa o „Polakach zamieszkałych zagranicą”<sup>14</sup>.

P. Sarnecki zauważał, że Konstytucja nie może podawać definicji narodu, gdyż nie jest to pojęcie prawnicze, a tym bardziej konstytucyjne, lecz polityczne bądź socjologiczno-polityczne, a jego treść winna być ustalona w drodze analizy i wykładni przepisów prawnych. Podkreślał on, że naród żyjący we własnym państwie „jest pewną wspólnotą (zbiorowością) spójną przez liczne więzi społeczne wykształcone na przestrzeni dziejów oraz przez pewne emocje (patriotyzm), połączoną również wspólną historią”. Konstatuje dalej, że polityczne pojęcie narodu, używane w konstytucjach, różni się od pojęcia narodu stosowanego w etnografii czy etnologii, gdzie istotna jest przede wszystkim wspólnota<sup>15</sup>. B. Banaszak zwracał uwagę, że w nauce upowszechnił się pogląd nawiązujący do francuskiej doktryny prawa konstytucyjnego, w myśl którego naród jest zbiorowością polityczną, obejmującą wszystkich obywateli bez względu na przynależność etniczną. Jego zdaniem Konstytucja traktuje naród w sensie politycznym jako zbiorowość bezpośrednio decydująca o swoich prawach. Podziela pogląd, że naród w Konstytucji nie jest ujmowany w kategoriach etnicznych, chociaż pewne wątpliwości co do tego muszą zrodzić się na tle sformułowań preambuły<sup>16</sup>. Ze stanowiskiem, iż użyte w Konstytucji pojęcie narodu nie jest tożsame z jego etnicznym znaczeniem, zgadza się M. Gulczyński<sup>17</sup>.

Dokonujący przeglądu stanowisk prezentowanych w doktrynie K. Działocha wskazuje, że nie ma w zasadzie kontrowersji co do tego, że konstytucyjne pojęcie narodu nie odnosi się do sfery etnicznej, lecz oznacza szerszą wspólnotę. Konstatuje także, że formuły preambuły, w których mowa o „Narodzie Polskim” jako o „wszystkich obywatelach” Rzeczypospolitej, nie można uważać za definicję o charakterze prawnym<sup>18</sup>. Interesujące wydaje się stanowisko W. Orłowskiego, który zauważa, że Konstytucja zarówno we wstępie, jak i w części artykułowanej odnosi się do narodu w sensie etnicznym i politycznym, jednak podstawowym pojęciem jest naród w znaczeniu politycznym<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Z. Witkowski, w: Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015, s. 82.

<sup>15</sup> P. Sarnecki, w: *Prawo konstytucyjne RP*, wyd. 7, Warszawa 2008, s. 177–178.

<sup>16</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 7, Warszawa 2015, s. 221; tegoż, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 63.

<sup>17</sup> M. Gulczyński, *Zasada zwierzchnictwa narodu*, w: W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Warszawa 1998, s. 110.

<sup>18</sup> K. Działocha, *Uwagi do art. 4 Konstytucji*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, Warszawa 2007, s. 9. Stwierdzenie to nie zostało powtórzone przez tego Autora w wydaniu drugim tego Komentarza.

<sup>19</sup> W. Orłowski, w: W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 249 i nast. W literaturze przypomina się, że

Konstytucyjne pojęcie Narodu Polskiego nie może być sprowadzane tylko do osób narodowości polskiej. Stanowisko takie jednoznacznie prezentował w orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny<sup>20</sup>. Wynika to jednoznacznie także z treści art. 4 Konstytucji. Pojęcie „narodu”, jakim posługuje się Konstytucja, oznacza więc szerszą wspólnotę, a nie tylko wspólnotę kulturową bądź etniczną<sup>21</sup>. Tezie tej zdaje się jednak przeczyć treść art. 6 Konstytucji, gdzie mowa o równym dostępie od dóbr kultury, „będącym źródłem tożsamości Narodu Polskiego, jego trwania i rozwoju”. Nie może być wątpliwości, że dobra kultury, będące źródłem tożsamości Ormian, Tatarów, Karaimów, Niemców, Żydów będących obywatelami polskimi, są różne od tych dóbr kultury, które są źródłem tożsamości Narodu Polskiego jako narodu etnicznego. Opowiadając się za szerokim rozumieniem treści art. 6 ust. 1 Konstytucji, można stwierdzić, że Rzeczpospolita stwarza warunki upowszechniania i równego dostępu do dóbr kultury, będącej

---

w okresie przygotowywania Konstytucji wskazania w preambule na Naród Polski dopominała się opozycja, przeciwstawiając się formule „My obywatele polscy”. Za wprowadzeniem formuły mówiącej wprost o Narodzie Polskim optował także ks. prof. J. Krukowski, przedstawiciel Sekretariatu Konferencji Episkopatu Polski, wskazując na możliwość mówienia o narodzie w sensie politycznym. Por. M. Piechowiak, *Uwagi do preambuły*, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. I..., op. cit., s. 134.

<sup>20</sup> Trybunał stwierdził, że dla ustalenia przynależności do Narodu Polskiego w rozumieniu preambuły nie mają znaczenia żadne – poza obywatelstwem – czynniki, choćby takie jak narodowość, rasa czy wyznanie, a istotą przynależności do tak pojętego Narodu Polskiego jest poczucie państwowe uzewnętrzniane przez posiadanie polskiego obywatelstwa. W dalszej części podkreślono, że ustrojodawca „traktuje naród polski pisany małymi literami jako wspólnotę nie tyle etniczną (w ścisłym znaczeniu „wspólnoty krwi”, co byłoby bezprzedmiotowe wobec migracji i mieszania się różnych narodowości, zarówno w wielonarodowej I i II Rzeczypospolitej, jak i w wyniku wojen i przemarszów obcych armii) ile kulturową”. Por. Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2016 r., sygn. akt Kp 2/15, OTK – A 2016, poz. 23 oraz z 21 września 2015 r., sygn. akt K 28/13. W wyroku Kp 2/15 wywieziono, że ustrojodawca w Konstytucji zakładał, że Naród jest wspólnotą, w ramach której istnieje międzypokoleniowa więź, wyrażająca się w uniwersalnych wartościach, z którymi związany jest zbiór usystematyzowanych zasad i dyrektyw, wskazujących jak osiągać te wartości, a z jakich metod, dążąc do nich, zrezygnować. Wykładając treść preambuły, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż w pełni podziela pogląd, że Konstytucja posługuje się pojęciem narodu w sensie politycznym, a nie etnicznym i w rozumieniu norm konstytucyjnych, u których podstaw legło sformułowanie preambuły, pojęcie naród określa wspólnotę, którą tworzą obywatele Rzeczypospolitej (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 maja 2004 r. sygn. akt K 15/04, OTKA 2004, nr 5, poz. 47). Podobne stanowisko zostało sformułowane w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2005 r. (K 24/04, OTKA 2005, nr 1, poz. 3), w którym stwierdzono, że naród ma być pojmowany jako ogół obywateli, a nie w sensie etnicznym (pkt 9 rozważań Trybunału w uzasadnieniu).

<sup>21</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 55; Z. Witkowski, *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2009, s. 62–66. Jak zauważa K. Działocha formuła, którą posłużono się we Wstępie, zestawiona z tym, że w części artykułowanej, zwłaszcza w przypisach dotyczących praw jednostki, odwołuje się ustrojodawca do terminu „obywatel” przemawiają za tym, że ustrojodawca posiłkował się prawnym pojęciem narodu. Zob. K. Działocha, *Uwagi do art. 4. Konstytucji*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, Warszawa 2007, s. 9.

źródłem tożsamości, nie tylko swoim obywatelom narodowości polskiej, lecz także tym obywatelom<sup>22</sup>, którzy należą do mniejszości narodowych<sup>23</sup>.

Warto zauważyć, że w myśl preambuły obywatele aktualnie tworzący Naród Polski są „złączeni więzami wspólnoty z naszymi rodakami rozsianymi po świecie”. Formuła ta musi rodzić wątpliwości prawne. Jej prosta interpretacja nakazywałaby stwierdzić, że chodzi o osoby narodowości polskiej przebywające poza jej granicami. Przeczyłoby to jednak ugruntowanej konstatacji, że użyte w Konstytucji poje-

---

<sup>22</sup> Obywatelstwo stanowi instytucję prawną osadzoną w prawie konstytucyjnym, międzynarodowym i administracyjnym, głęboko powiązaną nie tylko z państwem, lecz także ze społeczeństwem, mającą swój wymiar psychologiczny i socjologiczny. W literaturze zwykle podkreśla się, że obywatelstwo to trwałe lub względnie trwałe, zarówno w aspekcie czasowym, jak i przestrzennym, węzeł prawny łączący jednostkę (osobę fizyczną) z państwem. Zob. J. Jagielski, *Obywatelstwo polskie: zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1998, s. 16–17; Z. Sokolewicz, *Obywatelstwo a narodowość. Uwagi w związku z ustanowieniem obywatelstwa Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie” 1997, nr 1, s. 13–35; J. Trzciniński, *Obywatelstwo w Europie. Z dziejów idei i instytucji*, Warszawa 2006, szczególnie s. 181–236; tegoż, *Obywatelstwo w Europie. Idea i jej wyraz formalny w perspektywie historycznej*, „Studia Europejskie” 2002, nr 2, s. 45–67; M. Wyrzykowski, *Obywatel i biurokracja*, w: *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, Warszawa 1993, s. 52; M. Magoska, *Obywatel w procesie zmian*, Kraków 2001, s. 38 i nast.; E. Smoktunowicz, *Status administracyjno-prawny obywatela*, w: *System prawa administracyjnego*, Wrocław 1980, t. IV, s. 7 i nast.; *Wielka encyklopedia prawa*, red. E. Smoktunowicz, Białystok–Warszawa 2000, s. 541. W myśli socjologicznej, głównie pod wpływem T.H. Marshalla, podkreśla się, iż obywatelstwo kształtuje publicznoprawny status osoby fizycznej, zakres jej praw i obowiązków. Zob. T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, London 1963, *passim*. Zdaniem T.H. Marshalla istnieją trzy wymiary obywatelstwa: cywilny, polityczny i społeczny. Obywatelstwo w znaczeniu cywilnym to prawa obywatelskie (*civil rights*), a w zasadzie wolności obywatelskie, właściwe i przynależne wszystkim osobom fizycznym wchodzącym w skład określonego społeczeństwa, pojmowanego jako wielka grupa społeczna tworząca państwo, zaskarżalne przed sądem i niepodlegające arbitralnej odmowie ze strony państwa ani jakichkolwiek innych podmiotów. Wymiar społeczny obywatelstwa to gwarancje socjalne, prawo do odpowiedniego poziomu życia, ochrony zdrowia, możliwości kształcenia się, korzystania ze świadczeń społecznych, dorobku kulturalnego. W doktrynie konstatuje się stałe rozszerzanie zakresu pojęcia „obywatelstwo”, będące rezultatem modernizacji społeczeństwa, różnicowania strukturalnego, czego skutkiem jest powstawanie nowych instytucji i przekształcanie się dotychczasowych prostych struktur społecznych w złożone. Zob. T. Parsons, *The System of Modern Societies*, New York 1971, s. 23. Zob. także R. Holton, B.S. Turner, *Parsons and Modernity*, London 1986, s. 17. Według J. Habermasa istnieją dwie wizje obywatelstwa. Pierwszą z nich wywodził z liberalnej tradycji prawa naturalnego Johna Locke’a, gdzie przynależność obywatela oparta jest na regulacjach prawnych, określone są swobody i wolności, które powinny być zapewnione przez władzę, a podstawową wartością jest życie prywatne, które państwo ma zabezpieczać. Drugą wiązał z tradycją klasyczną i myślą Arystotelesa. Według tej koncepcji obywatel jest podmiotem kształtującym wolę polityczną wspólnoty, a jego przynależność do państwa oparta jest na zbiorowym kształtowaniu wspólnoty na płaszczyźnie etyczno-kulturowej. W tym wypadku zbiorowość polityczna tworzy nową jakość, która określa jednostkę poprzez możliwość uczestniczenia w zbiorowym samostanowieniu. Por. J. Habermas, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa...*, op. cit., s. 12–16. Habermas odwołuje się przy tej okazji do koncepcji Charlesa Taylora, który zauważał, że bycie obywatelem w modelu liberalnym polega na ochronie praw jednostek i równym traktowaniu, a także na posiadaniu rzeczywistego wpływu na podejmowanie decyzji. W modelu klasycznym (arystotelesowskim), samo uczestniczenie w zarządzaniu jest istotą wolności. Zob. Ch. Taylor, *The Liberal-Communitarian Debate*, w: N.L. Rosenblum (red.), „*Liberalism and the Moral Life*”, Cambridge 1989, s. 178 i nast.

<sup>23</sup> W kwestii tej zob. M. Banaś, A. Krzywonos, *Prawo do obywatelstwa*, w: B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 157–208; S. Konopacki, *Obywatelstwo europejskie w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Łódź 2005, s. 67–116.



cie „Naród Polski” odnosi się nie do narodu etnicznego, lecz ma znaczenie prawne i należy pod nim rozumieć obywateli polskich mogących przynależeć do różnych narodów<sup>24</sup>. Wydaje się, że pojęcie „rodaków” użyte w preambule Konstytucji nie pokrywa się z pojęciem „narodu”. Rodacy to jedynie obywatele narodowości polskiej. Poczucie więzów wspólnoty z „rozszanymi po świecie” rodakami to kolejna aksjologiczna podstawa Konstytucji. Warto przy tym zauważyć, że polska Ustawa Zasadnicza deklaruje potrzebę współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra rodziny ludzkiej, ale nie przenosi tego na grunt indywidualny, nie widzi potrzeby i możliwości współpracy między jednostkami, a w każdym razie taka współpraca nie jest jedną z wartości Konstytucji.

Kolejny problem wywołują sformułowania art. 6 ust. 1 Konstytucji, w którym zawarowano równy dostęp do dóbr kultury będącej źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju. Jednocześnie w art. 6 ust. 2 zauważono, że Polacy zamieszkali za granicą winni spotykać się, z pomocą Rzeczypospolitej Polskiej, w zachowaniu ich związków z narodowym dziedzictwem kulturalnym. W świetle tych stwierdzeń nie ulega wątpliwości, że po pierwsze, dobra kultury są źródłem tożsamości narodu polskiego, po drugie, że dobra kultury wchodzą w skład dziedzictwa narodowego, gdyż dziedzictwo kulturalne jawi się jako część dziedzictwa narodowego. Powstaje jednak wątpliwość na tle art. 35 Konstytucji w powiązaniu z art. 6 ust. 2 Konstytucji. Dotyczy ona sytuacji, czy w treści art. 6 ust. 2 Konstytucji mowa o Polakach w znaczeniu etnicznym, czy też politycznym. Innymi słowy, czy człowiek będący niegdyś obywatelem Polski, ale należący do mniejszości narodowej, będący np. Tatarzem, Karaimem, Ormianinem, albo potomkiem takiego obywatela, czujący się Polakiem, ale mającym już inne obywatelstwo, chcący zachować związki z Polską, ma prawo oczekiwać od Rzeczypospolitej pomocy w zachowaniu związków z narodowym dziedzictwem kulturalnym, także w tej części, w której jest

---

<sup>24</sup> Nie sposób w tym miejscu podjąć próby całościowego zreferowania bogatej i wielopłaszczyznowej dyskusji odnoszącej się do problematyki tożsamości narodowej, która podjęta została w ramach kilku dyscyplin. Kwestii tej z odwołaniem się do obszernej literatury, poświęciłem uwagę w pracy *Kryzys polskiej tożsamości narodowej, narodziny tożsamości europejskiej – antynomie, dylematy, miraże*, w: L. Dyczewski, D. Wadowski (red.), *Tożsamość polska w odmiennych kontekstach*, Lublin 2009, s. 227–260. Uwag tych nie sposób w tym miejscu powtarzać lub chociażby streszczać. Zob. także J. Sobczak, *Mniejszości narodowe i wyznaniowe w polskim porządku prawnym*, w: J. Sobczak, A.W. Mikołajczak, B. Hordecki (red.), *Zderzenie czy dialog państw narodowych w Europie*, Poznań 2008, s. 9–43; tegoż, *Wokół problemu definicji mniejszości narodowych*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 2003, z. 1, s. 25–62; tegoż, *Europa mniejszości. Standardy prawne ochrony mniejszości narodowych i etnicznych oraz ich realizacja w polskim systemie prawnym*, w: *Europa XXI wieku. Perspektywy i uwarunkowania integracji europejskiej*, M. Musiał-Karg (red.), Poznań 2007, s. 167–201; J. Sobczak, *Kryzys polskiej tożsamości narodowej, narodziny tożsamości europejskiej – antynomie, dylematy, miraże*, w: M. Janowski, J. Jonczek, L. Ślepowroński (red.), *Quo vadis Europa? Kulturowe oblicza Europy*, t. I, Szczecin 2008, s. 23–51; por. także W. Konarski, *Naród, mniejszość, nacjonalizm, religia – przyczynek do dyskursu o pojęciach i powiązaniach między nimi*, w: A. Hołub (red.), *Narody...*, op. cit., s. 17–51; M. Jasińska, *Podstawowe prawa i wolności mniejszości narodowych w systemie Rady Europy*, „Politologia i Stosunki Międzynarodowe” 2007, nr 2, s. 156–168. Podkreślić należy, że wielu badaczy, m.in. J. Habermas, zauważa, że demokracja polityczna nie wymaga identyfikacji z tożsamością określoną historycznie czy kulturowo, aczkolwiek przyznaje on, że państwo narodowe doprowadziło do związku między etnicznością a demokracją – jednak uczyniło to w określonym czasie historycznym.

to dziedzictwo kulturalne mniejszości narodowej bądź etnicznej. Inaczej mówiąc: chodzi o to, czy narodowe dziedzictwo kulturalne to dziedzictwo narodu polskiego w znaczeniu etnicznym, czy też dziedzictwo, w skład którego wchodzi wszelkie przekazy kulturowe tych mniejszości narodowych i etnicznych, które zamieszkiwały na obszarze Rzeczypospolitej szlacheckiej, II Rzeczypospolitej oraz na ziemiach polskich po II wojnie światowej.

Kwestia ta wiąże się pośrednio z wieloznacznością terminu „kultura”. Pojęcie to w polskim systemie prawnym jest nader wieloznaczne. Termin ten nie posiada definicji legalnej, chociaż posługują się nim liczne akty normatywne, poczynając od Konstytucji<sup>25</sup>. W literaturze zwraca się uwagę na to, iż definicje kultury zazwyczaj są oparte na wyliczeniu składników kultury, na podkreśleniu konieczności uczenia się kultury jako mechanizmu jej nabywania i wpływu na osobowość, na wskazaniu społecznego rodowodu (faktu, iż jest ona rezultatem społecznego współżycia ludzi), na podniesieniu społecznego dziedziczenia i tradycji jako sposobu tworzenia i trwania kultury, wreszcie – na stwierdzeniu, iż dana kultura jest „czymś obowiązującym w danej społeczności”<sup>26</sup>. W doktrynie pojawia się wiele koncepcji pojmowania kultury i pojmowania jej związków z życiem społecznym. W większości zostały one gruntownie opisane w podręcznikach antropologii kultury i pracach poświęconych myśli społecznej<sup>27</sup>.

Z „kulturą” w języku prawniczym, ale także prawnym, łączą się kwestie „korzystania z dóbr kultury” i „dostępu do dóbr kultury”. Pierwszy z tych terminów niesie z sobą zakaz tworzenia przez władze publiczne ograniczeń dostępu do dóbr kultury. Wolność ta ma charakter szeroki, przez co może wchodzić w konflikt z innymi, potwierdzonymi w aktach prawa międzynarodowego i zagwarantowanymi w konstytucjach, wolnościami i prawami, w tym także z prawem własności. „Dostęp do dóbr kultury” traktowany jest zwykle jako wolność, co przemawiałoby za zakazem reglamentacji dostępu do dóbr kultury, natomiast w praktyce akty normatywne niejednokrotnie ograniczają ten dostęp, co bywa dyktowane chęcią zachowania dóbr kultury w stanie niepogorszonym. Akty prawa międzynarodo-

---

<sup>25</sup> Zob. w tym przedmiocie A. Kłoskowska, *Kultura masowa*, Warszawa 1980, s. 9–93. Zob. także A. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture. A Critical Review on Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1952, nr 47 (1); G. Banaszak, J. Knita, *Spoleczno-regulacyjna koncepcja kultury*, Warszawa 1994; S. Bednarek, *Pojmowanie kultury i jej historii we współczesnych syntezach dziejów kultury polskiej*, Wrocław 1995; S. Czarnowski, *Kultura*, w: *Dziela*, t. 1, Warszawa 1968; A. Kłoskowska, *Socjologia kultury*, Warszawa 1981; A. Kroeber, *Istota kultury*, Warszawa 1973; B. Malinowski, *Naukowa teoria kultury*, w: tegoż, *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958; F. Znaniecki, *Nauki o kulturze*, Warszawa 1971; G. Simmel, *O istocie kultury*, w: *Filozofia kultury. Wybór esejów*, Kraków 2007, s. 15–22.

<sup>26</sup> A.L. Kroeber, C. Kluckhohn, *Culture. A Critical Review on Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archeology and Ethnology” 1952, nr 47 (1), s. 3 i nast. <https://ia801409.us.archive.org/19/items/papersofpeabodymvol47no1peab/papersofpeabodymvol47no1peab.pdf> (dostęp: 8.09.2018). Zob. także A.L. Kroeber, *Istota kultury*, Warszawa 2002, s. 151–174 i 195–213.

<sup>27</sup> Najbardziej powszechne koncepcje to: ewolucjonizm i neowolucjonizm, marksizm, ujęcie szkoły frankfurckiej, koncepcja szkoły durkheimowskiej, historyzm, dyfuzjonizm, funkcjonalizm i myślenie systemowe, strukturalizm, psychokulturalizm, kognitywizm i postmodernizm. Zob. M. Golka, *Socjologia kultury*, Warszawa 2007, s. 23 i nast.

wego, w tym także unijnego, nakładają na państwa obowiązek tworzenia przepisów prawnych, uniemożliwiających ograniczenie dostępu do dóbr kultury. Skoro korzystanie z dóbr kultury jest wolnością i ma charakter prawa podmiotowego, co prowadzić powinno do możliwości formułowania skargi, także konstytucyjnej, w razie ograniczenia takiego dostępu<sup>28</sup>.

W doktrynie zauważa się, że wolność korzystania z dóbr kultury ma przede wszystkim charakter wertykalny, a więc skutkuje obowiązkami nałożonymi na organy władzy publicznej. Nie wywołuje natomiast „efektu horyzontalnego”, bo odniesienie swobody dostępu do dóbr pozostających w rękach prywatnych mogłoby kolidować z prawem własności bądź z prywatnością życia domowego<sup>29</sup>. Zgodzić się wypada z M. Piechowiakiem, że ustrojodawcy nie chodziło o kulturę w sensie opisowym, ale o kulturę opartą na określonym fundamencie aksjologicznym zawartym w chrześcijańskim dziedzictwie narodu i w ogólnoludzkich wartościach<sup>30</sup>. W tej sytuacji wypada rozważyć, czy „kultura” w ujęciu preambuły jest tylko wartością, czy też także zasadą prawną<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Zob. M. Królikowski, K. Szczucki, w: M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 1688; J. Sobczak, *Wolność korzystania z dóbr kultury – standardy europejskie i konstytucyjna rzeczywistość polska*, w: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona dóbr kultury*, Toruń 2009, s. 7–26; M. Gołda-Sobczak, *Wolność korzystania z dóbr kultury i wolność badań naukowych*, „Media i Medioznawstwo” 2014, nr 1 (13/IV), s. 9–38; J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Свобода использования культурных ценностей в европейском правовом порядке*. Международные стандарты, w: Т.Л. Курас (ред.), „Правовая политика современной России: реалии и перспективы. Материалы международной научно-практической конференции” 2014, Иркутск, s. 122–137.

<sup>29</sup> Zob. L. Garlicki, M. Derlatka, w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 800. Zob. także M. Jabłoński, *Wolności z art. 73 Konstytucji RP*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 561; A. Frankiewicz, *Wolność w sferze sztuki i nauki według Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, w: M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2010, z. IV, s. 236; tegoż, *Konstytucyjna regulacja dostępu do dóbr kultury i wolności korzystania z dóbr kultury*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, nr 3, s. 63.

<sup>30</sup> M. Piechowiak, w: M. Safjan, M. Bosak (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I..., op. cit., s. 140.

<sup>31</sup> Można mieć wątpliwości, czy kultura w ujęciu preambuły może być traktowana jako zasada konstytucyjna, czy też pojmowana jako wartość. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego częstokroć pewne stany rzeczy, zjawiska, zdarzenia, stosunki bądź zachowania bywają określone jako wartości. W ten sposób ujęto wolność wyrażania opinii jako wolność słowa. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 1994 r., sygn. akt K 17/93, OTK 1994, cz. I, poz. 11, s. 90. W treści uzasadnienia stwierdzono: „Wolność wyrażania opinii, jako postać wolności słowa jest wartością konstytucyjną chronioną w art. 83 przepisów konstytucyjnych, nie ma jednakże charakteru absolutnego”. Przy okazji warto zauważyć, że w treści tego uzasadnienia stwierdzono: „Ograniczenie dopuszczalne jest w sposób wyraźny w innych przepisach konstytucyjnych bądź gdy konieczne jest wzajemne harmonizowanie wolności słowa z innymi zasadami, normami i wartościami konstytucyjnymi...”. W tej sytuacji Trybunał Konstytucyjny wyraźnie – przynajmniej w tym orzeczeniu – nie uznaje wartości konstytucyjnych za tożsame z zasadami i normami. Godzi się zauważyć, że wolność sumienia i wyznania także ujęto w uzasadnieniu jako wartość konstytucyjną. W teorii państwa i prawa opracowano koncepcje zasad prawa znajdującą zastosowanie we wszystkich gałęziach prawa. Wskazuje się przy tym, że zasady mogą być ujmowane opisowo bądź dyrektywalnie. Niekiedy stwierdza się, że wypowiedzi, którym w prawoznawstwie przypisuje się status zasad, mają charakter wypowiedzi opisowych,

Brak legalnej definicji słowa „kultura” powoduje, że może być ona w praktyce rozumiana bądź jako dziedzictwo kulturowe, bądź sprowadzona do pojęcia „dóbr kultury jako źródła tożsamości narodu”, ewentualnie do narodowego dziedzictwa kulturalnego. W literaturze przyjmuje się, że dziedzictwo narodowe, a ściślej rzecz biorąc, dziedzictwo kultury obejmuje nie tylko elementy materialne dorobku poprzednich pokoleń<sup>32</sup>, lecz także zespół myśli, uczuć. Przyjmuje się, że świadectwem kultury są jej wytwory, czyli dziedzictwo kultury<sup>33</sup>. Do tego dziedzictwa zalicza się także dorobek naukowy, skutki wysiłków twórczych<sup>34</sup>. Zwykło się przy tym wyróżniać materialne i niematerialne aspekty dziedzictwa kulturowego. Zwraca się także uwagę na trudności zaliczenia określonego dobra kultury do spuścizny kulturalnej konkretnego narodu<sup>35</sup>. Podejmując w doktrynie próbę sformułowania definicji dziedzictwa kulturalnego, J. Pruszyński stwierdził, że jest nim

zasób rzeczy nieruchomych i ruchomych, wraz ze związanymi z nimi wartościami duchowymi, zjawiskami historycznymi i obyczajowymi, uznawany za godny ochrony prawnej dla dobra społeczeństwa i jego rozwoju oraz przekazania następnym pokoleniom z uwagi na zrozumiałe i akceptowane wartości historyczne, patriotyczne, religijne, naukowe i artystyczne, mające znaczenie dla tożsamości i ciągłości rozwoju politycznego, społecznego i kulturalnego dowodzenia prawd i upamiętniania wydarzeń historycznych, kultywowania poczucia piękna, i wspólnoty cywilizacyjnej<sup>36</sup>.

W literaturze podnosi się, że treść art. 6 Konstytucji stanowi jedną z bardziej szczegółowych zasad polityki państwa. Pod pojęciem zasad należy rozumieć postanowienia nakładające określone obowiązki na władzę publiczną i jej organy, które nie

---

dyrektywalnych lub oceniających. Zob. M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretyczno-prawne*, Poznań 2012, s. 23–30. Zob. w kwestii stosunku zasad do wartości: S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, *passim*. Zwraca się przy tym uwagę, że w procesie stosowania prawa nie wystarcza proste przywołanie określonej zasady, ale niezbędnym jest dokładne odtworzenie jej treści oraz podanie podstawy obowiązywania. M. Kordela, *Zasady prawa...*, op. cit., s. 23 i nast., 36. W polskiej doktrynie, w ślad za rozwiązaniami przyjętymi w literaturze anglosaskiej, wskazuje się, że najbardziej charakterystyczny rodzaj zdań prawnych kreują normy formułujące obowiązki obejmujące dwie uzupełniające się klasy: reguł oraz zasad. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecas 1998, s. ix; cyt. za M. Kordela, *Zasady prawa...*, op. cit., s. 36–37.

<sup>32</sup> J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, w: J. Wawrzyniak, M. Kruk, J. Trzciński (red.), *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna, prawo, praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesiątce urodzin*, Warszawa 2002, s. 130 i nast.

<sup>33</sup> J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury. Teorie. Dylematy restytucji*, „Przegląd Wschodni” 2002, t. 8, s. 360; K. Zeidler, *Pojęcie „dziedzictwa narodowego” w Konstytucji RP i jego prawna ochrona*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, t. XII, s. 343–344.

<sup>34</sup> T. Kotarbiński, *Sprawność i błąd*, Warszawa 1970, s. 94.

<sup>35</sup> A. Gerecka-Żołyńska, *W kwestii definicji dobra kultury i dzieła sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9, s. 104.

<sup>36</sup> J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury Polski...*, op. cit., t. I, s. 125. Wypada zauważyć, że zdaniem J. Pruszyńskiego ochrona dziedzictwa w ścisłym tego słowa znaczeniu jest niewykonalna, ochrona ogólnie określonych „dóbr kultury” wątpliwa. Natomiast uzasadniona i możliwa do zrealizowania jest jedynie ochrona przedmiotów określonych rodzajowo, gatunkowo lub jednostkowo.

łączą się jednak z konkretnymi uprawnieniami jednostek. Nie ulega wątpliwości, iż kultura, pojmowana w art. 6 Konstytucji jako „źródło tożsamości narodu polskiego”, jest niewątpliwie jedną z części składowych dziedzictwa narodowego w rozumieniu art. 5 Konstytucji. Problem tożsamości pojawia się, kiedy przed jednostką staje większa możliwość wyborów. Dotyczą one wielu sfer życia, wykształcenia, zawodu, uczestnictwa w zrzeszeniach społecznych i politycznych, funkcjonowania w grupie społecznej. Szczególnie ważne wydają się pytania o tożsamość narodową i wiążąca się z nią czasem kwestia wyboru języka i religii.

Problematyka tożsamości narodowej należy do tych zagadnień, które leżą w polu zainteresowania kilku dyscyplin naukowych. Z jednej strony, jest ona przedmiotem badań socjologii, z drugiej, stanowi obiekt dociekań historyków, historyków prawa i idei, politologów, kulturoznawców, psychologów, etnologów. Rezultatem tego stanu rzeczy było stosowanie w toku eksploracji odnoszących się do treści, perspektyw i cech tożsamości narodowej różnych metod badawczych, właściwych przedstawicielom poszczególnych dyscyplin. Zjawisko to niewątpliwie poszerzyło i wzbogaciło pole badań, lecz doprowadziło też do nieporozumień, które utrudniają ocenę pojęcia tożsamości narodowej. Istotną sprawą okazała się kwestia siatek pojęciowych. O ile, aż do schyłku lat osiemdziesiątych, wydaje się w rozważaniach naukowych dominować pojęcie „świadomości społecznej” lub „świadomości historycznej”, o tyle od początku lat dziewięćdziesiątych, wraz z widoczną w Polsce eksplozją badań socjologicznych – w szczególności tych, których obiektem stało się pojęcie „narodu” – coraz częściej pojawiał się w publikacjach termin „tożsamość narodowa”. Większość badaczy zdawała się stać na stanowisku, iż określenia: „świadomość narodowa” i „tożsamość narodowa” to synonimy<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Zob. H. Kubiak, *Świadomość i tożsamość narodowa. Swobodny wybór czy wymuszone zobowiązanie?*, w: K. Doktor, W. Kwaśniewicz, A. Kwilecki (red.), *Socjologia: Teoria i działanie. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Markiewicza*, Warszawa 1997, s. 265–284; przedr. H. Kubiak, *U progu ery postwestfalskiej*, Kraków 2007, s. 214. W literaturze istnieje wiele rozpraw poświęconych wyłącznie analizie definicji tożsamości, wśród nich m.in. prace: Z. Bokszański, *Tożsamość, integracja, grupa. Tożsamość jednostki w perspektywie socjologicznej*, Łódź 1989; T. Paleczny, *Typy tożsamości kulturowej a procesy globalizacji*, w: K. Gorlach, M. Niezgodna, Z. Serega (red.), *Władza, naród, tożsamość*, Kraków 2004; P. Schlesinger, *On National Identity: Some Conceptions and Misconceptions Criticized*, „Social Science Information” 1997, vol. 26. Nie wdając się w spór, czy tego typu założenie jest prawdziwe, wypada jedynie skonstatować, że zarówno jedno, jak i drugie z przytoczonych pojęć jest niezbyt ostre oraz bywało różnie rozumiane i tłumaczone. „Tożsamość” to potocznie rzecz biorąc: „bycie tym samym”, „identyczność” bądź „świadomość siebie, swoich cech i odrębności”. To wreszcie „fakty, cechy i dane personalne pozwalające wyróżnić, rozpoznać i zidentyfikować jakąś osobę”. W odniesieniu do społeczności tożsamość to „świadomość wspólnych cech i poczucie jedności” (S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Warszawa 2003, s. 96). W tych słownikowych definicjach wyraźnie pojęcie tożsamości definiowane jest przy pomocy terminu świadomość, a między tymi określeniami stawia się znak równości. „Świadomość” to, potocznie ujmując: „wiedza o czymś”, „uświadomienie sobie czegoś”, „zdawanie sobie sprawy z czegoś”. To także „wspólne dla określonej grupy ludzi idee, poglądy, przekonania i cele”. Zauważając synonimiczność obu pojęć nie sposób jednak nie zauważyć, że pierwsze z nich (tj. „tożsamość”) zdaje się akcentować pewien stan „bierności”, „nieuchronności”. Natomiast „świadomość” charakteryzuje się pewnym ładunkiem emocjonalnym. W treści tego terminu zdaje się dochodzić do głosu przekonanie, iż świadomość jest rezultatem pewnego procesu, wynikiem dążenia do poznania przez określony podmiot swojej przynależności, jest efektem nieprzypadkowej identyfikacji. Na kwestię zauważonych różnic znaczeniowych nie zwracano jednak w literaturze szczególniejszej uwagi. Przyznać należy, iż postrzeganie ich ma charakter w dużej mierze subiektywny i intuicyjny.

W art. 35 Konstytucji zagwarantowano, że mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych oraz służących tożsamości religijnej, a także do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej (art. 35 ust. 2)<sup>38</sup>. Warto zauważyć, że Konstytucja z natury rzeczy nie zdefiniowała (bo nie mogła zdefiniować) pojęć „mniejszość narodowa” i „mniejszość etniczna”. Przyjęcie wspomnianych rozróżnień zaważyło jednak w istotny sposób nad kształtem późniejszych uregulowań. Warto pamiętać, że odróżnianie mniejszości narodowych od etnicznych nie ma w prawie międzynarodowym charakteru uniwersalnego, a oba pojęcia uznaje się za synonimy. Na gruncie Konstytucji nie są to jednak pojęcia równoznaczne, o czym przekonuje przebieg prac nad jej treścią oraz to, że ustawodawca w niektórych sytuacjach operuje tylko terminem „mniejszość narodowa”<sup>39</sup>. Konstytucja wyraźnie wyróżnia element obiektywny – czyli faktyczne istnienie mniejszości, tak narodowej, jak i etnicznej – od subiektywnego, który pozwala obywatelowi na swobodę wyboru, czy życzy sobie ujawnić swą przynależność, czy też chce być traktowany jako członek mniejszości.

Warto zauważyć, że zakres podmiotowy wolności, o jakiej mowa w art. 35 Konstytucji, ograniczony jest tylko do obywateli polskich, pozostawiając poza polem swojego działania cudzoziemców bezpaństwowców, nawet takich, którzy przebywają w Polsce na stałe. Zakresem swoim art. 35 Konstytucji obejmuje jedynie te osoby, które „należą do mniejszości narodowych i etnicznych”, a więc jedynie takie, które rzeczywiście powiązane są z określoną mniejszością. Warto zauważyć, że wartości, o których mowa w art. 35 ust 1 Konstytucji, zostały ujęte w formie negatywnej, co oznacza, że władze publiczne powinny powstrzymać się od ingerencji w określone sfery. Prawa, o jakich

---

<sup>38</sup> Regulacja zawarta w art. 35 nie ma silnego oparcia w polskiej tradycji konstytucyjnej, mimo że, jak stwierdza się w literaturze, „problemy ochrony praw mniejszości były przedmiotem unormowania Konstytucji marcowej, tak w wymiarze indywidualnym (art. 109 ust. 1 i art. 110), jak i grupowym (art. 109 ust. 2)”, gdyż nie rozwinęły się na ich tle ani orzecznictwo, ani literatura. W okresie Polski Ludowej brak było (poza ogólnym zakazem dyskryminacji) szczególnych konstytucyjnych regulacji dotyczących sytuacji praw mniejszości. Starano się wówczas, głosząc tezę o polityczno-moralnej jedności narodu polskiego, zminimalizować możliwość kultywowania tradycji i uzewnętrzniania odrębności przez mniejszości narodowe. L. Garlicki, *Komentarz do art. 35 Konstytucji*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, T. III, Warszawa 2003, s. 4–5; zob. także, *Prawne aspekty mniejszości narodowych w Polsce*, „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52, BSE; M. Kallas, *Prace parlamentarne nad uregulowaniem statusu mniejszości w Polsce (1989–1995)*, „Przegląd Sejmowy 1995, nr 3, s. 63–78; por. także Z. Galicki, *Zapisy konstytucyjne dotyczące mniejszości narodowych i etnicznych – praktyka polska*, „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52, BSE, Kancelaria Sejmu, Warszawa. O polityce państwa polskiego wobec mniejszości narodowych zob. S. Pawlak, *Ochrona mniejszości narodowych w Europie*, Warszawa 2001, s. 130–134. Problematyka mniejszości była szczegółowo analizowana przez powołaną w toku obrad Sejmu X kadencji stałą Komisję Mniejszości Narodowych i Etnicznych. Był to pierwsze tego typu ciało w pracach pierwszego Sejmu. Komisje takie istniały również w Sejmie późniejszych kadencji. Warto zauważyć, że żaden z projektów Konstytucji nie zawierał definicji pojęcia mniejszości narodowych, etnicznych i językowych.

<sup>39</sup> Por. art. 134 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu RP, Dz.U. z 2001 r., Nr 46, poz. 499, zm. 2001 r., Nr 74, poz. 786, w którym jedynie komitety wyborcze utworzone przez wyborców zrzeszonych w zarejestrowanych organizacji mniejszości narodowych mogą korzystać ze zwolnienia list tych komitetów od konsekwencji pięcioprocentowego progu wyborczego, uprawniającego do podziału mandatów. Zob. S. Gebethner, *Wybory do Sejmu i do Senatu. Komentarz do ustawy z dnia 12 kwietnia 2001r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2001, s. 2004 i nast..

mowa w art. 35 ust. 2 Konstytucji, określono natomiast w formie pozytywnej, co nakłada na władze publiczne obowiązek stworzenia warunków umożliwiających realizację tych praw<sup>40</sup>. Zagwarantowano także, iż mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych oraz służących tożsamości religijnej, a także do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej (art. 35 ust. 2 Konstytucji). Ustrojodawca ujął w treści art. 35 Konstytucji kwestię kultury mniejszości narodowych i etnicznych w sposób dynamiczny, akcentując nie tylko wolność zachowania ich kultury, ale także jej rozwoju<sup>41</sup>.

Problematyka dziedzictwa narodowego nie jest nadmiernie eksploatowana w refleksjach natury prawnokonstytucyjnej. Wiąże się to niewątpliwie z tym, iż z treści art. 5 i 6 Konstytucji nie sposób, jak się wydaje, wypracować praw podmiotowych, a sprawy z tego obszaru pojawiają się głównie na tle sporów o charakterze administracyjnym, dotyczącym ochrony dóbr kultury<sup>42</sup>. W literaturze niekiedy kontestuje się także zagadnienie własności w odniesieniu do materialnego dziedzictwa kulturowego, proponując przyjęcie teorii wspólnej własności, w której konsekwencją powinna być zasada wolnego dostępu do wartości dziedzictwa kulturowego. Akcentuje się, że dziedzictwo kulturowe powinno być własnością publiczną, tak aby każdy miał równy dostęp do duchowych wartości, jakie to dziedzictwo w sobie zawiera<sup>43</sup>. To ostatnie stanowisko z jednej strony wydaje się czerpać natchnienie z socjalistycznych koncepcji własności dzieł kultury i to w skrajnym, radzieckim pojmowaniu. Jest przy tym, w obecnych warunkach społeczno-ekonomicznych, całkowicie utopijne. Z drugiej – w odniesieniu do „duchowych wartości” – oznacza je należy za sprzeczne z koncepcją praw autorskich, chronionych nie tylko stosowną ustawą, ale przez liczne akty prawa międzynarodowego.

Przypomnieć na koniec wypada, iż jeśli na ochronę dziedzictwa kultury spojrzeć szerzej, w perspektywie chociażby Unii Europejskiej, to w obecnie jest ono zabezpieczane licznymi unijnymi aktami normatywnymi, mimo że polityka kulturalna państw członkowskich pozostaje ich domeną, a Unia może jedynie zachęcać te państwa do współpracy i uzupełniać ich działania<sup>44</sup>. Niewątpliwie dziedzictwo narodowe jest jednym z elementów kształtującym tożsamość narodową, a na jego straży stoi także wolność korzystania z dóbr kultury.

---

<sup>40</sup> W literaturze podnosi się, że art. 35 gwarantuje mniejszościom uprawnienia: instytucjonalne (prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych i służących ochronie tożsamości religijnej, a więc – prawo do własnego szkolnictwa, placówek kulturalnych i wyznaniowych, ale nie do tworzenia instytucji politycznych, administracyjnych, czy gospodarczych), proceduralne (do uczestniczenia w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości). Wynika z tego nie tylko możliwość, a wręcz konieczność powoływania przez mniejszości organizacji.

<sup>41</sup> Zob. P. Czarny, w: M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I..., s. 808.

<sup>42</sup> Zwraca na to uwagę A. Frankiewicz, *Znaczenie prawne regulacji dziedzictwa narodowego i dóbr kultury w rozdziale I Konstytucji RP*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2012, nr 3440, Przegląd Prawa i Administracji LXXXVIII, Wrocław, s. 9 i nast.

<sup>43</sup> Z. Kobyliński, *Czym jest, komu jest potrzebne i do kogo należy dziedzictwo kulturowe?*, „Mazowsze. Studia Regionalne” 2011, nr 7, s. 21–47.

<sup>44</sup> Kwestie te rozważał W. Sobczak, *Ochrona dziedzictwa kultury w systemie prawnym Unii Europejskiej*, „Środkoeuropejskie Studia Polityczne” 2009, nr 3, s. 105–123. Por. także w tym przedmiocie K. Kowalski, *O istocie dziedzictwa europejskiego. Rozważania*, Kraków 2013, s. 15 i nast.

## BIBLIOGRAFIA

- Atienza M., Ruiz Manero J., *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecas 1998.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2012.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015.
- Banaszak G., Kmita J., *Spoleczno-regulacyjna koncepcja kultury*, Warszawa 1994.
- Banaś M., Krzywonos A., *Prawo do obywatelstwa*, w: B. Banaszak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.
- Bednarek S., *Pojmowanie kultury i jej historii we współczesnych syntezach dziejów kultury polskiej*, Wrocław 1995.
- Bokszański Z., *Tożsamość, integracja, grupa. Tożsamość jednostki w perspektywie socjologicznej*, Łódź 1989.
- Brzózny N., *Chrześcijaństwo, Kościół, demokracja*, <https://idmjp2.pl/index.php/pl/wydarzenia/prelekcje/1157-wyklad-otwarty-chrzescijanstwo-kosciol-demokracja> (dostęp: 8.09.2018).
- Cieślak Ł., *Chrześcijaństwo – religia państwa i Kościoła*, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/21965/015.pdf> (dostęp: 8.09.2018).
- Czarnowski S., *Kultura*, w: *Dzieła*, t. 1, Warszawa 1968.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1 i 4, Warszawa 2003.
- Działocha K., *Uwagi do art. 4 Konstytucji*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, Warszawa 2007.
- Florczak-Wątor M., *Uwagi do art. 5 Konstytucji*, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, t. 1: Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Frankiewicz A., *Konstytucyjna regulacja dostępu do dóbr kultury i wolności korzystania z dóbr kultury*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2013, nr 3.
- Frankiewicz A., *Wolność w sferze sztuki i nauki według Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, w: M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia” 2010, nr 4.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 35 Konstytucji*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2016.
- Galicki Z., *Zapisy konstytucyjne dotyczące mniejszości narodowych i etnicznych – praktyka polska*, „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52, Biuro Studiów i Ekspertyz, Kancelaria Sejmu, Warszawa.
- Garlicki L., Derlatka M., w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016.
- Gebethner S., *Wybory do Sejmu i do Senatu. Komentarz do ustawy z dnia 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2001.
- Gerecka-Żołyńska A., *W kwestii definicji dobra kultury i dzieła sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9.
- Golka M., *Socjologia kultury*, Warszawa 2007.
- Gołda-Sobczak M., *Wolność korzystania z dóbr kultury i wolność badań naukowych*, „Media i Medioznawstwo” 2014, nr 1(13/IV).
- Gulczyński M., *Zasada zwierzchnictwa narodu*, w: W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Warszawa 1998.
- Habermas J., *Obywatelstwo a tożsamość narodowa: rozważania nad przyszłością Europy*, Warszawa 1993.



- Holton R., Turner B.S., Parsons T., *Parsons and Modernity*, London 1986.
- Horst G., Co oznacza „dziedzictwo chrześcijańskie”? w: *Europa dla Chrystusa!*, [http://www.europe4christ.net/fileadmin/media/pdf/polish/List\\_do\\_Europy\\_5.pdf](http://www.europe4christ.net/fileadmin/media/pdf/polish/List_do_Europy_5.pdf) (dostęp: 8.09.2018).
- Jabłoński M., *Wolności z art. 73 Konstytucji RP*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002.
- Jackowski J.M., *Chrześcijańskie dziedzictwo narodu*, „Niedziela Ogólnopolska” 2016, nr 16.
- Jagielski J., *Obywatelstwo polskie: zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1998.
- Jasińska M., *Podstawowe prawa i wolności mniejszości narodowych w systemie Rady Europy*, „Politologia i Stosunki Międzynarodowe” 2007, nr 2.
- Kallas M., *Prace parlamentarne nad uregulowaniem statusu mniejszości w Polsce (1989–1995)*, „Przegląd Sejmowy” 1995, nr 3.
- Kłoskowska A., *Kultura masowa*, Warszawa 1980.
- Kłoskowska A., *Socjologia kultury*, Warszawa 1981.
- Kobyliński Z., *Czym jest, komu jest potrzebne i do kogo należy dziedzictwo kulturowe?*, „Mazowsze. Studia Regionalne” 2011, nr 7.
- Konarski W., *Naród, mniejszość, nacjonalizm, religia – przyczynek do dyskursu o pojęciach i powiązaniach między nimi*, w: A. Hołub (red.), *Narody XXI wieku*, Olsztyn 2007.
- Konopacki S., *Obywatelstwo europejskie w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, Łódź 2005.
- Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretyczno-prawne*, Poznań 2012.
- Kotarbiński T., *Sprawność i błąd*, Warszawa 1970.
- Kowalski K., *O istocie dziedzictwa europejskiego. Rozważania*, Kraków 2013.
- Krapiec M., *Teokracja*, „Gazeta Wyborcza” 1993, nr 215.
- Kroeber A., *Istota kultury*, Warszawa 1973.
- Kroeber A., Kluckhohn C., *Culture. A Critical Review on Concepts and Definitions*, „Papers of Peabody Museum of American Archaeology and Ethnology” 1952, no. 47(1), <https://ia801409.us.archive.org/19/items/papersofpeabodymvol47no1peab/papersofpeabodymvol47no1peab.pdf> (dostęp: 8.09.2018).
- Kubiak H., *Świadomość i tożsamość narodowa. Swobodny wybór czy wymuszone zobowiązanie?*, w: K. Doktor, W. Kwaśniewicz, A. Kwilecki (red.), *Socjologia: Teoria i działanie. Księga pamiątkowa ku czci Władysława Markiewicza*, Warszawa 1997.
- Kubiak H., *U progu ery postwestfalskiej*, Kraków 2007.
- Kultura wyrazem człowieczeństwa i tożsamości narodów*, <http://civitaschristiana.pl/kultura-wyrazem-czowieczestwa-i-tosamoci-narodow/> (dostęp: 8.09.2018).
- Kumaniecki K. (red.), *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 1968.
- Magoska M., *Obywatel w procesie zmian*, Kraków 2001.
- Malinowski B., *Naukowa teoria kultury*, w: *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958.
- Marshall T.H., *Class, Citizenship and Social Development*, London 1963.
- Mulvey S., *Wartości europejskie – zjednoczeni w różnorodności?*, [http://www.bbc.co.uk/polish/040114\\_europe\\_values.shtml](http://www.bbc.co.uk/polish/040114_europe_values.shtml) (dostęp: 8.09.2018).
- Nasta W., *Co to są wartości chrześcijańskie*, „Polityka” 1992, nr 48.
- Orłowski W., w: W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009.
- Palczyński T., *Typy tożsamości kulturowej a procesy globalizacji*, w: K. Gorlach, M. Niezgoda, Z. Seręga (red.), *Władza, naród, tożsamość*, Kraków 2004.

- Parsons T., *The System of Modern Societies*, New York 1971.
- Pawlak S., *Ochrona mniejszości narodowych w Europie*, Warszawa 2001.
- Piechowiak M., *Uwagi do preambuły*, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.
- Piwowarski W., *Wartości podstawowe*, „Ład” 1993, nr 2.
- Prawne aspekty mniejszości narodowych w Polsce*, „Materiały i Dokumenty” 1993, nr 52, Biuro Studiów i Ekspertyz, Warszawa.
- Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, t. 1 i 2, Kraków 2001.
- Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury. Teorie. Dylematy restytucji*, „Przegląd Wschodni” 2002, vol. 8.
- Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, w: J. Wawrzyniak, M. Kruk, J. Trzciniński (red.), *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna, prawo, praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, Warszawa 2002.
- Przeczyszewski M., *Kościół katolicki w Polsce dziś*, <http://dziedzictwo.ekai.pl/text.show?id=4501> (dostęp: 8.09.2018).
- Safjan M., Bosek L., *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.
- Salij J., *Co to są wartości chrześcijańskie*, „Polityka” 1992, nr 48.
- Sarnecki P., w: *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2008.
- Sarnecki P., *Uwagi do art. 5 Konstytucji*, w: L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.
- Schlesinger P., *On National Identity: Some Conceptions and Misconceptions Criticized*, “Social Science Information” 1997, vol. 26.
- Simmel G., *O istocie kultury*, w: *Filozofia kultury. Wybór esejów*, Kraków 2007.
- Smoktunowicz E., *Status administracyjno-prawny obywatela*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 4, Wrocław 1980.
- Smoktunowicz E. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Białystok–Warszawa 2000.
- Sobczak J., *Europa mniejszości. Standardy prawne ochrony mniejszości narodowych i etnicznych oraz ich realizacja w polskim systemie prawnym*, w: M. Musiał-Karg (red.), *Europa XXI wieku. Perspektywy i uwarunkowania integracji europejskiej*, Poznań 2007.
- Sobczak J., *Kryzys polskiej tożsamości narodowej, narodziny tożsamości europejskiej – antynomie, dylematy, miraż*, w: M. Janowski, J. Jonczek, L. Ślepowroński (red.), *Quo vadis Europa? Kulturowe oblicza Europy*, t. 1, Szczecin 2008.
- Sobczak J., *Kryzys polskiej tożsamości narodowej, narodziny tożsamości europejskiej – antynomie, dylematy, miraż*, w: L. Dyczewski, D. Wadowski (red.), *Tożsamość polska w odmiennych kontekstach*, Lublin 2009.
- Sobczak J., *Mniejszości narodowe i wyznaniowe w polskim porządku prawnym*, w: J. Sobczak, A.W. Mikołajczak, B. Hordecki (red.), *Zderzenie czy dialog państw narodowych w Europie*, Poznań 2008.
- Sobczak J., *Wokół problemu definicji mniejszości narodowych*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 2003, nr 1.
- Sobczak J., *Wolność korzystania z dóbr kultury – standardy europejskie i konstytucyjna rzeczywistość polska*, w: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona dóbr kultury*, Toruń 2009.
- Sobczak J., Gołda-Sobczak M., *Свобода использования культурных ценностей в европейском правовом порядке. Международные стандарты*, w: Т.А. Купас (red.), *Правовая политика*

- современной России: реалии и перспективы. Материалы международной научно-практической конференции, Irkutsk 2014.*
- Sobczak W., *Ochrona dziedzictwa kultury w systemie prawnym Unii Europejskiej*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 2009, nr 3.
- Sokolewicz Z., *Obywatelstwo a narodowość. Uwagi w związku z ustanowieniem obywatelstwa Unii Europejskiej*, „Studia Europejskie” 1997, nr 1.
- Sondel J. (red.), *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2006.
- Sosnowski J., *Respekt dla wartości*, „Gazeta Wyborcza” 1993, nr 15.
- Szczypiński O., *Chrześcijaństwo jako źródło kultury europejskiej w myśli Josepha Ratzingera*, [https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/5421/chrzescijanstwo\\_jako\\_zrodlo\\_kultury.pdf?sequence=1](https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/5421/chrzescijanstwo_jako_zrodlo_kultury.pdf?sequence=1) (dostęp: 8.09.2018).
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1988.
- Taylor Ch., *The Liberal-Communitarian Debate*, w: N.L. Rosenblum (red.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge 1989.
- Trzciniński J., *Obywatelstwo w Europie. Idea i jej wyraz formalny w perspektywie historycznej*, „Studia Europejskie” 2002, nr 2.
- Trzciniński J., *Obywatelstwo w Europie. Z dziejów idei i instytucji*, Warszawa 2006.
- Witkowski Z., w: Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015.
- Witkowski Z., *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2009.
- Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
- Wyrzykowski M., *Obywatel i biurokracja*, w: A. Rzepliński (red.), *Prawa człowieka w społeczeństwie obywatelskim*, Warszawa 1993.
- Zeidler K., *Pojęcie „dziedzictwa narodowego” w Konstytucji RP i jego prawna ochrona*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, vol. 12.
- Znaniński F., *Nauki o kulturze*, Warszawa 1971.
- Zwoliński A., *Wprowadzenie do rozważań o narodzie*, Kraków 2005.

## NATIONAL HERITAGE IN THE POLISH CONSTITUTIONAL ORDER

### Abstract

In accordance with Article 5 of the Constitution, the Republic of Poland safeguards the national heritage, which is a constitutional value, in the same way as it safeguards independence. The national heritage can be understood as culture rooted in the Christian heritage of the Nation, as it is laid down in the Preamble, or cultural heritage referred to in Article 6 para. 2 of the Constitution. This latter concept seems to be an integral part of the national heritage. The national heritage cannot, as it has been proved, be perceived as the heritage of the Polish ethnic nation, although the term “nation” used in the Constitution can be interpreted in various ways. In practice, the status of national minorities’ cultural heritage and whether it is part of the Polish national heritage also constitute a problem.

Key words: national heritage, cultural heritage, nation, national minority, culture, national identity

## DZIEDZICTWO NARODOWE W POLSKIM PORZĄDKU KONSTITUCYJNYM

### Streszczenie

Dziedzictwa narodowego, będącego wartością konstytucyjną, strzeże, podobnie jak niepodległości, Rzeczpospolita Polska, zgodnie z art. 5 Konstytucji. Może być ono pojmowane jako kultura zakorzeniona w chrześcijańskim dziedzictwie narodu, tak jak to ujmuje preambuła, lub jako dziedzictwo kulturalne, o którym mowa w art. 6 ust. 2 Konstytucji. To ostatnie wydaje się integralną częścią dziedzictwa narodowego. Dziedzictwo narodowe nie może być, jak dowiedziono, ujmowane jako dziedzictwo polskiego narodu etnicznego, aczkolwiek używane w Konstytucji pojęcie „naród” bywa różnie interpretowane. W praktyce problemem jest także status dziedzictwa kulturowego mniejszości narodowych i to, czy wchodzi ono w skład polskiego dziedzictwa narodowego.

Słowa kluczowe: dziedzictwo narodowe, dziedzictwo kulturowe, naród, mniejszość narodowa, kultura, tożsamość narodowa

## PATRIMONIO NACIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL

### Resumen

El patrimonio nacional es un valor constitucional, lo protege, tal como la independencia de la República de Polonia, el art. 5 de la Constitución. Puede entenderse como cultura con raíces en el patrimonio nacional cristiano, tal como lo denomina el preámbulo, o bien como patrimonio cultural, al que se refiere el art. 6 ap. 2 de la Constitución. Este último parece formar parte integral del patrimonio nacional. El patrimonio nacional no puede entenderse, tal como se demuestra, como patrimonio de la nación polaca étnica, aunque el término “la nación” utilizado en la Constitución puede interpretarse de varias formas. En la práctica, el estatus del patrimonio cultural de minorías y su inclusión en el patrimonio nacional polaco nacionales causa problemas.

Palabras claves: patrimonio nacional, patrimonio cultural, nación, minoría nacional, cultura, identidad nacional

## НАКОПИТЕЛЬНАЯ ПРАВОВАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ И ИСТЕЧЕНИЕ СРОКА ДАВНОСТИ СУДИМОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

### Резюме

Проблематика, касающаяся отношений между накопительной правовой классификацией и истечением срока давности судимости в уголовном праве не столь часто служит предметом более широкого обсуждения в предметной литературе. Речь идёт о ситуации, в которой правовые положения, касающиеся различных санкций, соприкасаются между собой, а в случае преступления, содержащемся в одном из них, срок давности судимости уже истёк. Возникает

вопрос: следует ли классифицировать положение, определяющее это действие, на основании приговора, или его следует пропустить? В практике правосудия разработаны две крайние позиции в этой области, что побудило Первого Председателя ВС представить заявление в Верховный суд о принятии Постановления по этому вопросу, которое унифицировало бы судебную практику. Постановление было принято Верховным судом 20 сентября 2018 года по делу I KZP 7/18. Целью настоящего исследования является попытка решения представленной проблематики, отличного от предложенного в Постановлении Верховного суда.

Ключевые слова: право, уголовное право, накопительная правовая классификация, истечение срока давности судимости.

## DAS NATIONALERBE IM POLNISCHEN GRUNDGESETZSYSTEM

### Zusammenfassung

Das Nationalerbe als Grundgesetzwert wird von der Republik Polen gemäß Art. 5 des Grundgesetzes (GG) bewahrt, ähnlich wie die Unabhängigkeit es wird. Es kann als verwurzelte Kultur im christlichen Nationalerbe entgegengenommen werden, so, wie es die Präambel oder das Kulturerbe bestimmt, wovon die Rede im Art. 6 Abschn. 2 des GG ist, welches einen integralen Bestandteil des Nationalerben zu bilden scheint. Das Nationalerbe kann nicht nachweislich als Erbe des polnischen ethnischen Volkes aufgefasst werden, obwohl laut GG der Begriff „Volk“ verschiedentlich interpretiert wird. Ein anderes praktisches Problem ist auch der Status des Kulturerben von Volksminderheiten und die Tatsache, ob es als ein Teil des polnischen Nationalerben zählt.

Schlüsselwörter: Nationalerbe, Kulturerbe, Volk, Volksminderheit, Kultur, Volksidentität

## LE PATRIMOINE NATIONAL DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL POLONAIS

### Résumé

Le patrimoine national étant une valeur constitutionnelle, tout comme l'indépendance, est gardé par la République de Pologne, conformément à l'article 5 de la Constitution. Il peut être compris comme une culture enracinée dans l'héritage chrétien de la nation, tel qu'il est inclus dans le préambule ou l'héritage culturel mentionné à l'article 6 paragraphe 2 de la Constitution. Ce dernier semble faire partie intégrante du patrimoine national. Le patrimoine national ne peut être, comme il a été exposé, présenté comme un patrimoine de la nation ethnique polonaise, bien que le terme «nation» utilisé dans la Constitution soit interprété différemment. En pratique, le problème concerne également le statut du patrimoine culturel des minorités nationales et son appartenance ou non au patrimoine national polonais.

Mots-clés : patrimoine national, patrimoine culturel, nation, minorité nationale, culture, identité nationale

## PATRIMONIO NAZIONALE NELL'ORDINE COSTITUZIONALE POLACCO

## Sintesi

Il patrimonio nazionale, che è un valore costituzionale, viene custodito in modo analogo all'indipendenza dalla Repubblica di Polonia, conformemente all'articolo 5 della Costituzione. Esso può essere inteso come una cultura radicata nel patrimonio cristiano della nazione, così come è presentato nel preambolo, o come il patrimonio culturale di cui all'articolo 6. paragrafo 2 della Costituzione. Quest'ultimo sembra essere parte integrante del patrimonio nazionale. Il patrimonio nazionale non può, come è stato ricavato, essere considerato come patrimonio della nazione etnica polacca, anche se il termine "nazione" usato nella Costituzione può essere interpretato in modo diverso. In pratica, anche lo status del patrimonio culturale delle minoranze nazionali e la sua appartenenza o meno al patrimonio nazionale polacco è un problema.

Parole chiave: patrimonio nazionale, patrimonio culturale, nazione, minoranza nazionale, cultura, identità nazionale

Cytuj jako: Sobczak J., *National heritage in the Polish constitutional order* [Dziedzictwo narodowe w polskim porządku konstytucyjnym], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 147–166. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.20/j.sobczak

Cite as: Sobczak, J. (2019). 'National heritage in the Polish constitutional order'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 147–166. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.20/j.sobczak

# O REAKCJACH PODATNIKÓW NA OPODATKOWANIE I O PRZERZUCALNOŚCI PODATKÓW

ROBERT GWIAZDOWSKI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.21/r.gwiazdowski

## 1. WSTĘP

Choć to podatki pośrednie (VAT i akcyza) mają większe znaczenie dla budżetów większości państw europejskich, publiczna dyskusja o opodatkowaniu koncentruje się na podatkach dochodowych – od osób prawnych (CIT) i od osób fizycznych (PIT). Powodem tego stanu rzeczy jest ich znaczenie polityczne – w szczególności dotyczy to podatku PIT, który dotyka każdego wyborcy osobiście. Różne podatki wywołują jednak różne skutki, co uwarunkowane jest różnymi czynnikami. Jak zauważył Henry Hazlitt, „podatki w nieunikniony sposób wpływają na postępowanie tych, od których są pobierane”<sup>1</sup>. Reakcje podatników mają nie tylko, albo nie zawsze, podłoże czysto ekonomiczne. Bardzo często są uwarunkowane psychologicznie. Decydujące znaczenie ma dokonywana przez podatnika ocena jego zdolności do ponoszenia ciężaru podatkowego w kontekście jego własnej sytuacji ekonomicznej. Zdaniem Andrzeja Gomułowicza, „ze względu na uwarunkowania ekonomiczne i psychologiczne może powstać zjawisko określane w doktrynie, a potwierdzone w praktyce podatkowej jako «przeciwreakcja» na nacisk fiskalny”<sup>2</sup>. Autor ten podkreśla także, że obie grupy przyczyn – ekonomiczne i psychologiczne – są wzajemnie uwarunkowane: „opodatkowanie napotyka granicę psychologiczną, gdy ciężar podatkowy sprawia, iż efekt opodatkowania nie jest realizowany w zakładanej wysokości”<sup>3</sup>.

---

\* Robert Gwiazdowski, prof. nadzw. dr hab., Katedra Prawa Rzymskiego, Logiki oraz Teorii i Historii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie; e-mail: robert@gwiazdowski.pl; ORCID: 0000-0002-9789-9475

<sup>1</sup> H. Hazlitt, *Ekonomia w jednej lekcji*, Kraków 1993, s. 37.

<sup>2</sup> A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001, s. 82.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 82.

## 2. RÓŻNE REAKCJE PODATNIKÓW NA OPODATKOWANIE

W nauce opisuje się sześć różnych reakcji podatników:

- 1) dostosowanie się do podatku, czyli spełnienie obowiązku podatkowego,
- 2) przerzucanie podatku,
- 3) legalne unikanie podatku,
- 4) nadrobienie podatku,
- 5) nielegalne uchylanie się od podatku,
- 6) wycofanie się z działalności będącej przedmiotem opodatkowania<sup>4</sup>.

Zdaniem Mirosława Pietrewicza nadrabianie podatku polega na dokonywaniu „usprawnień w firmie prowadzących do obniżenia kosztów czy do zwiększenia produkcji lub sprzedaży po to, aby korzyści stąd płynące zrekompensowały wzrost obciążeń”<sup>5</sup>. Niestety, opinie tę zdaje się dzielić wielu polityków zaangażowanych w proces ustawodawczy. Uchwalają przepisy tak, jakby wierzyli, że zwiększenie podatków rodzi tendencję do pracy cięższej i dłuższej dla utrzymania dotychczasowego poziomu dochodu netto po dodatkowym opodatkowaniu dochodu brutto. Przekonanie takie opiera się chyba na założeniu, że podatnicy przyjmą zwiększenie podatków i nie będą podejmowali żadnych środków zaradczych na taką okoliczność. Nawet zresztą gdyby podatnicy zareagowali w sposób, jakiego oczekują politycy, to ich cięższa praca i tak przyniosłaby gorsze wyniki ekonomiczne i generalne zmniejszenie produkcji. Jeżeli bowiem jakiś podatnik-przedsiębiorca operuje na skraju opłacalności z punktu widzenia marży jednostkowej, podwyższenie stawki podatkowej zmusza go do przejścia do szarej strefy lub zaniechania działalności gospodarczej. „Czy można powiedzieć – pytał już dwieście lat temu Jean-Baptiste Say – że konieczność uiszczenia podatku zmusza klasę ludzi pracujących do podwojenia wysiłków, co powoduje wzrost produkcji? Przede wszystkim należy zauważyć, że same wysiłki nie wystarczą, aby produkować; do tego potrzebne są jeszcze kapitały, a podatek jest tym, co utrudnia oszczędność, z której powstają kapitały”<sup>6</sup>.

Żadne usprawnienie produkcji nie zrekompensuje straty spowodowanej zwiększeniem stawek podatkowych. Podatnicy prowadzący małe i średnie przedsiębiorstwa liczą wysokość podatku, a nie wysokość zysku netto. Co więcej, ich najpowszechniejszą reakcją na zwiększone stawki podatkowe w podatku dochodowym jest zwiększenie własnej marży. Prawdą jest twierdzenie, które zostanie rozwinięte w dalszej części, że przerzucenie podatków należy do najpopularniejszych reakcji podatnika.

Z kolei twierdzeniu o zmniejszaniu przez podatników kosztów w reakcji na zwiększenie podatków przeczy praktyka gospodarza. Obniżenie kosztów zwiększa bowiem zysk brutto do opodatkowania. O wiele powszechniejsza jest więc reakcja odwrotna: zwiększania kosztów, aby zmniejszyć dochód. Podejmowane są wówczas dość pochopne zakupy, które nie mają dostatecznego uzasadnienia ekonomicznego,

---

<sup>4</sup> M. Pietrewicz, *Polityka fiskalna*, Warszawa 1993.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 65–66.

<sup>6</sup> J.B. Say, *Traktat o ekonomii politycznej*, Warszawa 1960, s. 764.



a opierają się jedynie na kalkulacji podatkowej. Jeżeli istnieją ulgi inwestycyjne, to skłonność dokonywania nie do końca potrzebnych wydatków jest jeszcze większa. Dodatkowo podejmowane są działania nie inwestycyjne, tylko czysto księgowo, mające dochód do opodatkowania obniżyć – stąd popularność różnych strategii optymalizacji podatkowych.

Mając wybór pomiędzy przystosowaniem się do podatku poprzez wypełnienie obowiązku podatkowego, co Mirosław Pietrewicz uznaje za „najpowszechniejszą reakcję obywateli”<sup>7</sup>, a podjęciem próby uniknięcia lub uchylecia się od opodatkowania, podatnicy często decydują się na to drugie rozwiązanie. Ocena, która reakcja jest powszechniejsza, dokonana może być na podstawie modeli teoretycznych odnoszących się do natury zachowań ludzkich i/lub poprzez empiryczną ich obserwację. Lionel Robbins stwierdził onegdaj, że ekonomia jest nauką badającą wybory ludzkie odnoszące się do relacji pomiędzy celami i rzadkimi środkami mającymi alternatywne zastosowania<sup>8</sup>. Przywołując te słowa Tomasz Mickiewicz podkreśla, że tak rozumiana ekonomia przyjmuje pewną koncepcję człowieka, wyraźnie odróżniającego się od świata przyrody, który jest zdeterminowany prawami fizyki. Originalność ludzi na tle świata atomów polega na ich zdolności dokonywania wyborów na podstawie określonych przez nich samych celów. A wybory te dokonywane są zgodnie z zasadą maksymalizacji, która oznacza, że:

- a. człowiek zmierza do osiągnięcia postawionego sobie celu przy pomocy jak najmniejszego nakładu, wystarczającego do osiągnięcia tego celu, albo
- b. przy danej ilości nakładu człowiek stara się maksymalizować swoje cele<sup>9</sup>.

Działalność gospodarcza nastawiona jest na wytwarzanie towarów i usług i ich sprzedaż w sposób jak najbardziej efektywny. Miernikiem tej efektywności jest zysk. Podatki dochodowe są niezbędnym nakładem obciążającym zysk brutto. Żeby móc dokonać sprzedaży i w rezultacie osiągnąć zysk netto, trzeba prowadzić działalność gospodarczą, warunkiem czego jest płacenie podatków obowiązujących w państwie, w którym działalność ta jest prowadzona. Można więc postawić tezę, że każdy będzie się starał nakład ten minimalizować. Zważywszy że płacenie podatku powoduje uczucie przykrości, nie mogą dziwić reakcje podatników zmierzające do minimalizacji obciążeń podatkowych. Ten model teoretyczny potwierdzają obserwacje empiryczne dotyczące zachowań podatników. Większość poszukuje legalnych metod unikania opodatkowania. Tylko niektórzy korzystają z nielegalnych metod uchylecia się od opodatkowania.

Legalne unikanie podatku oznacza wykorzystywanie przepisów prawnych stwarzających możliwość zmniejszenia ciężaru podatkowego dzięki różnego rodzaju ulgom, zwolnieniom bądź wyłączeniom podatkowym. Służy temu międzynarodowe planowanie podatkowe oparte na zróżnicowaniu przepisów podatkowych w różnych krajach i na różnicach w bilateralnych umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania. Możliwe jest także wykorzystywanie istniejących luk w prawie, o co

<sup>7</sup> M. Pietrewicz, *Polityka fiskalna...*, op. cit., s. 64.

<sup>8</sup> L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London 1932, za: T. Mickiewicz, *Wybór w gospodarce*, Lublin 1996, s. 11.

<sup>9</sup> T. Mickiewicz, *Wybór w gospodarce...*, op. cit., s. 12.

tym łatwiej, im bardziej skomplikowany jest system podatkowy. A im więcej ulg, zwolnień i wyłączeń, tym bardziej musi być on skomplikowany. Tego typu działania *frater legem* są legalne. Polegają na „korzystaniu z okazji stwarzanych przez prawo dających preferencje pewnego rodzaju wydatkom czy inwestycjom” – piszą Robert Hall i Alvin Rabushka<sup>10</sup>. Problem polega na tym, dodają ci sami autorzy, „że wyższe stawki podatkowe skłaniają inwestorów do zajmowania się raczej podatkową stroną przedsięwzięcia niż jego przydatnością gospodarczą”<sup>11</sup>.

Unikanie podatków jest kosztowne. Wiele największych umysłów z dziedziny prawa i księgowości nieustannie pracuje nad wyszukiwaniem sposobów optymalizacji zobowiązań podatkowych. Następnie tworzą „produkty” służące zmniejszeniu zobowiązań podatkowych w postaci różnych narzędzi i struktur optymalizacyjnych, poświęcają czas, by je sprzedać zainteresowanym podatnikom, a w końcu stoją na straży zysków podatkowych, broniąc ich przed organami podatkowymi. „Nie można tego nazwać działalnością produktywną w sensie tworzenia czegoś o jakiegokolwiek wartości dla społeczeństwa. Ich jedynym celem jest pomoc podatnikom, aby zapłacili mniejszy podatek. Koszt rzeczywisty to towary i usługi, jakich mogliby ci utalentowani ludzie dostarczyć, gdyby nie poświęcali życia na przekopywanie systemu podatkowego”<sup>12</sup>.

Nielegalne jest natomiast podejmowanie działań *contra legem*, czyli uchylanie się od podatków – „uprzejme określenie oszustwa”<sup>13</sup>. Powinno to być rzeczą wstydliwą i powodem do ujmy. Niestety, polityka podatkowa współczesnych państw, która ma coraz więcej wspólnego z wywłaszczaniem niektórych obywateli, a nie z opodatkowywaniem, sprawia, że uchylanie się od podatków staje się powodem do dumy i przechwalania się. Dzieje się tak zawsze wtedy, gdy system podatkowy odbierany jest przez społeczeństwo jako niesprawiedliwy. Tak odbierany jest właśnie polski system podatkowy, czego przejawem jest rozmiar szarej strefy oraz ilość wykrywanych nadużyć podatkowych w przedsiębiorstwach prowadzących zarejestrowaną działalność gospodarczą.

Skutkiem tego są działania zmierzające do ukrycia przychodu lub podwyższenia kosztów jego uzyskania. Ukrywanie przychodu może polegać na nieujawnianiu majątku stanowiącego przedmiot opodatkowania, co jest najczęściej spotykane w wypadku podatku od spadków, niewystawianiu faktur – to rzecz najczęściej spotykana u przedstawicieli wolnych zawodów – księgowaniu fikcyjnych faktur, dokonywaniu transferów za granicę do tzw. „rajów podatkowych” jako zapłaty za fikcyjne usługi.

Na świecie zdecydowana większość niezapłaconych podatków jest wynikiem składania nieuczciwych zeznań z uczciwej działalności. Oszustwa polegają głównie na zaniżaniu obrotu, zawyżaniu kosztów lub na zwykłym niezapłaceniu wykazanego podatku. Niewiele polega na nieskładaniu w ogóle żadnych zeznań podatkowych. W Polsce, z uwagi na marginalne znaczenie nielegalnych źródeł przychodów,

---

<sup>10</sup> R.E. Hall, A. Rabushka, *Podatek liniowy*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1998, s. 50.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 51.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

takich jak handel bronią czy narkotykami, większy procent oszustw jest nie tylko wynikiem składania fałszywych zeznań, ale także nieskładania ich w ogóle. Zdecydowanie więcej jest też podejmowanych działań zmierzających do zawyżenia kosztów.

Im silniejsza pokusa uchylania się od obowiązku podatkowego, tym większe prawdopodobieństwo, że wielu podatników jej ulegnie. A siła tej pokusy jest wypadkową stopnia skomplikowania systemu podatkowego i efektywności działania aparatu kontroli skarbowej, czyli ryzyka „wypadki” z jednej strony oraz rozmiaru spodziewanego zysku – a więc wysokości zobowiązania, którego próbuje się uniknąć – z drugiej. Zbyt wysokie podatki są więc same w sobie zachętą do tego, aby ich nie płacić. Jak pisał prawie siedemdziesiąt lat temu Roman Rybarski, „moralność podatku jest w odwrotnym stosunku do wysokości podatku; im podatki są wyższe, tym mniejsza jest moralność”<sup>14</sup>. Czasami przy podwyższaniu podatku wzrost „defraudacji podatkowych”<sup>15</sup> czyni podatek zupełnie iluzorycznym, nie opłaca się podwyżka, bo ludzie dochód zaczynają ukrywać. Skomplikowanie przepisów podatkowych stanowi zaś doskonałe pole do działania dla osób podejmujących ryzyko ucieczki przed fiskusem.

Podatnicy, którzy nie chcą podejmować działań nielegalnych, mogą zaniechać opodatowanej działalności. „Wprowadza się podwyższony podatek od elektryczności – wolno jest każdemu reagować w ten sposób, że się posługuje naftą. Wprowadza się podwyżkę innych artykułów konsumpcji – wolno jest zlikwidować konsumpcję”<sup>16</sup>. Dziś wielu podatników reaguje podobnie, o czym świadczy choćby wzmożone zainteresowanie kierowców instalacją gazową do napędu samochodów po każdej podwyżce akcyzy na paliwa silnikowe. Czasami ustawodawca, wprowadzając drakońskie podatki, zmierza do takiego właśnie celu, jak najprawdopodobniej było na początku lat dziewięćdziesiątych z cłami na samochody osobowe, które miały zachęcić Fiata i General Motors do inwestycji w Polsce. Częściej zdarza się jednak również, że reakcja podatników, polegająca na ograniczeniu produkcji czy konsumpcji, jest przez władzę wcale niezamierzona.

### 3. PRZYCZYNY RÓŻNYCH REAKCJI PODATNIKÓW NA OPODATKOWANIE

Reakcje podatników są podyktowane subiektywnym postrzeganiem przez nich ciężaru podatkowego, który jest wyrażony takim oto wzorem – to „suma podatków zmniejszająca dochód podatnika, będąca różnicą między dochodem, który byłby do dyspozycji podatnika, gdyby nie trzeba było płacić podatku”<sup>17</sup> a dochodem rzeczywistym, którym podatnik dysponuje po opłaceniu podatków. Te reakcje podatników determinują bodźce zarówno ekonomiczne, jak i polityczne.

<sup>14</sup> R. Rybarski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 108.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 108.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 109.

<sup>17</sup> A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Poznań 1995, s. 111.

### 3.1. BODŹCE SUBIEKTYWNE – POLITYCZNE I PSYCHOLOGICZNE

Niezwykle istotnym elementem rzutującym na zachowania podatników są ich odczucia dotyczące sposobu wydawania przez państwo odebranych im pieniędzy. Tymczasem na początku XXI wieku, po pierwszej dekadzie transformacji, większość Polaków nie ufała osobom odpowiedzialnym za dysponowanie publicznymi pieniędzmi i uważała, że ludzie wydający pieniądze publiczne nieuczciwie się bogają. Zdecydowana mniejszość sądziła, iż środki publiczne są wydawane dla pożytku ogółu obywateli.

Badania te przeprowadzono w okresie apogeum popularności rządu Leszka Millera, zaraz po wyborach parlamentarnych w 2001 roku, gdy wyborcy mieli nadzieję, że nowy rząd położy kres ujawnionym zjawiskom korupcji z ostatniego okresu funkcjonowania rządu Jerzego Buzka. Po ujawnieniu kolejnych afer finansowych, gdy zaufanie do kolejnego rządu dramatycznie spadło, ilość podatników przekonanych, że ich podatki są defraudowane, dramatycznie wzrosła. Badania CBOS z 2003 roku pokazały, że aż 87% Polaków sądziło, iż politycy dbają przede wszystkim o własne interesy, 77% uważało, że politycy są nieuczciwi. Od 1993 roku z 22 do 6% zmniejszyła się liczba osób wierzących, że politycy to ideowcy, chcący zrobić coś dobrego dla kraju. Z 31 do 52% wzrosła liczba osób twierdzących, że polityka przyciąga ludzi ze względu na pieniądze, a 75% respondentów uważało, że mimo politycznych różnic politycy tworzą jedną zorganizowaną siłę<sup>18</sup>. Ciekawe, jakie wyniki przyniosłyby podobne badania zrobione obecnie? Przed tak ocenianym państwem podatnicy bronią się wszelkimi sposobami. Jak w takiej sytuacji mogą nie unikać, lub wręcz uchylać się od opodatkowania?

### 3.2. BODŹCE OBIEKTYWNE – EKONOMICZNE I GOSPODARCZE

Nie tylko oceny polityczne mają znaczenie dla reakcji podatników na opodatkowanie. Nie ulega wątpliwości, że zależą one także od tego, w jaki sposób podatki wpływają na kształtowanie się (lub zmiany) popytu i podaży na danym rynku, na zmiany poszczególnych rynków<sup>19</sup>, a w ostateczności na decyzje producentów, konsumentów i inwestorów<sup>20</sup>.

#### 3.2.1. WPŁYW PODATKÓW NA CENY I POPYT

W sensie ekonomicznym reakcje podatników wiążą się ściśle ze stanem gospodarki narodowej jako takiej oraz tych jej działów, które są najbardziej dotknięte przez dany ciężar podatkowy. Ekonomiczne skutki nakładania podatków można przedstawić z punktu widzenia ich wpływu na popyt i podaż danego dobra na osi współrzędnych w następujący sposób, jak na Wykresie 1<sup>21</sup>.

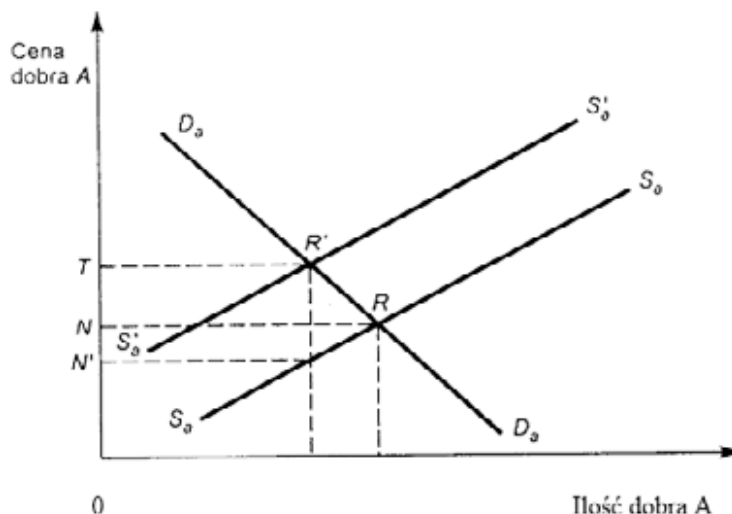
<sup>18</sup> *Zła gęba polityka*, „Gazeta Wyborcza” z dnia 20.06.2003.

<sup>19</sup> R.A. Musgrave, P.B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, New York 1984, s. 268.

<sup>20</sup> St. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 1997, s. 155.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 156.

Wykres 1. Ekonomiczne skutki nakładania podatków



Na Wykresie 1 krzywa  $D_a$  reprezentuje popyt na dobro  $A$ , natomiast krzywa  $S_a$  reprezentuje podaż tego dobra. Równowaga pomiędzy popytem na dobro  $A$  a jego podażą znajduje się w punkcie przecięcia się tych krzywych – to punkt  $R$ . W punkcie równowagi  $R$  dobro  $A$  osiąga cenę odpowiadającą odcinkowi  $ON$  i po tej cenie sprzedawca jest skłonny sprzedać dobro  $A$ , natomiast nabywca jest skłonny kupić dobro  $A$  w ilości odpowiadającej odcinkowi  $OC$ . Cena równowagi jest dla sprzedawcy ceną netto, bez opodatkowania. Jeżeli dobro  $A$  zostanie obciążone wyższym podatkiem od sprzedaży w wysokości odpowiadającej odcinkowi  $NT$ , to nastąpi przesunięcie krzywej podaży do góry wykresu, ponieważ nałożenie lub zwiększenie podatku na dobro  $A$  spowodują wzrost jego ceny. Popyt na dobro  $A$  zmniejszy się o wielkość odpowiadającą odcinkowi  $BC$ . W wyniku nałożenia lub zwiększenia podatku rośnie cena brutto dobra  $A$ , a zmniejsza się jego cena netto, którą po zmianie podatku odzwierciedla odcinek  $ON'$ . W konsekwencji maleje popyt na dobro  $A$ , a więc i jego podaż. Punkt równowagi przesuwa się na osi współrzędnych do punktu  $R'22$ .

Nałożenie lub zwiększenie podatku na dane dobro wywołuje podwyższenie ceny, którą musi pokryć kupujący, lub obniżenie marży sprzedającego. Proporcje udziału kupującego i sprzedającego w podatku zależą od czynników ekonomicznych, takich jak elastyczność popytu i podaży względem ceny oraz możliwości wpływania przez sprzedawcę na poziom kosztów własnych. Elastyczność popytu to zmiana w wielkości popytu na dane dobro wywołana zmianami różnych czynników oddziałujących na popyt na owo dobro. Elastyczność oznacza wrażliwość jednej wielkości (traktowanej jako zmienna zależna – reakcja) na zmianę innej wielkości (traktowanej jako zmienna

<sup>22</sup> Ibidem.

niezależna – bodziec). Wielkościami tymi są podaż i popyt, które reagują na cenę, lub cena, która reaguje na zmiany w relacji podaż–popyt. W teoretycznych modelach rynkowych rozróżnia się więc elastyczność cenową podaży (elastyczność podaży względem ceny) i elastyczność cenową popytu (elastyczność popytu względem ceny)<sup>23</sup>. Miarą elastyczności jest współczynnik elastyczności, którego wartość odzwierciedla stopień wrażliwości zmiennej zależnej  $y$  na zmiany zmiennej niezależnej  $x$ . Określa on, o ile jednostek zmieni się wielkość  $y$ , jeżeli  $x$  zmieni się o jedną jednostkę.

W dominującym nurcie teorii ekonomii popyt uważany jest za zmienną zależną. Za zmienne niezależne uważa się czynniki kształtujące popyt: dochody, ceny danego dobra oraz ceny dóbr substytucyjnych i komplementarnych. W zależności od tego, który z czynników wpływa najmocniej na wielkość popytu wyróżnia się jego: a. elastyczność dochodowa, czyli elastyczność funkcji popytu na dane dobro względem poziomu dochodu; b. elastyczność cenowa, czyli elastyczność funkcji popytu względem poziomu ceny danego dobra i c. elastyczność mieszaną (nazywana też krzyżową), czyli elastyczność funkcji popytu na dobro  $A$  względem ceny dobra  $B$ .

Zależność pomiędzy dochodami konsumentów a wielkością popytu na dane dobro jest najczęściej jednokierunkowa – wraz ze wzrostem dochodów, przy innych czynnikach niezmiennych, zwiększa się popyt na nie, i odwrotnie. Dlatego współczynnik elastyczności dochodowej popytu, informujący o zmianach popytu wyrażonych w procentach przy jednoprocenowych zmianach dochodu, przyjmuje najczęściej wartości dodatnie. Elastyczność dochodowa popytu kształtuje się różnie, nie tylko w zależności od dochodów konsumentów, ale także gdy bierzemy pod uwagę rodzaj dobra. W teorii ekonomii wyróżnia się trzy podstawowe kategorie dóbr: dobra niższego rzędu, dobra pierwszej potrzeby i dobra wyższego rzędu. O ile elastyczność dochodowa popytu ma charakter podmiotowy, gdyż jest skorelowana z podmiotami generującymi rynkowy popyt, o tyle elastyczność cenowa popytu ma charakter przedmiotowy, gdyż jest skorelowana z przedmiotem wymiany<sup>24</sup>.

Siłę reakcji popytu na zmiany ceny danego dobra mierzy elastyczność cenowa popytu. Jest to stosunek procentowej zmiany wielkości popytu do procentowej zmiany ceny danego dobra, przy założeniu, że pozostałe zmienne nie ulegają zmianie (*ceteris paribus*). Z uwagi na reakcje popytu na zmianę ceny wyróżnia się:

- popyt proporcjonalny (gdy procentowej zmianie ceny odpowiada dokładnie taka sama procentowa zmiana wielkości popytu w kierunku odwrotnym);
- popyt elastyczny (gdy procentowa zmiana popytu jest większa niż procentowa zmiana ceny);
- popyt nieelastyczny (gdy procentowa zmiana popytu jest mniejsza niż procentowa zmiana ceny);

---

<sup>23</sup> Odwrotność tych elastyczności określana jest jako ekspansywność i giętkość ceny.

<sup>24</sup> Podstawową relację między ceną a popytem pokazuje krzywa popytu. Wskazuje ona, jaką ilość danego dobra nabędą konsumenci przy różnych poziomach ceny w określonym czasie na określonym rynku. Krzywa popytu ma nachylenie ujemne – im wyższa jest cena jakiegoś dobra, tym mniejszą jego ilość konsumenci są skłonni nabyć, i odwrotnie. Obrazuje ona prawo popytu sformułowane przez Alfreda Marshalla. Im bardziej płaska (stroma) jest krzywa popytu w danym punkcie, tym większa (mniejsza) jest wartość absolutna elastyczności cenowej popytu.

- popyt doskonale elastyczny (gdy dla danej ceny popyt może przybierać dowolnie różne rozmiary);
- popyt sztywny (gdy dla dowolnej zmiany ceny zmiana popytu jest równa zeru). Elastyczność cenowa popytu jest determinowana kilkoma czynnikami:
  - stopniem, w jakim dane dobro zaspakaja podstawowe potrzeby konsumenta;
  - dostępnością substytutów danego dobra;
  - udziałem wydatków na zakup danego dobra w budżecie konsumenta;
  - poziomem ceny danego dobra;
  - czasem dostosowań konsumentów do zmiany ceny.

Odwrotnością elastyczności cenowej popytu jest giętkość ceny. Współczynnik giętkości ceny pokazuje, o ile procent należy zmienić cenę na dane dobro, aby popyt na nie zmienił się o 1%. Jeżeli elastyczność popytu będzie sztywna, to cały ciężar nałożonego/zwiększonego podatku poniesie nabywca. Wielkość podaży ani cena netto dobra *A* nie zmieniają się. Jeżeli zaś elastyczność podaży będzie sztywna, to nałożenie/zwiększenie podatku nie wywoła zmiany ceny brutto dobra *A*. Spadnie natomiast jego cena netto w wielkości odpowiadającej wielkości nałożonego/zwiększonego podatku. Cały ciężar podatkowy poniesie w takim wypadku sprzedawca. Jeżeli popyt na dobro *A* byłby nieskończenie elastyczny, to konsekwencją nałożenia/zwiększenia podatku przy niezmiennionej cenie brutto byłyby: ograniczenie popytu i spadek ceny netto, na skutek niemożliwości przerzucenia podatku na nabywcę. Jeżeli zaś nieskończenie elastyczna byłaby podaż dobra *A*, to konsekwencją nałożenia/zwiększenia podatku byłoby ograniczenie tej podaży przy wzroście ceny brutto, aż do momentu osiągnięcia ceny równowagi wyznaczonej przez skłonność nabywców do płacenia wyższej ceny. Im mniej elastyczne są zatem podaż i popyt, tym mniejszy jest wpływ podatku na dany rodzaj aktywności gospodarczej, gdyż nałożenie/zwiększenie podatku nie wywołują większych zmian w alokacji zasobów. Im większa jest natomiast ta elastyczność, tym wpływ podatków na alokację zasobów jest większy<sup>25</sup>.

Zależność pomiędzy podatkami a procesami gospodarczymi jest więc oczywista. Podatek wpływa bowiem na cenę opodatkowanego dobra, tym samym na jego popyt, co z kolei rzutuje na jego sprzedaż, *ergo* na produkcję i podaż. Działanie prawa popytu i podaży jest bowiem automatyczne. Rynek każdego dobra jest kształtowany przez podaż i popyt na nie oraz jego cenę. Wzrost ceny w skutek nakładania lub zwiększania podatków musi rzutować na sytuację na rynku.

Różne podatki mają jednak różne konsekwencje. Inne skutki wywołują podatki bezpośrednie, inne – pośrednie podatki konsumpcyjne.

W wypadku zwiększenia stawek podatków bezpośrednich po stronie konsumentów siłą rzeczy w prosty sposób musi nastąpić zmniejszenie konsumpcji lub oszczędności – mają bowiem mniejszy dochód netto. Po stronie sprzedawców możemy mieć do czynienia albo z sytuacją, w której ich dochód netto po opodatkowaniu ulegnie obniżeniu, albo pozostanie niezmienniony dzięki zwiększeniu dochodu brutto. Zwiększenie dochodu brutto może się odbyć poprzez podwyższenie cen – czyli przerzucenie ciężaru podatkowego na konsumentów, ze skutkiem podobnym,

<sup>25</sup> St. Owsiak, *Finanse publiczne...*, op. cit., s. 155–158.

jak w przypadku opodatkowania konsumentów. Podwyżka cen musi zmniejszyć ich konsumpcję lub oszczędności. Jak pisał już Roman Rybarski, „podatki, które pociągają za sobą zmniejszenie oszczędności, przynoszą więcej szkody niż pożytku, bo jeżeli podatek wywołuje zmniejszenie kapitalizacji, automatycznie pociąga wzrost stopy procentowej, ponieważ podaż kapitału jest niedostateczna”<sup>26</sup>.

#### 4. PRZERZUCALNOŚĆ PODATKÓW

Zjawisko przeczucalności podatków ma znaczenie niezwykle istotne. „Nauka o przeczucaniu podatków szuka odpowiedzi na pytanie, kto właściwie podatki płaci” – pisał Adam Krzyżanowski już prawie sto lat temu. „Państwo obciąża pewne kategorie osób. *Eo ipso* wzbudza wśród opodatkowanych dążność umniejszenia ciężaru podatkowego”<sup>27</sup>. „Bezpośrednim odruchem opodatkowanego jest zamiar podniesienia ceny towaru lub usług, które sprzedaje, co najmniej o wysokość straty wywołanej podatkiem”<sup>28</sup>.

We współczesnych społeczeństwach demokratycznych fakt przeczucalności podatków nie jest jednak zbyt eksponowany, a przeciwnie – jest raczej skrywany. Być może dlatego, żeby społeczeństwo większością głosów nie zażądało redukcji podatków. W demokracji do władzy dochodzą politycy przekonujący biedniejszą większość o konieczności opodatkowania bogatszej mniejszości. Zważywszy jednak, że wszystkie podatki są przeczucalne, głosowanie przez biednych za wyższym opodatkowaniem bogatych jest równoznaczne z opodatkowaniem samych siebie. Zrozumiawszy to, biedniejsza większość musiałaby zasadniczo zrewidować swoje preferencje wyborcze.

Poglądy na temat przeczucalności podatków zmieniały się w różnym czasie rozwoju nauki skarbowości<sup>29</sup>. W XVIII wieku, gdy skarbowość nie była jeszcze w pełni wyodrębniona z ogólnej nauki o ekonomii, przeczucanie podatków traktowano jako zjawisko czysto ekonomiczne i postrzegano je przez pryzmat ogólnych praw ekonomii. W XIX wieku, gdy skarbowość wyodrębniła się jako odrębna nauka, zapanowała tendencja rozważania problemu przeczucalności podatków z punktu widzenia czysto skarbowego. Wreszcie w trzecim etapie, na przełomie XIX i XX wieku, wielu teoretyków zaczęło łączyć oba aspekty przeczucalności podatków. Z dzisiejszej perspektywy można do tych trzech epok wyróżnionych przez Romana Rybarskiego dodać epokę czwartą – braku pogłębionej refleksji na temat przeczucalności podatków.

##### 4.1. O PRZERZUCALNOŚCI PODATKÓW W EKONOMII KLASYCZNEJ

Fizjokraci, którzy jako pierwsi postawili w sposób pogłębiony teoretycznie zagadnienie przeczucalności podatków, koncentrowali się na jego ekonomicznym aspekcie. Podkreślali, że nałożenie podatków na takie klasy społeczne jak dzierżawcy ziem-

<sup>26</sup> R. Rybarski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 111.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 129.

<sup>28</sup> A. Krzyżanowski, *Nauka skarbowości*, Poznań 1923, s. 130.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 117.



scy czy kupcy lub przemysłowcy odbija się na zysku netto właścicieli ziemskich. Wszelkie bowiem podatki są przerzucane przez tych, którzy mają je zapłacić, na jedyną klasę dysponującą czystym dochodem, bo tylko produkcja rolna taki dochód wytwarza. Wyciągnęli z tego wnioski, że najlepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie podatku jedynego, który nałożony byłby na właścicieli ziemskich, skoro inne „klasy jałowe” i tak przerzucają na tę klasę swój własny ciężar podatkowy.

Adam Smith twierdził, że dochód może pochodzić tylko z renty gruntowej, z zysku kapitałowego lub z płacy. Każdy podatek musi więc być zapłacony z któregoś z tych trzech źródeł. Jednakże „wiele podatków nie płaci się ostatecznie z tego funduszu lub źródła dochodu, które zamierzano nimi obciążyć”<sup>30</sup>. Przerzuceniu, zdaniem Smitha, podlegają zarówno podatki od renty gruntowej, od czynszu z nieruchomości mieszkalnych, od zysków kapitałowych, od płac, jak i od towarów konsumpcyjnych. Podatek gruntowy płaci co prawda dzierżawca ziemi, ale w sensie ekonomicznym obciąża on właściciela ziemskiego. Jeżeli bowiem zysk z produkcji rolnej jest *constans*, to podatek gruntowy płacony przez dzierżawcę powoduje nieuchronnie zmniejszenie wysokości płaconego przez niego właścicielowi ziemskiemu czynszu dzierżawnego. Jeżeli nawet zysk z produkcji rolnej się zwiększa, to dzieje się to dzięki zaradności dzierżawcy; trudno zatem, aby zysk ten pokrywał zwiększający się ciężar opodatkowania z tytułu podatku gruntowego. Jak więc utrzymywali fizjokraci, podatek gruntowy obciąża w praktyce właściciela ziemskiego. Z kolei czynsz mieszkalny jest w praktyce zyskiem z kapitału zainwestowanego w budowę. Dlatego przedsiębiorca budowlany – właściciel budynku – nie pokrywa podatku od tego kapitału, czyli od czynszu, lecz przerzuca go na najemcę w cenie najmu (komornego). Finansowanie tego podatku odbywa się więc z dochodu najemcy z jednego z wymienionych wyżej źródeł: ziemi, kapitału lub pracy. W wypadku opodatkowania zysków z kapitału inwestycyjnego wzrasta cena pozyskania tego kapitału. Sposób przerzucenia podatku od zysków kapitałowych zależy więc w pewnym stopniu od przeznaczenia kapitału. Jeżeli został on zainwestowany w rolnictwie, to zwiększony przez podatek koszt jego pozyskania obniży czynsz dzierżawny, obciążając właściciela ziemskiego. Jeżeli był zainwestowany w przemyśle lub handlu, to zwiększony przez podatek koszt jego pozyskania spowoduje podniesienie cen towarów, obciążając konsumentów. Z kolei opodatkowanie pracy zawsze powoduje wzrost ceny siły roboczej. W pierwszej kolejności podatek od wynagrodzeń obciąża więc pracodawcę. Ale ten z kolei stara się przerzucić ciężar podatkowy na nabywców wytwarzanych przez siebie towarów. Ostatecznie podatki od płacy ponoszą więc konsumenci. Podobnie rzecz się ma z opodatkowaniem towarów konsumpcyjnych – ciężar tego podatku spoczywa na barkach konsumentów. Jednak w wypadku opodatkowania towarów pierwszej potrzeby przerzucenie podatku jest nieco bardziej skomplikowane. Jako że płacę roboczą reguluje popyt na pracę i przeciętna cena towarów niezbędnych do utrzymania robotników, każde podniesienie tej przeciętnej powoduje konieczność podniesienia także płacy w taki sposób, by robotnik po dawnemu mógł kupić artykuły pierwszej potrzeby w dotychczasowej ilości, o ile w tym samym czasie popyt na pracę nie

<sup>30</sup> A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, t. 2, Warszawa 1954, s. 584.

wzrośnie i nie zmaleje<sup>31</sup>. „W ten sposób – konkluduje Smith – podatek od artykułów pierwszej potrzeby działa dokładnie w ten sposób, co bezpośredni podatek od płacy roboczej”<sup>32</sup>. Nieco inaczej rzecz się ma z podatkami od przedmiotów zbytku, wzrost ceny których nie powoduje konieczności podniesienia płacy robotniczej<sup>33</sup>.

Z kolei David Ricardo w pracy *Zasady ekonomii politycznej i opodatkowania* koncentrował się bardziej na działalności przemysłowej i doszedł do nieco odmiennych od Smitha wniosków – ten ostatni więcej miejsca poświęcał własności ziemskiej. Ricardo stwierdził, że podatek od renty gruntowej nie spada wcale na właściciela ziemskiego, gdyż może być przerzucony na konsumentów produktów rolnych. Jego zdaniem zwiększona cena tych produktów podraża koszty utrzymania robotników, co w sposób nieuchronny musi prowadzić do zwiększenia ich płacy i w konsekwencji do zmniejszenia zysku przedsiębiorców. I to oni, a nie właściciele ziemscy, ponoszą realny ciężar ewentualnego zwiększenia opodatkowania produktów rolnych. Ricardo zastrzegł jednak, że przerzuceniu nie podlega cały podatek, pisząc, że „gdyby każdy handlowiec i każdy producent podnosił swoje ceny o sumę, którą musi zapłacić za podatek, to trwałoby to w nieskończoność”<sup>34</sup>. Trudno nie zgodzić się z takim spostrzeżeniem. Ale jeszcze trudniej byłoby obliczyć, w jakim stopniu podatki są przerzucane i jaki ich procent płacony jest przez tych podatników, na których są one bezpośrednio nałożone, a jaki przez tych, na których są przerzucane. Nie sposób jednak nie zgodzić się także i z tezą, że intencją każdego podatnika jest przerzucenie na innych tak dużej części podatku, jak tylko okaże się to możliwe.

Istnienia zjawiska przeczalności podatków pewien był również Jean-Baptiste Say. „Mylilibyśmy się gdybyśmy sądzili, że podatki obciążają definitywnie tych, co je płać – pisał<sup>35</sup>. Wielu z nich nie jest rzeczywistymi podatnikami; dla nich podatek jest tylko zaliczką, którą im się udaje otrzymać z powrotem, mniej lub więcej w całości, od konsumentów tych produktów, które wytwarzają”<sup>36</sup>. Podkreślał także, że pośród wszystkich wytwórców tego samego produktu jedni mogą łatwiej niż inni uniknąć skutków podatku<sup>37</sup>. Zależy to w dużym stopniu od charakteru towaru obciążonego podatkiem i od miejsca danego podatnika w procesie gospodarczym. „Podatki spadają na tych, którzy nie mogą się od nich obronić, ponieważ stanowią ciężar, od którego każdy się odsuwa jak tylko może, ale sposoby odsunięcia tego ciężaru różnią się nieskończenie w zależności od różnych rodzajów podatku i w zależności od funkcji, jakie spełniają w społeczeństwie”<sup>38</sup>. Podatek konsumpcyjny dotyka każdego producenta tylko w stosunku do wysokości udziału, jaki ma on w produkcji rzeczy obciążonej podatkiem. Jeśli zostanie wprowadzona opłata od wina, właściciele winnic będą nią bardzo dotknięci. Jeśli natomiast obciążone zostaną bardzo wysokim podatkiem koronki, rolnicy dostarczający lnu prawie tego

<sup>31</sup> Ibidem, s. 652.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 653.

<sup>33</sup> A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo...*, op. cit., s. 22–29.

<sup>34</sup> Cyt. za ibidem, s. 31.

<sup>35</sup> J.B. Say, *Traktat o ekonomii politycznej*, PWN, Warszawa 1960, s. 796.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 796.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 801.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 804.

nie dostrzegą, producenci natomiast i kupcy będą tym podatkiem dotknięci bardzo silnie<sup>39</sup>.

Inny jest także rozkład skutków opodatkowania towarów pierwszej potrzeby i towarów zbytkowych. Podatek nałożony na artykuły pierwszej potrzeby wpływa w większym lub mniejszym stopniu na prawie wszystkie inne produkty – jest zatem pośrednio pobierany z dochodów wszystkich konsumentów<sup>40</sup>. Jeśli jednak podaż produktów i popyt na nie pozostają te same, mimo ustanowienia bądź podniesienia podatku, to ceny nie ulegają zmianie i konsument nie płaci najdrobniejszej nawet części podatku<sup>41</sup>. Taki charakter miał przez lata podatek gruntowy. Ilość pól rolnych, jakie rodzi ziemia, pozostaje bowiem bez zmian, bez względu na wysokość podatku ją obciążającego. Ewentualne zmniejszenie podaży pól rolnych przez wieki wywoływało zmniejszenie populacji konsumentów. Spadał więc też popyt i relacja między podażą a popytem szybko wracała do równowagi.

#### 4.2. O PRZERZUCALNOŚCI PODATKÓW W POLSKIEJ EKONOMII DWUDZIESTOLECIA

Fizjokraci, Smith, Ricardo i Say koncentrowali się na ekonomicznym aspekcie przerzucalności podatków. Dopiero pisarze niemieccy stwierdzili, że możliwość przerzucania podatku zależy od natury danego podatku. Ich zdaniem jedne podatki są z definicji przerzucalne, jak podatki pośrednie, a inne nie – jak podatki dochodowe, gruntowe i podatki od kapitału. Podejście takie krytykuje Roman Rybarski. Zgodnie z jego opinią nie można z góry założyć, że jakiś podatek będzie przerzucony z uwagi na swój charakter, a inny nie. „Zagadnienie przerzucania podatku nie zależy bowiem od natury podatku, tylko od stosunków ekonomicznych”<sup>42</sup>. Rybarski sformułował kilka zasad przerzucalności podatków: przerzucanie jest łatwiejsze przy monopolu, trudniejsze zaś przy wolnej konkurencji; jest łatwiejsze w okresie dobrej koniunktury, trudniejsze w okresach depresji, gdy ceny spadają i popyt maleje; z uwagi na naturę podatku łatwiej przerzucić podatki pośrednie, gdy opodatkowany zostaje pewien akt gospodarczy, niż bezpośrednio, gdy opodatkowany zostaje dochód lub majątek; możliwość przerzucania podatku zależy od jego zasięgu – łatwiej przerzuca się podatki, gdy ich podmiot lub przedmiot są ograniczone, trudniej – gdy podatki są bardziej powszechne; z uwagi na technikę opodatkowania trudniej jest przerzucić jakiś podatek szczególnie, fragmentaryczny, jak na przykład podatek spadkowy – grupie spadkobierców nabywającym w spadku kamienicę trudniej jest przerzucić podatek spadkowy na lokatorów niż wszystkim kamienicznikom podatek obrotowy z tytułu najmu mieszkań<sup>43</sup>. Natomiast zdaniem Adama Krzyżanowskiego przerzucanie podatków ułatwia ustrój prawny gwarantujący wolność współzawodnictwa, której odpowiednikiem materialnym jest gospodarza łatwość

<sup>39</sup> Ibidem, s. 799.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 800.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 802.

<sup>42</sup> R. Rybarski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 126.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 127–134.

wycofania pracy i kapitału z jednego przedsiębiorstwa i lokowania go w innym. Bardziej prawdopodobne i łatwiejsze jest, zdaniem tegoż autora, przerzucenie podatku, gdy jego nakładanie i ściąganie jest zbliżone do momentu sprzedaży towaru lub usługi i maleje wraz z wydłużaniem tego okresu. Dzieje się tak dlatego, że „podniesienie ceny produktu jest prawdopodobniejsze, gdy producent płaci podatek, uważany przezeń za część kosztów produkcji (...). Im bardziej przedmiot podatku jest oddalony od dobra, które z powodu opodatkowania ma doznać wyżki w cenie, tym przerzucenie *ceteris paribus* jest trudniejsze”<sup>44</sup>. Możliwość przerzucania podatku jest także zależna od stosunku ewentualnej wyżki cen do dochodów konsumentów oraz charakteru dóbr, których podwyżka cen będzie dotyczyć. Jeżeli na skutek zwiększenia podatków wytwórcy podwyższają cenę towaru, którego nabycie stanowi drobną pozycję w budżecie konsumenta, to wówczas prawdopodobieństwo zaakceptowania przez niego podwyżki będzie wyższe. Sytuacja ulegnie zmianie, gdy dojdzie do podwyżki cen towarów, na które konsument wydaje znaczną część swoich dochodów. „Odczuje silniej podrożenie chleba niż igieł” – konkluduje Adam Krzyżanowski<sup>45</sup>. O możliwości przerzucenia podatku decydują jednak bardziej struktura popytu i zamożność nabywców niż charakter danego dobra. Popyt osób głodnych, ale zgoła pozbawionych środków nabywczych nie podniesie ceny podstawowych środków spożywczych. Natomiast bogactwo osób konsumujących szampana pozwala windować jego cenę<sup>46</sup>. Samo zestawienie stosunku ceny towaru do zamożności podatnika nie pozwala wnioskować, iż łatwiej jest przerzucić podatek, który dotyczy dóbr tańszych albo nawet stosunkowo drogich, które jednak są stosunkowo rzadko kupowane. Inaczej bowiem przyjmowane będą podwyżki artykułów tak zwanej pierwszej potrzeby, inaczej artykułów „akcyzowych”, jeżeli nabywcom pozostanie odpowiedni margines finansowy na zaspokojenie ich popytu. Wydaje się, że łatwiej przerzucić podatki w dobrach pierwszej potrzeby, jeżeli koszty ich zakupu nie stanowią większości wydatków danego konsumenta, a które w takiej sytuacji i tak znajdą swoich nabywców, niż w towarach luksusowych, od zakupu których można się łatwiej powstrzymać. Mogłoby się wydawać, że Adam Krzyżanowski czuł intuicyjnie ten problem, przeciwstawiając sobie akurat chleb i igły. Prezentował on całkowicie odmienną opinię niż Roman Rybarski odnośnie do przerzucania podatków w okresach wzrostu i spadku koniunktury. O ile, zdaniem Rybarskiego, koniunktura zwyklowa ułatwia przerzucanie podatków, gdyż wzrost cen jest łatwiej akceptowalny w atmosferze pewnego rodzaju euforii gospodarczej, a trudniej go zaakceptować w okresie recesji, gdy dochody konsumentów maleją, o tyle, zdaniem Krzyżanowskiego, jest dokładnie na odwrót. „Popadają w sprzeczność ci, którzy dowodzą, że zwyklowa koniunktura ułatwia, a zniżkowa utrudnia przerzucanie (...) rozumując wedle zasady *post hoc, propter hoc* (...) i nie zadają sobie pytania, czy wyżka cen nie doszłaby do skutku także i w razie utrzymania podatków na dotychczasowym poziomie”<sup>47</sup>. Trudno jednoznacznie przyznać

---

<sup>44</sup> A. Krzyżanowski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 136.

<sup>45</sup> Ibidem, s. 138.

<sup>46</sup> Ibidem, s. 149.

<sup>47</sup> Ibidem, s. 137.

rację jednemu z tych poglądów. Przyglądając się kolejnym okresom hossy i bessy gospodarczej, można dojść do wniosku, że przerzucanie podatków jest uwarunkowane wieloma czynnikami, a nie tylko jednym. Raz łatwiej jest przerzucić podatki w okresie wzrostu koniunktury, innym razem w okresie jej spadku, w zależności od stopnia zmonopolizowania gospodarki, wysokości inflacji, wielkości zwwyżki lub spadku. Trzeba jednak stwierdzić, że gdyby wszystkie pozostałe zmienne były takie same, to koniunktura wzrostowa bardziej sprzyja przerzucaniu podatków niż spadająca. Kryzys gospodarczy zawsze jest związany ze spadkiem popytu, ewentualny wzrost cen, spowodowany dodatkowym opodatkowaniem, popyt ten jeszcze bardziej ogranicza. Rację ma natomiast Krzyżanowski, pisząc, że istotnym czynnikiem wpływającym na możliwość przerzucania podatku jest pomnażalność dóbr, których cena ma zostać podniesiona<sup>48</sup>. Im dobra te są rzadsze, tym większa szansa na przerzucenie w ich cenie podatku, który trzeba zapłacić. Krzyżanowski uważa jednak, że nabywca dobra niepomnażalnego, bardzo rzadkiego, płaci taki podatek „z kieszeni sprzedawcy”. Nie do końca można się z takim stwierdzeniem zgodzić. Byłoby ono prawdziwe, gdyby nabywca musiał zapłacić jakiś podatek majątkowy. Jeżeli oferuje za dane dobro, które jest jedyne w swoim rodzaju, najwyższą cenę, to ustalając ją, bierze pod uwagę konieczność poniesienia tego podatku i nie zaferuje ceny, która powiększona o podatek przekraczałaby jego zdolności płatnicze. Targuje więc cenę do poziomu, który w jak najmniejszym stopniu przewyższa ceny oferowane przez innych potencjalnych nabywców. Jednak w sytuacji, gdy to sprzedawca płaci podatek dochodowy, podatek ten jest z całą pewnością w kalkulowany w cenę sprzedawanego dobra. Najlepszym tego przykładem jest dzisiejsza opłata skarbową od umów sprzedaży, którą w zdecydowanej większości transakcji pokrywa nabywca, a nie sprzedający, bez względu na to, jak bardzo unikatowe jest sprzedawane dobro.

Nie zgadza się także Krzyżanowski z twierdzeniem Rybarskiego, że monopol ułatwia przerzucenie podatków. „Monopol modyfikuje jedynie zagadnienie przerzucalności podatku w odniesieniu do dóbr tanio pomnażalnych”<sup>49</sup>, zwiększenie produkcji których zmniejsza cenę jednostkową, dzięki rozłożeniu ogólnych kosztów wytwarzania na więcej jednostek wytworzonego dobra. W wypadku dóbr drogo pomnażalnych zwiększenie produkcji, których nie redukuje ogólnych kosztów wytwarzania, nie ma różnicy pomiędzy sytuacją monopolisty i wielu producentów. Ceny takich dóbr i tak zawsze zbliżają się do granicy popytu. Wytwórcy takich dóbr „są w stanie wydusić od spóżywców cenę, odpowiadającą ich całkowitej zdolności konsumpcyjnej, także wtedy, gdy jest ich wielu”<sup>50</sup>. Monopol powoduje takie wyśrubowanie ceny, że po podwyżce podatków na kolejną podwyżkę nie ma już miejsca na rynku, z uwagi na barierę popytu, tylko w odniesieniu do dóbr drogo pomnażalnych. W wypadku dóbr tanio pomnażalnych zarówno monopolista, jak i członkowie kartelu producentów tworzących taki monopol muszą się zawsze liczyć z ewentualnym pojawieniem się konkurencji, którą może zrodzić

---

<sup>48</sup> Ibidem, s. 138.

<sup>49</sup> Ibidem, s. 148.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 147.

zbyt wysoka cena produkowanych i dostarczanych przez nich dóbr. Dlatego nie mogą dowolnie i w nieskończoność podnosić cen. Nie monopol zatem czy wolna konkurencja mają decydujące znaczenie dla przerzucania podatków, lecz malejący lub wzrastający koszt wytwarzania większej ilości dóbr, w których cenie mają być przerzucone podatki. „Najogólniej mówiąc – pisał Krzyżanowski – monopol jest czynnikiem utrudniającym przerzucanie, ale wpływ pomnażalności na ten proces gospodarczy jest silniejszy”<sup>51</sup>. Z perspektywy dzisiejszej praktyki gospodarczej ze stanowiskiem takim trudno się zgodzić. Nawet w sytuacji istnienia monopolu ceny nigdy nie bywają aż tak wysokie, aby nie można już było ich jeszcze bardziej podwyższyć, co pokazuje dość prosty przykład podwyższania ceny paliw po każdym wzroście podatku akcyzowego, mimo posiadania dominującej pozycji Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN na naszym rynku paliw płynnych.

Całkowitą rację miał natomiast Krzyżanowski, pisząc, że „ceny dóbr pomnażalnych są identyczne z wysokością kosztów produkcji tego najdroższego wytwórcy, którego produkcja jest jeszcze niezbędna gwoli zaspokojenia popytu”<sup>52</sup>. W rezultacie przerzucenie ewentualnego podatku na nabywców dóbr pomnażalnych jest możliwe tylko w sytuacji, gdy popyt na dane dobra nie został jeszcze zaspokojony przy poprzednim poziomie cen. W przeciwnym wypadku podwyżka ceny prowadziłaby nieuchronnie do ograniczenia konsumpcji, a to z kolei musiałoby prowadzić do spadku cen, który niweczyłby wcześniejszą podwyżkę związaną z przerzuceniem podatku. W takiej sytuacji dochodzi najczęściej do przerzucenia opóźnionego. Producenci ograniczają produkcję, w wyniku czego równowaga podaży i popytu na dane dobro zaczyna kształtować się na innym, niższym poziomie ilościowym, co pozwala podwyższyć cenę danego dobra. Następuje więc przerzucenie podatku, ale odłożone w czasie, niestety, przy jednoczesnym ograniczeniu produkcji. Dzieje się tak jednak tylko wtedy, gdy pomnażamy dobra po wzrastających kosztach, gdy koszty wzrostu produkcji przewyższają koszt dotychczas najdroższego wytwórcy. Z inną sytuacją mamy do czynienia, gdy pomnażanie dóbr odbywa się po kosztach malejących, to znaczy że wzrostowi produkcji towarzyszy spadek kosztów wytwarzania, a tym samym – spadek cen jednostkowych, jak to miało miejsce w ostatniej dekadzie XX wieku z komputerami. W wypadku wzrostu podatku na tego typu dobra możliwość jego przerzucenia jest dużo większa. Konsumenci z jednej strony zyskiwali bowiem dotąd na niższych cenach i dlatego łatwiej zaakceptują teraz podwyżkę. A z drugiej – przy malejących kosztach produkcji danego dobra – marża jednostkowa jest zazwyczaj już tak mała, że nie ma miejsca na poniesienie przez producenta jeszcze zwiększonego ciężaru podatkowego. Gdyby zaś nastąpiło ograniczenie produkcji wywołane przez podwyższenie podatków, następowałaby natychmiastowa wyżka cen towarów, które dotąd taniały właśnie dzięki wzrostowi produkcji. Podwyżka cen na skutek zmniejszenia produkcji mogłaby więc okazać się większa niż w przypadku przerzucenia podatku. „Cenę każdego dobra ustala się na poziomie, odpowiadającym popytowi najsłabszego konsumenta i podaży najsłabszego wytwórcy. Każda cena zapewnia renty konsumenta silniejszym kon-

---

<sup>51</sup> Ibidem, s. 148.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 140.

sumentom, tym którzy byliby gotowi dać więcej i rentę producenta wytwórcom, wytwarzającym taniej” – konkludował Krzyżanowski<sup>53</sup>.

Każda cena zapewnia zysk najsilniejszym konsumentom, którzy byliby skłonni zapłacić więcej za dane dobro, i najlepszym producentom, którzy dane dobro wytwarzają najtaniej. W sytuacji, w której wielu konsumentów gotowych byłoby zapłacić za dane dobro więcej, przerzucenie podatku jest stosunkowo łatwe. W sytuacji, gdy istnieją duże różnice kosztów ponoszonych przez poszczególnych producentów, a producenci produkujący najtaniej mają wolne moce przerobowe lub możliwe jest wejście na dany rynek nowego producenta mającego stosunkowo niskie koszty własne, przerzucenie podatku jest odpowiednio trudniejsze.

#### 4.3. O PRZERZUCALNOŚCI PODATKÓW W DZISIEJSZEJ RZECZYWISTOŚCI GOSPODARCZEJ

W większości przypadków teoretycy rozpatrywali dotąd możliwość przerzucenia jakiegoś konkretnego podatku. Tymczasem podatki jako takie, bez względu na to, czy obciążają majątek, dochód, obrót, pracę czy kapitał, rzutują na stosunki gospodarcze. Aby móc zapłacić jakikolwiek podatek – rozumiany jako świadczenie pieniężne – trzeba mieć pieniądze, żeby go zapłacić. Każdy podatnik uzyskujący jakiś przychód z jakiegoś źródła po wprowadzeniu lub zwiększeniu jakichś obciążeń podatkowych stara się w pierwszej kolejności zrekompensować własną stratę tym spowodowaną poprzez zwiększenie swoich przychodów z tego źródła, z którego ich zwiększenie jest najprostsze. Najczęściej odbywa się to poprzez próbę podwyższenia ceny tego, czym się dysponuje – towaru lub usługi, także usługi w postaci świadczenia pracy, co oznacza tak zwaną presję płacową. To, czy można żądać wyższej ceny lub wyższej pensji, zależy od omówionej powyżej relacji podaży i popytu na dobro, którym się dysponuje. Tak jak nie ma darmowych obiadów, tak też nie ma podatków, które nie byłyby, koniec końców, zapłacone przez ostatecznych konsumentów dóbr dostępnych na danym rynku.

Przerzucalne są nie tylko podatki pośrednie, ale także bezpośrednie, z podatkiem dochodowym na czele. Pośrednie podatki konsumpcyjne wpływają na cenę brutto i obciążają ostatecznych konsumentów. Z kolei bezpośrednie podatki dochodowe nałożone na sprzedawcę są jego kosztem, a nałożone na jego pracowników mogą stać się jego kosztem, jeśli pracownicy mogą przerzucić je na niego. By po ewentualnej ich podwyżce zachować rentowność na starym poziomie, sprzedawca musi podnieść ceny netto – co ma taki sam wpływ na cenę brutto jak podwyżka podatków pośrednich.

Jak zauważył Andrzej Gomułowicz, „o ile jeszcze do niedawna doktryna podatkowa przerzucalność podatków odnosiła jedynie do opodatkowania pośredniego, o tyle obecnie trudno jest kwestionować tezę, iż dokonuje się również przerzucania ciężarów wynikających z opodatkowania bezpośredniego”<sup>54</sup>. Konsument płaci *de facto* nie tylko cło i podatki importowe oraz VAT i akcyzę, najbardziej rzutujące na

<sup>53</sup> Ibidem, s. 145.

<sup>54</sup> A. Gomułowicz, *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001, s. 21.

cenę towaru, ale także podatek dochodowy, którym obłożony został sprzedawca. Stąd biorą się zawsze próby zwiększenia przychodu poprzez podwyżkę wynagrodzenia lub, w wypadku podatników prowadzących działalność gospodarczą, zwiększenie własnej marży. Nie należy do wyjątków sytuacja, w której wynagrodzenie dobrych i poszukiwanych pracowników opiewa na kwotę netto, co oznacza, że kwota brutto jest zwiększana wraz z każdym przekroczeniem progu podatkowego. A wynagrodzenie pracownika jest kosztem pracodawcy. On z kolei zatem takie zwiększenie kosztów próbuje rekompensować zwiększeniem przychodów. „Kluczowym problemem związanym z opodatkowaniem pracy żywej, a ściślej z dochodami osiąganymi z tytułu pracy, jest pytanie, czy w przypadku obłożenia podatkiem dochodowym płac pracowników wymuszą oni podwyżki płac na przedsiębiorcach, a ci z kolei czy potrafią przerzucić wzrost kosztów z tytułu płac na ceny produktów i w ostateczności na konsumenta” – pyta Stanisław Owsiak<sup>55</sup>. W skali ogólnej zależy to oczywiście od stopnia elastyczności popytu i podaży siły roboczej, a w poszczególnych przypadkach – od atrakcyjności danego pracownika.

W odniesieniu do przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą na własny rachunek sytuacja jest analogiczna. Jeżeli jakiś podatnik uzyskuje przychód w wysokości „100” przy kosztach własnych „50”, co daje mu dochód w wysokości „50”, który jest opodatkowany stawką 10%, co oznacza zysk netto w wysokości „45”, po zwiększeniu stawki podatkowej do 20% pierwszą jego reakcją będzie podwyższenie ceny jego towarów lub usług, aby zwiększyć przychód do kwoty „106,5”, co po opodatkowaniu przyniesie taki sam dochód netto („45”), jak przed zwiększeniem stawek podatkowych.

Cena dobra obłożonego podatkiem rośnie, i w wyniku gry popytu i podaży plasuje się gdzieś pomiędzy ceną sprzed podatku a wartością „cena plus podatek”. Jeśli produkt kosztujący „100” obłożymy podatkiem 10%, to cena nie zawsze wyniesie „110”, choć czasami tak się stanie. Niekiedy może wynieść nawet więcej niż „110” – jeśli sprzedawca z uwagi na sytuację po stronie popytu ma możliwość wykorzystania wprowadzenia czy podwyższenia podatku do podwyższenia ceny. Zazwyczaj jednak nowa cena kształtuje się pomiędzy „100” a „110”. Gdzie dokładnie? Z góry tego nie wiadomo. Podwyższenie ceny w wyniku podwyższenia podatku może powstrzymać bariera popytu. Wszystko zależy od jego elastyczności. Może być tak, że popyt nie zareaguje na zmiany cen (będzie nieelastyczny), a może być tak, że ceny przed zmianą opodatkowania są już tak wysokie, że ich podwyższenie spowoduje wręcz spadek popytu. Trudno to przewidzieć, ale można się spodziewać, że nastąpi podwyżka cen dóbr trudno zastępowalnych. Jeśli zaś podwyżka cen dóbr łatwo zastępowalnych spotka się z barierą popytu, alternatywą dla przerzucenia podatku może być obniżka kosztów sprzedawcy. Jest to jednak po stronie sprzedawców „drugi wybór”. Jeżeli kosztów obniżyć się nie da, sprzedawca ucieka się do obniżenia własnej marży. Może ją jednak obniżyć do poziomu, do którego przewyższa ona satysfakcję z czasu wolnego lub koszty przeniesienia działalności do innej jurysdykcji podatkowej albo ryzyko przejścia do szarej strefy. W wypadku działalności gospodarczej prowadzonej w niewielkim zakresie głównie w celach

<sup>55</sup> St. Owsiak, *Finanse publiczne...*, op. cit., s. 160.



zarobkowych ewentualność pierwsza (ograniczenie działalności na rzecz większej ilości czasu wolnego) nie wchodzi w grę. Większa jest za to skłonność do ryzyka i do działania w szarej strefie. Jeżeli więc podatnik natrafi na barierę popytu, to podwyższenie podatków odbija się również na przychodach państwa, co ilustruje osławiona Krzywa Laffera<sup>56</sup>.

Przerzucanie podatku może być częściowe lub całkowite. Decydujące znaczenie ma w tym względzie ogólna sytuacja gospodarcza kraju oraz rynkowa pozycja danego podatnika, który podatki próbuje przerzucić.

Mirosław Pietrewicz wspomina o możliwości przetrucaniu podatku „w przód lub wstecz”, ale tego zjawiska nie definiuje<sup>57</sup>. Aby zrozumieć jego intencję, musimy sięgnąć do wcześniejszych opracowań autorów, którzy używali tych samych pojęć<sup>58</sup>. Hurtownik w przykładzie Rybarskiego może podnieść cenę towaru dla detalistów, którzy z kolei zwiększą ceną płaconą ostatecznie przez konsumentów, i wtedy mamy do czynienia z przetrucaniem podatku w przód, ku końcowi procesu gospodarczego. Krzyżanowski wprowadził w tym miejscu rozróżnienie przetrucalności pierwszego stopnia (bezpośrednie) na odbiorcę towarów lub usług, i dalsze, gdy ten odbiorca przetrzuca z kolei skutki podwyższonej ceny, jaką musiał zapłacić na rzecz kolejnej grupy kontrahentów lub odbiorców finalnych<sup>59</sup>. Hurtownik może też zażądać od swoich dostawców-producentów zwiększania rabatu i wtedy mamy do czynienia z podatkiem przetrucanym wstecz, ku wcześniejszym etapom procesu gospodarczego<sup>60</sup>. Na podstawie tego przykładu można stwierdzić, że chodzi nie o przetrucanie „czasowe”, ale „przestrzenne”. Przerzuca się podatki „w bok” – na innego podatnika, bez względu na to, w którym miejscu łańcucha czasowego w procesie produkcji i handlu się on znajduje. Przy przetruceniu nowego podatku w przód ostateczna cena rośnie, przy przetruceniu wstecz – nie ulega zmianie, a nawet może zostać obniżona, co się jednak zdarza rzadko. Jest to jednak możliwość czysto hipotetyczna, gdyż w dobie powszechnego opodatkowania dochodu i konsumpcji podwyżka podatków dotyczy w tym samym stopniu co hurtownika także jego dostawców. Przerzucanie odbywa się zatem częściej w stronę ostatecznego konsumenta poprzez zwiększenie ceny detalicznej. Zdaniem Witolda Modzelewskiego:

przerzucanie polega na tym, że przy pomocy zmiany poziomu cen, wynagrodzeń lub innych kategorii ekonomicznych, na które podatnik ma lub może mieć wpływ, zwiększa on swoje przychody o całość lub część kwoty podatku (...). Ustawodawca podatkowy ma tylko niewielkie możliwości ograniczenia przetrucalności podatków. Może to jednak nastąpić przy pomocy instrumentów innych części prawa finansowego, a przede wszystkim poprzez prawne ograniczenia w swobodzie określania cen

<sup>56</sup> R. Gwiazdowski, *Krzywa Laffera. Rzecz o tym jak obniżki stawek podatkowych mogą skutkować zwiększeniem wpływów podatkowych i vice versa*, „Przegląd Prawniczy” 2005, nr 1.

<sup>57</sup> M. Pietrewicz, *Polityka fiskalna...*, op. cit., s. 64.

<sup>58</sup> R. Rybarski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 116.

<sup>59</sup> A. Krzyżanowski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 133.

<sup>60</sup> R. Rybarski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 116.

oraz prawną regulację wysokości wynagrodzeń i innych kosztów uzyskania przychodu (podkreślenie – R.G.)<sup>61</sup>.

Rzeczywiście można zwiększyć dochody (ale nie przychody) poprzez zmniejszenie kosztów (w tym kosztów wynagrodzenia). Nie jest to jednak „przerzucenie” podatku, lecz raczej „nadrobienie” podatku, o którym pisze Pietrewicz. Jako że istnieje wynagrodzenie minimalne, a zmniejszanie wynagrodzeń wymaga wypowiedzenia warunków pracy i płacy, trudno sobie wyobrazić jeszcze jakieś inne rozwiązania prawne dotyczące możliwości ograniczenia wynagrodzeń w reakcji na podwyższenie podatku. Ustawodawca może ograniczyć przerzucalność podatków przy pomocy regulacji cen. Jest to jednak mechanizm znany i powszechnie stosowany w socjalistycznej gospodarce nakazowo-rozdzielczej. W gospodarce rynkowej, a takiej dotyczy analiza, gdyż podatki w socjalizmie to temat na zupełnie inne opracowanie, mechanizm regulacji cen może funkcjonować jako pewien wyłom w systemie, ale powszechne jego stosowanie jest trudne do wyobrażenia.

Najdziwniejsze jest to, że dziś ekonomiści zajmujący się podatkami na aspekt ich przerzucalności w ogóle, albo prawie w ogóle nie zwracają uwagi. A przecież „ekonomia jest nauką badającą *wybory* ludzkie odnoszące się do relacji pomiędzy celami i rzadkimi środkami (nakładami) mającymi alternatywne zastosowania”<sup>62</sup>. Użyty w tej definicji termin „wybory” ma kolosalne znaczenie. Człowiek to nie atom rządzony prawami mechaniki, bez własnego w tym udziału. Oryginalność człowieka na tle świata atomów, o której zapominają niekiedy twórcy przepisów podatkowych, polega na dokonywaniu przez niego nieustannych wyborów na podstawie określonych przez niego celów<sup>63</sup>. Jak pisze Tomasz Mickiewicz, „działania ludzkie charakteryzują się przewidywaniem i możliwością reagowania na przyszłe, przewidywalne działania innych”<sup>64</sup>. Fundamentem myślenia ekonomicznego jest przyjęcie założenia racjonalności działania uczestników wymiany, której podstawą jest zasada maksymalizacji. Oznacza ona, że przy wyznaczonym celu człowiek będzie się starał zminimalizować nakłady potrzebne dla jego osiągnięcia, a przy danych nakładach będzie się starał maksymalizować rezultaty swojego działania. Racjonalnie postępujący człowiek, zgodnie z zasadą maksymalizacji, stara się zminimalizować obciążenia podatkowe będące kosztem prowadzonej przez niego działalności. Można się więc spodziewać, że będzie chciał wykorzystać wszystkie legalne możliwości unikania opodatkowania, a ewentualne działania zamierzające do uchylecia się od opodatkowania podejmie, lub nie, w zależności od kalkulacji potencjalnego zysku i ryzyka wykrycia nadużycia. Jeżeli potencjalny zysk jest duży, bo stawka podatkowa wysoka, a ryzyko niewysokie z uwagi na niewydolność aparatu skarbowego, to można się spodziewać, że podejmie działania ukierunkowane na zmniejszenie, choćby nielegalne, zobowiązań podatkowych.

---

<sup>61</sup> W. Modzelewski, *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, Instytut Studiów Podatkowych Modzelewski i Wspólnicy, Warszawa 1998, s. 21.

<sup>62</sup> T. Mickiewicz, *Wybór w gospodarce...*, op. cit., s. 11.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Ibidem.

Stratą nieobliczalną jest „ścieśnienie możliwości rozwoju przedsiębiorstwa, tkwiące w zwyczajnie wyższej cenie, skutecznionej gwoździ przetrzucenia podatku. Gdyby jej nie było, konsumpcja wzrastałaby szybciej, ewentualnie zmniejszałaby się w mniejszym stopniu. Zwyżka cen hamuje wzrost popytu. Obniża zyski wytwórcy. Zwyżka ceny o wysokość podatku wyrównuje *damnum emergens*, ale nie *lucrum cessans*. Nazywamy przetrzuceniem całkowitym zwyżkę o wysokość podatku, pomijając stratę w procencie w myśl zasady: *De minimis non curatur*”<sup>65</sup>. Tymczasem:

straty, które ponoszą przedsiębiorcy w razie przetrzucenia podatku z powodu ujemnego wpływu zwyżki cen na zbyt produktów, a więc także na wysokość produkcji, bywają często pomijane, gdy chodzi o zdanie sprawy z całego obciążenia podatkowego. Jego wielkość nie jest równa kwotom wpłaconym do kas skarbowych z tytułu uiszczenia podatku. Te kwoty są widocznym obciążeniem podatkowym, obok którego istnieje niewidoczne i nieobliczalne, ukryte obciążenie. Przerzuczone podatki są widoczną ofiarą ekonomiczną konsumentów, niewidoczną producentów, ponieważ podatki ograniczają ich możliwość zwiększenia wytwórczości<sup>66</sup>.

Jeżeli przetrzucenie podatku się nie uda, dochodzi do jego kapitalizacji. Dobrym tego przykładem jest podatek spadkowy. Jego nałożenie nie wpływa na cenę poszczególnych składników majątkowych wchodzących w skład masy spadku, ani na cały spadek jako taki. Spadkobierca musi uiścić podatek spadkowy z własnego dochodu, albo zaciągnąć na ten cel pożyczkę. „W obu przypadkach nastąpiło uszczuplenie kapitału przeznaczonego na cele wytwórcze – pisał Krzyżanowski. – Wartości gospodarcze, które w ręku prywatnym były kapitałem, dostały się do kas państwowych. W ręku władz zapewne przestały być kapitałem. Władze nadają im przeważnie przeznaczenie konsumpcyjne. Wiadomo przecież, że państwo jest mało uzdolnione do wytwórczego zużycia dóbr”<sup>67</sup>.

#### 4.4. PRZERZUCALNOŚĆ PODATKÓW NA PRZYKŁADZIE NOWYCH ROZWIĄZAŃ PODATKOWYCH W POLSCE

Zjawisko przetrzucania podatków można obserwować w związku z wprowadzeniem w Polsce w 2016 roku podatku „bankowego”<sup>68</sup> i prób wprowadzenia podatku „sklepowego”<sup>69</sup>. Choć do wprowadzenia podatku od sprzedaży detalicznej ostatecznie nie doszło, z uwagi na stanowisko Komisji Europejskiej, warto porównać sytuację na obu rynkach i skutki wprowadzenia podatku widoczne na jednym z nich odnieść do drugiego, gdyż rząd zapowiada, że podatek „sklepowy” zostanie jednak w jakiejś postaci wprowadzony.

<sup>65</sup> A. Krzyżanowski, *Nauka skarbowości...*, op. cit., s. 131–132

<sup>66</sup> Ibidem, s. 132.

<sup>67</sup> Ibidem, s. 134.

<sup>68</sup> Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 o podatku od niektórych instytucji finansowych (Dz.U. z 2016 r., poz. 68).

<sup>69</sup> Ustawa z dnia 6 lipca 2016 o podatku od sprzedaży detalicznej (Dz.U. z 2016 r., poz. 1155).

Jakie można było zaobserwować działania banków po wprowadzeniu podatku bankowego? Czy pozostawały one w związku przyczynowo-skutkowym z wprowadzeniem podatku, czy była to jedynie korelacja czasowa?

Ustawa o podatku od niektórych instytucji finansowych (UFIN), potocznie nazywanym podatkiem bankowym, weszła w życie 1 lutego 2016 roku. Nowym podatkiem objęte zostały banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-pożyczkowe z aktywami powyżej 4 mld zł, zakłady ubezpieczeń i reasekuracji z aktywami powyżej 2 mld zł oraz firmy pożyczkowe z aktywami powyżej 0,2 mld zł. Podatek ma charakter majątkowy. Przedmiotem opodatkowania są aktywa tych instytucji, czyli nadwyżka sumy ich aktywów, wynikająca z zestawienia obrotów i sald, ustalonego na ostatni dzień miesiąca, ponad kwotę wolną od podatku. W wypadku banków jest to głównie aktualny stan kredytów hipotecznych i innych kredytów udzielonych gospodarstwu domowemu, aktualny stan kredytów inwestycyjnych i obrotowych udzielonych przedsiębiorstwom oraz aktualny stan papierów wartościowych – innych niż obligacje skarbowe, które zostały wyjęte spod opodatkowania. Podatek pobierany jest za okresy miesięczne w wysokości 0,0366% podstawy opodatkowania. Rocznie – 0,44%.

Rząd planował, że nowa danina przyniesie budżetowi państwa 5,5 mld zł, zaś urzędnicy Ministerstwa Finansów zapewniali, że potrafią zapobiec przerzuceniu podatku na klientów banków. Znajdujący się pod kontrolą państwa bank PKO BP miał utrzymać dotychczasowe warunki depozytów i kredytów, wywierając presję na inne banki, aby też powstrzymały się przed podnoszeniem marż. Argument wpływu konkurencji od początku wydawał się chybiony. W warunkach ogólnej równowagi rynkowej działa bowiem automatyczny mechanizm podtrzymujący „uzasadniony” poziom rentowności kapitału, taki sam jak przed zmianą okoliczności zaburzającej równowagę, którą w tym wypadku jest wprowadzenie nowego podatku. Można się było spodziewać, że ostatecznymi płatnikami podatku „bankowego” będą przede wszystkim klienci instytucji finansowych.

Po roku można zauważyć, że rezultaty wprowadzenia daniny są niższe niż planowane przez rząd i że koszty – jak się należało spodziewać – ponoszą klienci. Do końca listopada 2016 wpływy z podatku bankowego wyniosły 3,15 mld złotych, co sugeruje, że w skali całego roku wyniosą 3,5 mld zł, czyli zaledwie 64% planu. W pierwszym miesiącu obowiązywania nowego podatku przyniósł on budżetowi 304,8 mln zł, później jednak banki płaciły z tego tytułu coraz mniejsze kwoty. To skutek unikania opodatkowania przez wykorzystanie różnych rozwiązań prawnych. Jedną z metod było stosowanie tzw. programów naprawczych. Bank, który jest nim objęty, zwalniany jest z podatku. Z rozwiązania tego skorzystały od samego początku Bank Ochrony Środowiska oraz Bank BPH. Po pierwszym kwartale dołączył do nich Getin Noble Bank, co spowodowało znaczące obniżenie wpływów z podatku bankowego między marcem a kwietniem. Drugą metodą był skup obligacji skarbowych, które banki mogą odliczyć od podstawy opodatkowania. Do końca 2015 roku zainteresowanie banków tą kategorią aktywów było stosunkowo stabilne. Od stycznia 2016 roku zauważalny jest dynamiczny wzrost udziału w bilansach banków tego składnika aktywów wyjętych z podstawy opodatkowania. Od stycznia do końca maja 2016 roku zaangażowanie banków w obligacje skarbowe wzrosło o 54 mld zł, czyli o 33%. Był to

główny element, który wpłynął na obniżenie w tym okresie podstawy ich opodatkowania o 57 mld zł. Gdyby banki zapłaciły podatek w grudniu 2015 roku, to wpływy budżetowe wyniosłyby 20 mln zł więcej niż z podatku za maj 2016 roku. Dzięki tym posunięciom w pierwszym kwartale obowiązywania nowej taksy efektywna stawka opodatkowania bankowych aktywów wyniosła około 0,27%.

Ale za to, mimo wprowadzenia nowego podatku, zysk netto banków rósł. W 2016 roku wyniósł 13,91 mld zł – o 24,3% więcej niż rok wcześniej i podobnie jak w rekordowych latach 2011–2014<sup>70</sup>. Kto więc stracił, skoro jakieś wpływy budżet zanotował? Oczywiście klienci.

Podatek bankowy dotyczy nie konkretnych produktów czy usług, ale sumy aktywów, czyli tego, na czym bank zarabia bądź traci (kredyty, obligacje). Zidentyfikowanie jego wpływu na podwyżki cen różnych produktów i usług jest więc trudne, ale z uwagi na ograniczoną konkurencję na rynku usług bankowych, spowodowaną wysoką barierą wejścia, można się było spodziewać, że podwyżki takie nastąpią. Co też się stało.

Przez cały rok 2016 wskaźnik WIBOR, odzwierciedlający cenę pieniądza w handlu między bankami, oscylował w okolicach 1,7%. Tymczasem oprocentowanie depozytów systematycznie malało. Pod koniec 2015 roku średnie oprocentowanie najlepszych depozytów rocznych wynosiło 2%, a pod koniec 2016 roku już tylko 1,7%. Osoby prywatne mają ulokowane w bankach około 660 mld zł. Część z nich – ta na ROR-ach – nie jest oprocentowana. Ale prawie 300 mld zł to depozyty terminowe, których oprocentowanie w ciągu roku spadło, co pozwoliło bankom zwiększyć marżę odsetkową. Skoro zatem oprocentowanie depozytów o wartości 300 mld zł spadło o 0,3 punkta procentowego, to oszczędności banków osiągnęły miliard złotych. Kolejne 100 mld zł ulokowanych jest na oprocentowanych kontach oszczędnościowych, których oprocentowanie zmalało jeszcze bardziej niż depozytów – bo około 0,4 punkta procentowego. Daje to 400 mln zł oszczędności dla banków kosztem ich klientów. Deponenci „zapłacili” więc 1,4 mld zł podatku bankowego niższym oprocentowaniem depozytów.

Drugim źródłem pokrycia przez banki nowego podatku było podwyższanie marż kredytów hipotecznych. Ich rentowność – po opodatkowaniu aktywów banków – jest najniższa, więc właśnie tym kredytem podwyższono cenę. Średnia marża nowo udzielanego kredytu hipotecznego wynosiła na początku 2016 roku 1,7–2% (w zależności od wkładu własnego). Na początku 2017 roku wyniosła 2,1–2,3%. Wzrost o 0,3 punkta procentowego oznacza, że banki udzielające rocznie 40 mld zł na średni okres 25 lat osiągnęły z tytułu wyższych rat 200 mln zł rocznie (i 2 mld zł w całym okresie kredytowania). Dla statystycznego klienta zaciągającego kredyt na mieszkanie o wartości 300 tysięcy zł zmiany te oznaczają wzrost kosztów o prawie 20 tysięcy zł.

To są dane zagregowane. Z punktu widzenia rozważań o przeczuciu podatku potrzebne jest porównanie bardziej szczegółowe. Analiza cen produktów i usług na rynku finansowym nie jest jednak prosta, gdyż produkty te i usługi są inaczej w różnych bankach skonfigurowane. Dla ułatwienia klientom porównania ofert

---

<sup>70</sup> Trzeba jednak pamiętać, że wynik 2015 obciążały koszty upadłości kilku SKOK-ów oraz SK Banku, a na wynik 2016 wpłynęła sprzedaż amerykańskiej Visie udziałów w Visa Europe.

stworzono pojęcie rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania (RRSO, ang. *annual percentage rate*). W dniu 10 lutego 2016 roku w porównywarce Bankier.pl<sup>71</sup> dla kredytu hipotecznego na zakup mieszkania na 30 lat w wysokości 200 tysięcy zł, wkładzie własnym 50 tysięcy zł i wartości zabezpieczenia 250 tysięcy zł, najniższe RRSO wynosiło 3,58%, najwyższe 4,79%. Różnica aż 33,5%! Ale warunki przyznawania kredytów były różne. Tam, gdzie łatwiej było go uzyskać, RRSO było wyższe. Co więcej, najwyższa rata miesięczna wcale nie była najwyższa tam, gdzie najwyższe było RRSO. Najniższa wynosiła 880 zł, najwyższa 1000 zł. Różnica w wysokości raty wносиła więc 13,5% – była ponad dwa razy niższa niż w przypadku RRSO.

Rosły też ceny innych produktów i usług finansowych. W nowym cenniku jeden z banków podniósł opłatę za podwyższenie kwoty limitu odnawialnego. W 2015 roku pobierał za taką operację 2,1–2,5%. W 2016 roku prowizja ta sięgnęła 5%. Wprowadził też do cennika opłatę za monity mailowe o przeterminowanym zadłużeniu. Taka operacja kosztowała w 2016 roku 8 zł. Jako nowa pozycja w tabeli opłat pojawiła się opłata za wycenę wartości nieruchomości, która ma stanowić zabezpieczenie kredytu. Została ona uzależniona od rodzaju nieruchomości, a jej wysokość określono od 300 do 800 zł. Podniesiono też opłaty za korzystanie z karty kredytowej z 10 do 15 zł, a dodatkowo wycofano możliwość uniknięcia tej prowizji przy wykonaniu określonych obrotów. Ponadto wzrosła z 2 do 2,5% prowizja za odnowienie kredytu w rachunku bieżącym i pojawiła się opłata za wykonanie przelewu walutowego wewnętrznego, realizowanego między rachunkami firmowymi z konta walutowego. Opłata wyniosła 0,35% kwoty przelewu, jednak nie mniej niż 20 zł. Maksymalna prowizja w tym przypadku to 200 zł.

Inny bank wprowadził opłatę za korzystanie z obcych bankomatów. Wcześniej jego klienci mogli korzystać ze wszystkich bankomatów w kraju, nie płacąc prowizji za wypłatę. Od stycznia 2016 roku darmowe pozostały operacje wykonywane w bankomatach własnych banku oraz jednej z sieci. W pozostałych urządzeniach darmowa pozostała tylko pierwsza wypłata w miesiącu, a każda kolejna operacja kosztuje 2,50 zł. Ten sam bank podniósł też opłatę za korzystanie z zagranicznych bankomatów. W 2015 roku operacja taka kosztowała 3%, od lutego 2016 wzrosła do 6%. Dodatkowo pojawiła się prowizja za przewalutowanie transakcji zagranicznej w wysokości 3%.

Kolejny bank od 1 marca 2016 roku wprowadził opłatę za prowadzenie konta w wysokości 3 zł. Jeśli jednak klient nie zasila rachunku wpływami na poziomie 3,5 tys. zł, to bank dolicza mu jeszcze 5 zł (przy wpływach powyżej 2 tysiąca zł) lub 12 zł (jeśli wpływy są niższe niż 2 tysiące zł). Dodatkowo wprowadzono opłatę w wysokości 3 zł za prowadzenie subkonta walutowego i 10 zł za konto oszczędnościowe, jeśli klient nie posiada ROR-u. Wzrosły też opłaty za niektóre przelewy i pojawiła się opłata 1,5 zł za przelewy internetowe w rachunkach firmowych.

Pojawiły się też nowe opłaty za karty debetowe. Nastąpiła zmiana warunków zwalnających z opłaty w niektórych pakietach usług – żeby nie płacić za kartę, klienci niektórych banków muszą wykonać określoną ilość transakcji bezgotówkowych co miesiąc. Niektóre banki wprowadziły też opłaty za konta firmowe. Zwalniani są z nich tylko

---

<sup>71</sup> Za: [www.bankier.pl/kredyty-hipoteczne/porownaj-oferty](http://www.bankier.pl/kredyty-hipoteczne/porownaj-oferty) (dostęp: 10.02.2016).

klienci, na których konto wpływa co miesiąc określona kwota i to pod warunkiem, że wpływy nie pochodzą z innego rachunku prowadzonego w tym samym banku.

Podatek „bankowy” został w znaczącym stopniu przerzucony na klientów banków – zgodnie z tym, co można było przewidywać na podstawie literatury naukowej na ten temat. Czy tak samo byłoby z podatkiem „sklepowym”, gdyby wszedł w życie? Sytuacja w handlu detalicznym jest nieporównywalna z sytuacją na rynku usług bankowych. Sklepów mamy ponad 300 tysięcy, a liczących się banków – niespełna trzydzieści. Jednak różnice cenowe występujące w handlu pozwalają przypuszczać, że ewentualne podwyżki cen nie spotkałyby się z barierą popytu, więc pewnie byłyby naturalną konsekwencją wprowadzenia nowego podatku – zgodnie z zasadą, że pierwszą reakcją podatnika jest próba przerzucenia ciężaru zobowiązania na kogoś innego.

Nauki społeczne abstrahują od praktyki życia codziennego dużo bardziej niż nauki ścisłe. Jednak w przypadku analizy podatkowej praktyczna obserwacja wydaje się nieodzowna. W podręcznikach i arkuszach kalkulacyjnych nie znajdziemy wielu danych. W promieniu 5 km od pewnej podwarszawskiej miejscowości są cztery markety i czternaście sklepików. W pierwszym tygodniu lutego 2016 roku taki sam serek biały wiejski light 150 g od tego samego producenta w dwunastu odwiedzonych sklepach (w tym we wszystkich marketach) kosztował od 1,79 zł do 2,10 zł. Najczęściej powtarzała się cena 1,99 zł. Nie we wszystkich był on dostępny. Średnia cena w dziewięciu sklepach, w których był, wynosiła 1,95 zł. Taki sam kefir 400 g kosztował od 1,99 zł, do 2,49 zł. Był dostępny w dziesięciu sklepach. Powtarzały się ceny 1,99 zł i 2,35 zł. Średnia cena to 2,32 zł. Różnice w cenie serka wynosiły 17,5%, a kefiru 25%! Co ciekawe, w sklepie, w którym serek był w najniższej cenie, kefir był droższy niż w kilku innych. W drugim tygodniu lutego 2016 roku w sklepie, w którym cena serka była tydzień wcześniej najwyższa i wynosiła 2,10 zł, spadła do 1,95 zł – czyli poniżej średniej z pierwszego tygodnia. Nowa cena obejmowała nie tylko nową dostawę (inna data przydatności do spożycia), ale wszystkie serki – również te, które zostały z poprzedniej dostawy. W sklepie z najtańszym serkiem w pierwszym tygodniu w drugim tygodniu takiego samego serka nie było. W jednym sklepie cena wzrosła o 10 gr, a w jednym zmalała, też o 10 gr. W pozostałych się nie zmieniła. Podobnie było z kefirem. Przy takich rozpiętościach manewrowanie poziomem cen nie napotyka większego problemu.

Zupełnie inaczej wyglądała sytuacja w małym miasteczku w północno-wschodniej Polsce, gdzie nie ma takiej konkurencji jak pod Warszawą. W trzech tamtejszych sklepach nie było serka wiejskiego od producenta znanego z reklam telewizyjnych. Nie było też wersji „lekkiej”. Serek wiejski w opakowaniu 200 g kosztował od 1,44 zł do 1,49 zł. Możliwości „amortyzacji” nowego podatku przez sprzedawców wyglądałyby więc w tej miejscowości zupełnie inaczej niż w okolicach Warszawy.

Można zatem zakładać, że przerzucenie ciężaru podatkowego na klientów w takim rozmiarze, w jakim nastąpiło to w wypadku banków, byłoby znacznie utrudnione. Ocena skutków regulacji powinna brać te wszystkie niuanse pod uwagę. Niestety, tak zwane OSR-y traktowane są przez projektodawców ustaw jako zło konieczne. W konsekwencji skutki regulacji są zupełnie inne od oczekiwanych, a przynajmniej od tych werbalnie deklarowanych.

## ZAKOŃCZENIE

„Podatki mają konsekwencje” – twierdził Krzysztof Dzierżawski, parafrazując tytuł słynnej książki Richarda Weavera *Ideas have consequences*. Złe podatki mają złe konsekwencje. Najlepszym sposobem na zwiększenie wpływów podatkowych jest wspieranie rozwoju gospodarczego, dzięki któremu wpływy z podatków mogą rosnąć bez podwyższania stawek podatkowych. Drugim sposobem jest poprawianie efektywności działania państwa – powoduje to lepszą jego ocenę przez podatników, co zmniejsza ich skłonność do unikania lub uchylania się od opodatkowania i obniża koszty funkcjonowania państwa, dzięki czemu przy takich samych „przychodach” państwa można osiągać wyższe „dochody”. Trzecim sposobem jest takie skonstruowanie całego systemu podatkowego i poszczególnych podatków, by unikanie lub uchylanie się od ich płacenia było trudne i mało opłacalne. Pod tym względem lepsze są podatki pośrednie. Co prawda łatwiej je przerzucić niż bezpośrednio, ale ostateczni płatnicy nie mają sposobu ich niezapłacenia. Dla tych z kolei, którzy je *de facto* jedynie odprowadzają do budżetu (sprzedawców), są one neutralne. Z kolei ci, którzy je *de facto* płacą (konsumenci), zwracają mniejszą uwagę na podatki tkwiące w cenie nabywanych dóbr niż na konieczność odprowadzenia podatku bezpośredniego – zwłaszcza jak mają złe mniemanie o jakości działań państwa.

## BIBLIOGRAFIA

- Gomułowicz A., *Przerzucalność podatku obrotowego w PRL*, Poznań 1988.
- Gomułowicz A., *Zasada sprawiedliwości podatkowej*, Warszawa 2001.
- Gomułowicz A., Małecki J., *Podatki i prawo podatkowe*, Poznań 1995.
- Gwiazdowski R., *Krzywa Laffera. Rzecz o tym jak obniżki stawek podatkowych mogą skutkować zwiększeniem wpływów podatkowych i vice versa*, „Przeгляд Prawniczy” 2005, nr 1.
- Hall R.E., Rabushka A., *Podatek liniowy*, Warszawa 1998.
- Hazlitt H., *Ekonomia w jednej lekcji*, Kraków 1993.
- Jaśkiewicz Z., *Przerzucalność podatków w polskim systemie podatkowym*, w: Z. Jaśkiewicz, (red.), *Studia podatkowe i budżetowe*, Toruń 1964.
- Krzyżanowski A., *Nauka skarbowości*, Poznań 1923.
- Łączkowski W., *Granice opodatkowania*, „Acta Universitatis Lodziensis” 1992, nr 54.
- Mickiewicz T., *Wybór w gospodarce*, Lublin 1996.
- Modzelewski W., *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, Warszawa 1998.
- Montesquie Ch., *O duchu praw*, Kęty 1997.
- Musgrave R.A., Musgrave P.B., *Public Finance in Theory and Practice*, New York 1984.
- Owsiak St., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 1997.
- Pietrewicz M., *Polityka fiskalna*, Warszawa 1993.
- Rybarski R., *Nauka skarbowości*, Warszawa 1935.
- Say J.B., *Traktat o ekonomii politycznej*, Warszawa 1960.
- Smith A., *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1954.
- Zweig F., *Przerzucanie podatków*, Kraków 1923.



## ON TAXPAYERS' REACTIONS TO TAXATION AND ON TAX SHIFT

## Abstract

Numerous governments' growing interest in extending the tax base can be observed. The article discusses the conditions determining taxpayers' attitudes and their reactions to taxation and the mechanisms of their most common conduct, i.e. tax shift. It takes into account the Polish scientists', Adam Krzyżanowski's and Roman Rybarski's, output in the area in the twenty-year interwar period, as well as the contemporary experience with some new types of tax, such as bank tax that was imposed on some financial institutions.

Key words: elasticity of demand, tax limits, indirect tax, direct tax, tax progressiveness, tax shift, taxpayers' reactions, tax avoidance, tax evasion, tax rates

## O REAKCJACH PODATNIKÓW NA OPODATKOWANIE I PRZERZUCALNOŚCI PODATKÓW

## Streszczenie

Obserwujemy wzmożone zainteresowanie rządów wielu państw zwiększaniem bazy podatkowej. Niniejszy artykuł dotyczy uwarunkowań determinujących postawę podatników i ich reakcji na opodatkowanie oraz mechanizmów najpowszechniejszego ich zachowania, czyli przerzucania podatków. Uwzględniono dorobek nauki polskiej w tym obszarze w okresie dwudziestolecia międzywojennego, Adama Krzyżanowskiego i Romana Rybarskiego, a także współczesne doświadczenia z nowymi rodzajami podatków, takich jak podatek od niektórych instytucji finansowych, nazywany podatkiem bankowym.

Słowa kluczowe: elastyczność popytu, granice opodatkowania, podatki pośrednie, podatki bezpośrednie, progresja podatkowa, przerzucalność podatków, reakcje podatników, unikanie opodatkowania, uchylanie się od opodatkowania, stawki podatkowe

## SOBRE REACCIONES DE SUJETOS OBLIGADOS A IMPUESTOS

## Resumen

Somos testigos de interés incrementado de gobiernos de muchos países en aumentar la base tributaria. El presente artículo analiza condiciones que determinan la actitud de sujetos obligados y su reacción a impuestos y mecanismos de su comportamiento común – desde gravar el impuesto a terceros, teniendo en cuenta la ciencia polaca en este ámbito en el periodo entre guerras mundiales – Adam Krzyżanowski y Roman Rybarski, y también experiencias contemporáneas con nuevos tipos de impuestos – como impuesto de algunas instituciones financieras denominado el impuesto bancario.

Palabras claves: elasticidad de la demanda, límites de tributación, tributos indirectos, tributos directos, progresividad tributaria, gravar impuesto a terceros, reacciones de sujetos obligados, evasión fiscal, fraude fiscal, tasas tributarias

## О РЕАКЦИЯХ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКОВ НА НАЛОГООБОЛОЖЕНИЕ И УКЛОНЕНИЯ ОТ НАЛОГОВ.

### Резюме

Наблюдается повышенный интерес правительств многих государств к увеличению налоговой базы. В данной статье рассматриваются детерминанты, определяющие позицию налогоплательщиков и их реакции на налогообложение, а также механизмы наиболее характерного для них поведения — уклонения от уплаты налогов. С этой целью в исследовании использованы достижения польской науки в данной области в межвоенный период, прежде всего труды Адама Кжижановского и Романа Рыбарского, а также современный опыт с новыми разновидностями налогов – такими, как налог на некоторые финансовые учреждения, называемый банковским налогом.

Ключевые слова: эластичность спроса, пределы налогообложения, косвенные налоги, прямые налоги, налоговая прогрессия, уклонение от уплаты налогов, реакции налогоплательщиков, налоговые ставки

## REAKTION VON STEUERZÄHLERN AUF BESTEUERUNG UND STEUERABWÄLZUNGSMÖGLICHKEIT

### Zusammenfassung

Man beobachtet ein erhöhtes Interesse von Regierungen zahlreicher Staaten bezüglich Erhöhung der Steuerbasis. Dieser Artikel handelt von Bedingtheiten, welche die Steuerzahlerhaltung und deren Reaktion auf Besteuerung, sowie auch von Mechanismen einer allgemein herrschenden Haltung der Steuerzahler – also der Steuerabwälzungsmöglichkeit unter Berücksichtigung des polnischen Wissenschaftsgutes auf diesem Gebiet in der Zwischenkriegszeit – von Adam Krzyżanowski und Roman Rybarski, sowie auch aus zeitgeschichtlichen Versuchen mit neuen Steuerarten – wie Steuern von gewissen Finanzinstitutionen, anders genannt die Banksteuer

Schlüsselwörter: Elastizität der Anfrage, Besteuerungsgrenzen, indirekte Steuern, direkte Steuern, Steuerprogression, Steuerabwälzungsmöglichkeit, Steuerzahlerreaktionen, Besteuerungsentzug, Steuersätze

## SUR LES RÉACTIONS DES CONTRIBUABLES FACE À LA FISCALITÉ ET À L'ÉVASION FISCALE

## Résumé

Nous constatons l'intérêt croissant de nombreux gouvernements pour l'augmentation de l'assiette fiscale. Cet article traite des déterminants de l'attitude des contribuables et de leur réaction à la fiscalité et aux mécanismes de leur comportement le plus courant, c'est-à-dire le transfert des impôts en tenant compte des réalisations de la science polonaise dans ce domaine pendant l'entre-deux-guerres (Adam Krzyżanowski et Roman Rybarski) et des expériences modernes avec de nouveaux types de taxes, comme une taxe sur certaines institutions financières, appelée taxe bancaire.

Mots-clés : flexibilité de la demande, limites d'imposition, impôts indirects, impôts directs, progression fiscale, transfert des impôts, réactions des contribuables, évasion fiscale, soustraction fiscale, taux d'imposition

## SULLE REAZIONI DEI CONTRIBUENTI ALLA TASSAZIONE E ALLA TRASFERIBILITÀ FISCALE

## Sintesi

Vi è un crescente interesse da parte dei governi di molti paesi ad aumentare le loro basi imponibili. Questo articolo riguarda le condizioni che determinano l'atteggiamento dei contribuenti e le loro reazioni alla tassazione e i meccanismi del loro comportamento più comune – ossia la trasferibilità fiscale, tenendo conto dei risultati della scienza polacca in questo settore nel periodo tra le due guerre – Adam Krzyżanowski e Roman Rybarski – così come le esperienze contemporanee con nuovi tipi di tasse – come la tassa su alcune istituzioni finanziarie, chiamata tassa bancaria. Parole chiave: flessibilità della domanda, limiti fiscali, imposte indirette, imposte dirette, imposte dirette, progressione fiscale, trasferibilità fiscale, reazioni dei contribuenti, elusione fiscale, evasione fiscale, aliquote fiscali

Cytuj jako: Gwiazdowski R., *On taxpayers' reactions to taxation and on tax shift* [O reakcjach podatników na opodatkowanie i przierzucalności podatków], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 167–195. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.21/r.gwiazdowski

Cite as: Gwiazdowski, R. (2019). 'On taxpayers' reactions to taxation and on tax shift'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 167–195. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.21/r.gwiazdowski



# ORDYNATOR JAKO OSOBA PEŁNIĄCA FUNKCJĘ PUBLICZNĄ W ŚWIETLE USTAWY O DOSTĘPIE DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

KAROL BIELSKI, PRZEMYSŁAW SZUSTAKIEWICZ \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.22/p.szustakiewicz/k.bielski

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>1</sup> (dalej u.d.i.p.) stanowi rozwinięcie konstytucyjnego obywatelskiego prawa do bycia poinformowanym przez podmioty sprawujące władzę publiczną. Prawo to określone zostało w art. 61 Konstytucji RP<sup>2</sup>, w którego ustępie 1 wskazano, że obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Wskazany przepis konstytucyjny po raz pierwszy w historii Polski przyznawał polityczne uprawnienie do bezpośredniej kontroli władz publicznych. Przepis ten posiada zatem zasadnicze i newralgiczne znaczenie dla funkcjonowania w Polsce demokracji jako ustroju, w którym obywatele, a nie państwo lub wąskie grupy społeczne, stanowią podmiot decydujący o sprawach publicznych. Jak bowiem wskazano w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt K 14/13, prawo do informacji w demokratycznym państwie prawnym służy zapewnieniu, aby władza publiczna, we wszystkich postaciach i aspektach, spełniała

---

\* Karol Bielski, dr, adiunkt w Katedrze Prawa Administracyjnego i Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie; e-mail: karol.bielski@oirp.warszawa.pl; ORCID: 0000-0002-2428-0671

Przemysław Szustakiewicz, prof. nadzw. dr hab., Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie; pszustakiewicz@gmail.com; ORCID: 0000-0001-9102-9308

<sup>1</sup> Dz.U. z 2013 r., poz. 1330, dalej jako u.d.i.p.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

warunek przejrzystości. Przedmiotem informacji publicznej jest zatem, po pierwsze, cała działalność wszystkich organów wymienionych w art. 61 ust. 1 Konstytucji, a po drugie, działalność osób pełniących funkcje publiczne, lecz – ze względu na art. 47 Konstytucji – tylko taka, która wiąże się z pełnionymi przez te osoby funkcjami publicznymi<sup>3</sup>. Prawo polityczne określone w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP ma zapewnić transparentność funkcjonowania państwa wobec obywateli, którzy będąc poinformowanymi o funkcjonowaniu spraw publicznych, potrafią w racjonalny i niepoddający się manipulacjom sposób ocenić funkcjonowanie władz – dzięki czemu mogą podjąć racjonalne decyzje wyborcze. Uprawnienie to, w świetle wskazanego wyżej orzeczenia TK, obejmuje dwa elementy związane z byciem poinformowanym, a mianowicie prawo do bycia poinformowanym o:

- działalności podmiotów publicznych,
- działalności osób pełniących funkcje publiczne.

Przepis konstytucyjny został rozwinięty w postanowieniach Ustawy o dostępie do informacji publicznej, zgodnie z którą prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa – art. 5 ust. 2 u.d.i.p. Osoba pełniąca „funkcję publiczną” posiada zatem ograniczone uprawnienie do ochrony ze względu na prawo do prywatności, a wszystkie informacje dotyczące jej funkcjonowania przy wykonywaniu spraw publicznych podlegają ujawnieniu.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że zakłady opieki zdrowotnej są podmiotami zobowiązanymi do udzielenia informacji publicznej<sup>4</sup>. W tego rodzaju podmiotach pewnego rodzaju funkcje związane z kierowaniem oddziałami szpitalnymi sprawują ordynatorzy. W związku z tym osoby zainteresowane kierują wiele wniosków o udostępnienie informacji publicznej związanych z tymi osobami, np. o treść umów podpisanych z ordynatorem, zakres ich obowiązków lub nawet zasady przyznawania im premii. Tego rodzaju pytania, szczególnie dotyczące wysokości zarobków lub treści umów o pracę, dotyczą kwestii objętych ochroną prawa do prywatności, które jednak jest ograniczone zgodnie z wymienionym tu art. 5 ust. 2 u.d.i.p w stosunku do osób pełniących funkcje publiczne. Powstaje zatem pytanie: na ile ordynator, w świetle obowiązujących przepisów, jest „osobą pełniącą funkcje publiczne”?

<sup>3</sup> OTK-A rok 2015, Nr 4, poz. 45.

<sup>4</sup> Por. wyrok NSA z dnia 15 listopada 2013 r., sygn. akt I OSK 1933/13, wyrok WSA w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. akt II SAB/Sz 100/17, w którym wprost wskazano, że „szpital, będący samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej, realizuje działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia. Podmiot tego rodzaju wykonuje zadania publiczne i finansowany jest ze środków publicznych, tym samym mieści się w zakresie podmiotowym art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. Informacja dotycząca zasad funkcjonowania podmiotu wykonującego zadanie publiczne, w zakresie obsługi prawnej szpitala dotyczy trybu działania publicznych jednostek organizacyjnych, a zatem jest informacją publiczną, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 3 u.d.i.p.”, wyrok WSA w Gdańsku z dnia 19 października 2016 r., sygn. akt II SAB/Gd 110/16, opublikowane w CBOSA.

Swego rodzaju „konstytucją” organizacji służby zdrowia w Polsce jest Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej<sup>5</sup>. Jednak jej regulacje dość skąpo odnoszą się do pozycji prawnej ordynatora. Zgodnie bowiem z jej brzmieniem, w podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą (np. w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej – spzoz) istnieje obowiązek przeprowadzania konkursów na stanowisko m.in. ordynatora zgodnie z treścią przepisu art. 49 ust. 1 pkt 3 u.d.l. Natomiast zgodnie z art. 49 ust. 7 u.d.l. jeśli w podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą zgodnie z regulaminem organizacyjnym oddziałem kieruje lekarz niebędący ordynatorem, na stanowisko lekarza kierującego oddziałem konkursu nie przeprowadza się. Ustawa o działalności leczniczej wskazuje zatem tylko, że ordynator kieruje oddziałem, ale tylko w niektórych rodzajach zakładów opieki zdrowotnej.

W literaturze podnoszono<sup>6</sup> rozważania w zakresie charakteru funkcji związanej z wykonywaniem obowiązków ordynatora, względnie lekarza, kierującego oddziałem. Dyskusje toczą się wokół scharakteryzowania osoby pełniącej funkcję ordynatora jako funkcjonariusza publicznego czy też osoby pełniącej funkcję publiczną albo też osoby, która takich przymiotów nie posiada. Definicja funkcjonariusza publicznego oraz osoby wykonującej funkcje publiczne zawarta jest w Ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. –Kodeks karny<sup>7</sup>. W myśl przepisu art. 115 § 13, funkcjonariuszami publicznymi są:

- 1) Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) poseł, senator, radny;
- 2a) poseł do Parlamentu Europejskiego;
- 3) sędzia, ławnik, prokurator, funkcjonariusz finansowego organu postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, notariusz, komornik, kurator sądowy, syndyk, nadzorca sądowy i zarządca, osoba orzekająca w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy;
- 4) osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych;
- 5) osoba będąca pracownikiem organu kontroli państwowej lub organu kontroli samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe;
- 6) osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej;
- 7) funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego albo funkcjonariusz Służby Więziennej;
- 8) osoba pełniąca czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie;

---

<sup>5</sup> Dz.U. z 2018 r., poz. 160, dalej jako u.d.l.

<sup>6</sup> Tak np. A. Marcinkowska, *Lekarz jako osoba pełniąca funkcję publiczną*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, r. XVIII, z. 1; R. Krajewski, *Funkcjonariusz publiczny i osoba pełniąca funkcję publiczną jako kategorie prawa karnego istotne z perspektywy funkcjonowania administracji publicznej*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW” 2012, t. 1.

<sup>7</sup> Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

9) pracownik międzynarodowego trybunału karnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe.

Zgodnie z przepisem art. 115 § 19 k.k. osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.

Odnosząc się do odpowiedzialności karnej lekarza jako funkcjonariusza publicznego, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2000 r. w sprawie o sygn. akt WKN 27/00 podniósł, że lekarz zatrudniony w publicznej służbie zdrowia może być uznany za funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. jedynie wówczas, gdy swój zawód łączy z funkcjami o charakterze administracyjnym. Podkreślić należy, że zdefiniowanie w Kodeksie karnym niektórych zwrotów i wyrażzeń ustawowych (w tzw. słowniczku) ma charakter wiążący, a to z kolei spełnia funkcje gwarancyjne prawa przez ograniczenie możliwości dokonywania rozszerzającej interpretacji przepisów. Aby można było uznać, że ktoś jest lub nie jest funkcjonariuszem publicznym, konieczne jest m.in. ustalenie zakresu ciążących na nim obowiązków i przysługujących uprawnień. Czynności zawodowe nie stają się więc funkcjami o charakterze administracyjnym tylko dlatego, że wykonywane są w ramach państwowych (również samorządowych) struktur organizacyjnych służby zdrowia. Lekarz mógłby być uznany za funkcjonariusza publicznego jedynie wówczas, gdyby wykonywał czynności zawodowe w administracyjnej strukturze służby zdrowia, a więc swój zawód lekarza łączył z funkcjami o charakterze publicznym (administracyjnym). Do kręgu takich osób mógłby zatem zostać zaliczony np. dyrektor szpitala, lekarz zatrudniony w urzędzie wojewody lub kasie chorych. Wymienieni przykładowo byłiby więc funkcjonariuszami publicznymi z tego powodu, że będąc lekarzami, równoległe pełniliby określone funkcje administracyjne<sup>8</sup>. Podobnie uznał w wyroku z 14 grudnia 2016 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w sprawie o sygn. akt II SA/Kr 1323/16, wydanym w sprawie decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej, stwierdzając, że w pewnych okolicznościach, w wypadku pełnienia niektórych funkcji łącznie z wykonywaniem zawodu lekarza, możliwe jest przyznanie im takiego przymiotu. Możliwe jest to na przykład, gdy lekarz wykonujący swój zawód jest jednocześnie:

- pracownikiem administracji rządowej, np. Ministerstwa Zdrowia lub administracji samorządowej, chyba że pełniłby funkcje wyłącznie usługowe,
- pełnił funkcje kierownika podmiotu leczniczego niebędącego przedsiębiorcą, np. w samodzielnym publicznym zakładzie opieki zdrowotnej,
- był pracownikiem Narodowego Funduszu Zdrowia lub wchodził w skład zarządu oddziału wojewódzkiego tego funduszu,
- orzekał w organach dyscyplinarnych, działających na podstawie ustawy o samorządzie lekarskim,

---

<sup>8</sup> OSNKW rok 2001, Nr 3–4, poz. 21.



- w zakresie, w jakim lekarze są uprawnieni do podejmowania decyzji administracyjnych (art. 115 § 13 pkt 4 k.k.), czyli członkowie organów samorządu lekarskiego np. w zakresie decydowania o przyznaniu prawa wykonywania zawodu<sup>9</sup>.

W zakresie określenia charakteru funkcji ordynatora jako osoby pełniącej funkcje publiczne wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 20 czerwca 2001 r. w sprawie o sygn. akt I KZP 5/2001 stwierdził, że czynności lekarskie stanowiące udzielanie świadczeń zdrowotnych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, wykonywane w ramach świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych osobom ubezpieczonym oraz innym osobom uprawnionym do nich na podstawie odrębnych przepisów, mieszczą się w zakresie pełnienia funkcji publicznej w rozumieniu art. 228 k.k. Z uwagi na to, że świadczenia zdrowotne finansowane ze środków publicznych mogą być także udzielane w niepublicznych zakładach opieki zdrowotnej to również i w tym przypadku lekarz, zatrudniony w takim zakładzie, który wykonuje czynności zawodowe wymienione w art. 2 Ustawy o zawodzie lekarza, w tym zakresie jest osobą pełniącą funkcję publiczną, o jakiej mowa w art. 228 k.k. Decydujące znaczenie dla uznania udzielania świadczeń zdrowotnych za mieszczące się w pojęciu pełnienia funkcji publicznej, ma bowiem nie to w jakim zakładzie opieki zdrowotnej są one wykonywane, tj. czy w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, czy też niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej, lecz to, czy są one wykonywane w ramach przysługujących osobie uprawnionej (pacjentowi) świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych<sup>10</sup>. Sąd Najwyższy uznał, że publiczny zakład opieki zdrowotnej, którego celem działania, jest udzielanie świadczeń zdrowotnych, nie może zostać uznany za „inną instytucję państwową” w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 Kodeksu karnego, chociażby jego organem założycielskim był organ administracji rządowej, a tym samym i osoba zajmująca stanowisko kierownicze w tejże instytucji nie jest funkcjonariuszem publicznym z tego tytułu. Wychodząc z tego założenia, SN uznał, że pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 k.k., obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz w art. 3 Ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 1991 r., Nr 91, poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych. Zdaniem R. Stefańskiego z orzecznictwa SN wynika, że:

trafnie wskazuje się, że osoba pełni funkcję publiczną tylko wówczas, gdy powierzone jej zadania służą władczej działalności tych instytucji. Chodzi o funkcje, które wymagają szczególnego zaufania do osób je wykonujących, a ich naruszenie pośrednio godzi w funkcjonowanie instytucji państwowych, które z reguły je realizują, a tylko wyjąt-

---

<sup>9</sup> Opublikowany w CBOSA.

<sup>10</sup> OSKW z 2001 r., Nr 3–4, poz. 21.

kowo są one powierzone innym instytucjom, w ich imieniu wykonują je osoby nie będące funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.<sup>11</sup>

Uznać zatem należy, że sprawowanie funkcji publicznej wiąże się z realizacją określonych zadań w urzędzie, w ramach struktur władzy publicznej lub na innym stanowisku, związanych z procesem decyzyjnym w strukturze administracji publicznej, a także w innych instytucjach publicznych. Jak bowiem podniósł Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05, dokonał wykładni pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną” na tle stosowania art. 5 ust. 2 u.d.i.p., wskazując, że nie jest też możliwe precyzyjne i jednoznaczne określenie, czy i w jakich okolicznościach osoba funkcjonująca w ramach instytucji publicznej będzie mogła zostać uznana za sprawującą funkcję publiczną. Nie każda osoba publiczna będzie tą, która pełni funkcje publiczne. Sprawowanie funkcji publicznej wiąże się z realizacją określonych zadań w urzędzie, w ramach struktur władzy publicznej lub na innym stanowisku decyzyjnym w strukturze administracji publicznej, a także w innych instytucjach publicznych. Wskazanie, czy mamy do czynienia z funkcją publiczną, powinno zatem odnosić się do badania, czy określona osoba w ramach instytucji publicznej realizuje w pewnym zakresie nałożone na tę instytucję zadanie publiczne. Chodzi zatem o podmioty, którym przysługuje co najmniej wąski zakres kompetencji decyzyjnej w ramach instytucji publicznej. Nie każdy zatem pracownik takiej instytucji będzie tym funkcjonariuszem, którego sfera chronionej prywatności może być zawężona z perspektywy uzasadnionego interesu osób trzecich, realizującego się w ramach prawa do informacji. Podejmując próbę wskazania ogólnych cech, jakie będą przesądzały o tym, że określony podmiot sprawuje funkcję publiczną, można, nie ryzykując omyłki, uznać, że chodzi o takie stanowiska i funkcje, których sprawowanie jest równoznaczne z podejmowaniem działań wpływających bezpośrednio na sytuację prawną innych osób lub łączy się co najmniej z przygotowaniem decyzji dotyczących innych podmiotów. Spod zakresu funkcji publicznej wykluczone są zatem takie stanowiska, choćby pełnione w ramach organów władzy publicznej, które mają charakter usługowy lub techniczny<sup>12</sup>. Za osobę pełniącą funkcję publiczną należy więc uznać każdego, kto pełni funkcję w organach władzy publicznej lub też w strukturach osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, jeżeli tylko funkcja ta ma związek z dysponowaniem majątkiem państwowym lub samorządowym albo zarządzaniem sprawami związanymi z wykonywaniem swych zadań przez władze publiczne, a także inne podmioty, które tę władzę realizują lub gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Nie ma przy tym znaczenia, na jakiej podstawie prawnej osoba wykonuje funkcję publiczną<sup>13</sup>.

Stanowisko takie zdaje się oznaczać, że przy analizie, czy ordynator czy też lekarz kierujący oddziałem pełni funkcję publiczną, należy oprzeć się na ich kompetencjach

---

<sup>11</sup> R. Stefański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 15 listopada 2002 r.*, IV KKN 570/99; OSP rok 2003, Nr 9 poz. 106, tekst za LEX.

<sup>12</sup> OTK-A z 2006 r. Nr 3, poz. 30.

<sup>13</sup> Por. wyrok NSA z 8 lipca 2015 r. sygn. akt I OSK 1530/14, CBOSA.

określonych regulaminem organizacyjnym i w statucie jednostki, w której są zatrudnieni, a także przede wszystkim na określonym zakresie czynności (obowiązków skorelowanych z kompetencjami). Z praktyki bowiem wynika, że ordynator realizuje zadanie publiczne szpitala poprzez pełnienie funkcji zarządzających w oddziale szpitalnym. Jak bowiem przyjęto w wyroku NSA z dnia 21 czerwca 2018 r., sygn. akt I OSK 166/18:

nie budzi w ocenie Sądu wątpliwości, że osoba zatrudniona w szpitalu publicznym na stanowisku ordynatora – koordynatora świadczeń zdrowotnych w oddziale szpitalnym jest osobą pełniącą funkcję publiczną. Ordynator realizuje bowiem na Szpital zadanie publiczne pełniąc funkcje zarządzające w oddziale szpitalnym. Potwierdza to treść załączonych do akt kopii umów, z których wynika, że do zadań osób zatrudnionych na stanowiskach ordynatorów – koordynatorów świadczeń zdrowotnych w oddziałach szpitalnych należy m. in. kierowanie, organizowanie, koordynowanie oraz nadzorowanie działalności medycznej podległego Oddziału w celu zapewnienia ciągłej opieki medycznej nad hospitalizowanymi pacjentami<sup>14</sup>.

We wskazanym orzeczeniu NSA uznał, że dane znajdujące się w umowach zawartych z ordynatorami-koordynatorami świadczeń zdrowotnych w oddziałach szpitalnych w zakresie numeru dyplomu lekarza, numeru wpisu do Ewidencji Działalności Gospodarczej oraz wysokość otrzymywanego wynagrodzenia są danymi mającymi związek z pełnieniem tych funkcji oraz z warunkami powierzenia i wykonywania tych funkcji. Nie mogą zatem podlegać ochronie z uwagi na prywatność tych osób i podlegają ujawnieniu w trybie określonym przez przepisy Ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Warto jednak wskazać, że jak podkreślił NSA w cytowanym wyżej wyroku z 8.07.2015 r. – zaliczenie ordynatora do zbioru osób pełniących funkcje publiczne nie oznacza, iż wszystkie informacje o nim podlegają ujawnieniu, ponieważ w toku procesu przygotowania odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej należy ustalić, czy żądana informacja ma związek z pełnieniem funkcji publicznej przez osoby odpowiadające hipotezie art. 5 ust. 2 zdanie drugie u.d.i.p. Trzeba bowiem uwzględnić, że nawet jeżeli dana osoba zostanie uznana za osobę pełniącą w chwili składania wniosku lub przez określony czas w przeszłości funkcję publiczną, nie oznacza to, w świetle art. 5 ust. 2 u.d.i.p., że każda odnosząca się do niej wiadomość podlega udostępnieniu z pominięciem ochrony prywatności tej osoby. Jak wskazano, dotyczy to tylko informacji odnoszących się do tej osoby mających związek z pełnieniem przez tę osobę funkcji publicznej. Stosowanie art. 5 ust. 2 u.d.i.p. dla ograniczenia prawa do prywatności powinno następować z dużą dozą ostrożności. Dla jego zastosowania bezwzględnie konieczne jest, by żądana informacja o osobie pełniącej funkcję publiczną miała związek z pełnieniem tej funkcji publicznej. Inaczej mówiąc, konieczne powinien zaistnieć adekwatny związek między informacją odnoszącą się do danej osoby a funkcjonowaniem tej osoby w sferze publicznej<sup>15</sup>. We właściwym i precyzyjnym ustaleniu istnienia granic

<sup>14</sup> Opublikowany w CBOSA.

<sup>15</sup> Por. wyrok NSA z dnia 18 lutego 2015 r., I OSK 695/14.

takiego związku należy dopatrywać się właściwej ochrony prawa do prywatności osób pełniących funkcje publiczne.

Ordynator lub inna osoba pełniąca funkcję kierowniczą w zakładzie opieki zdrowotnej zasadniczo jest zatem „osobą pełniącą funkcję publiczną”, chyba że, jak wynika z wewnętrznych przepisów danego zoz-u, jego czynności posiadają wyłączenie charakteru usługowy, techniczny, niezwiązany z wykonywaniem funkcji kierowniczych na danym oddziale. Judykatura za osobę pełniącą funkcję publiczną uznaje każdego, kto pełni funkcję w organach władzy publicznej lub też w strukturach osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, jeżeli tylko funkcja ta ma związek z dysponowaniem majątkiem państwowym lub samorządowym albo zarządzaniem sprawami związanymi z wykonywaniem swych zadań przez władze publiczne, a także inne podmioty, które tę władzę realizują lub gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Nie ma przy tym znaczenia, na jakiej podstawie prawnej osoba wykonuje funkcję publiczną<sup>16</sup>. Na szczególne podkreślenie zasługuje jednakże fakt, że zaliczenie do grupy osób określonych w art. 5 ust. 2 zdanie drugie u.d.i.p nie oznacza w ogóle wyłączenia prawa do prywatności ordynatora, co stanowi swego rodzaju nakaz dla udzielającego informacji publicznej rozważenia co do charakteru udzielanej informacji i kontekstu związanego z jej udostępnieniem, polegającego chociażby na zakresie kompetencji ordynatora (lekarza kierującego oddziałem). Informacje niezwiązane bezpośrednio z wykonywaną przez niego funkcją podlegają ochronie związanej z prawem do prywatności.

## BIBLIOGRAFIA

- Bidziński M., w: M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Krajewski R., *Funkcjonariusz publiczny i osoba pełniąca funkcję publiczną jako kategorie prawa karnego istotne z perspektywy funkcjonowania administracji publicznej*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW” 2012, t. 1.
- Marcinkowska A., *Lekarz jako osoba pełniąca funkcję publiczną*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, r. XVIII, z. 1.
- Stefański R., *Glosa do postanowienia SN z dnia 15 listopada 2002 r., IV KKN 570/99*; OSP rok 2003, Nr 9 poz. 106, LEX.

## HEAD OF A WARD AS A PERSON PERFORMING A PUBLIC FUNCTION IN THE LIGHT OF ACT ON ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

### Abstract

The article is aimed at presenting, analysing and assessing legal aspects of classifying a head of a ward as a person performing a public function in the light of the Act on access to public information. Access to public information is a citizen's right of key importance in a democratic

<sup>16</sup> Zob. s. 73–74.

state ruled by law. The right has its basis in the Constitution of the Republic of Poland, where in accordance with Article 61 para. 1, "A citizen shall have the right to obtain information on the activities of organs of public authority as well as persons discharging public functions. Such right shall also include receipt of information on the activities of self-governing economic or professional organs and other persons or organizational units relating to the field in which they perform the duties of public authorities and manage communal assets or property of the State Treasury." The right to healthcare is also a constitutional right laid down in Article 68 para. 1 of the Constitution. Healthcare services are financed from public funds. The function of the head of a ward is deeply rooted in the practice of hospital functioning and plays a significant role in the organisation of 24-hour inpatient healthcare. In case law and literature, there are differences in the classification of heads of a ward as persons performing public functions. The article presents an analysis of the status of the head of a ward as an obliged entity in the light of the Act on access to public information.

Key words: head of a ward, access to public information, health protection, hospital, healthcare institution, healthcare services, physician managing a ward, Constitution

## ORDYNATOR JAKO OSOBA PEŁNIĄCA FUNKCJĘ PUBLICZNA W ŚWIETLE USTAWY O DOSTĘPIE DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu są: prezentacja, analiza i ocena prawna kwalifikacji ordynatora jako osoby pełniącej funkcję publiczną w świetle Ustawy o dostępie do informacji publicznej. Dostęp do informacji publicznej należy do praw obywatelskich o istotnym znaczeniu w demokratycznym państwie prawa. Prawo to znajduje oparcie w Konstytucji, gdzie zgodnie z art. 61 ust. 1: „Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”. Prawo do ochrony zdrowia jest również prawem konstytucyjnym, określonym w art. 68 ust. 1 Konstytucji. Świadczenia ochrony zdrowia finansowane są ze środków publicznych. Funkcja ordynatorska jest głęboko zakorzeniona w praktyce funkcjonowania szpitali, pełniąc doniosłą rolę w organizacji całodobowej stacjonarnej opieki zdrowotnej. W orzecznictwie i literaturze istnieją rozbieżności co do zakwalifikowania ordynatorów do grupy osób, których działalność jest pełnieniem funkcji publicznej. W niniejszym artykule przedstawiono analizę statusu ordynatora jako podmiotu zobowiązanego, w świetle ustawy, o dostępie do informacji publicznej.

Słowa kluczowe: ordynator, dostęp do informacji publicznej, ochrona zdrowia, szpital, zakład opieki zdrowotnej, działalność lecznicza, lekarz kierujący oddziałem, Konstytucja

## EL DIRECTOR MÉDICO COMO PERSONA QUE DESEMPEÑA FUNCIÓN PÚBLICA A LA LUZ DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

### Resumen

El artículo presenta, analiza y valora la calificación legal del director médico como persona que desempeña función pública a la luz de la ley de acceso a la información pública. El acceso a la información pública es un derecho de ciudadano de máxima importancia en el estado democrático de derecho. Este derecho tiene su respaldo en la Constitución, ya que conforme con el art. 61 ap. 1, el ciudadano tiene derecho a obtener información sobre actividad de órganos de autoridad pública y de personas que desempeñan funciones públicas. Este derecho comprende también la obtención de la información sobre la actividad de órganos de autogobierno económico y profesional y de otras personas o unidades de organización en el ámbito en el cual ejercen funciones de autoridad pública y gestionan bienes comunales o el patrimonio de la Tesorería del Estado. El derecho a la protección de la salud es también un derecho constitucional determinado en el art. 68 ap. 1 de la Constitución. Las prestaciones relativas a la protección de salud son financiadas de los fondos públicos. La función del director médico es profundamente arraigada en la práctica de funcionamiento de hospitales y desempeña importante papel en organizar el servicio médico que dura todo el día y la noche. En la doctrina y jurisprudencia existen discrepancias en cuanto a la inclusión de los directores médicos al grupo de personas cuya actividad constituye el desempeño de la función pública. El presente artículo analiza el estatus del director médico como sujeto obligado a la luz de la ley de acceso a la información pública.

Palabras claves: director médico, acceso a la información pública, protección de la salud, hospital, centro de atención médica, actividad médica, médico que dirige un servicio, Constitución

## ОРДИНАТОР КАК СУБЪЕКТ, ВЫПОЛНЯЮЩИЙ ПУБЛИЧНУЮ ФУНКЦИЮ В СВЕТЕ ЗАКОНА О ДОСТУПЕ К ПУБЛИЧНОЙ ИНФОРМАЦИИ.

### Резюме

Предметом статьи является представление, анализ и правовая оценка квалификации ординатора как субъекта, выполняющего публичную функцию в свете Закона о доступе к публичной информации. Доступ к публичной информации является одним из гражданских прав, имеющих ключевое значение в демократическом правовом государстве. Данное право находит отражение в Конституции, в которой, в соответствии со ст. 61 п. 1 гражданин имеет право получать информацию о деятельности органов государственной власти. Данное право касается также получения информации о деятельности органов хозяйственного и профессионального самоуправления и других лиц и организационных подразделений в том объеме, в котором они выполняют задачи органов государственной власти и управляют муниципальной собственностью или имуществом, принадлежащим Государственной казне. Право на охрану здоровья также

является конституционным правом, определяемым в ст. 68 п. 1 Конституции. Медицинские услуги финансируются из государственных средств. Ординаторская функция глубоко укоренилась в практике функционирования больничных учреждений, выполняя значительную роль в организации круглосуточной стационарной медицинской помощи. В судебной практике и предметной литературе наблюдаются расхождения в вопросе о квалификации ординатора как представителя той или иной группы лиц, чья деятельность представляет собой выполнение публичной функции. В данной статье представлен анализ статуса ординатора как субъекта, несущего ответственность в свете Закона о доступе к публичной информации.

Ключевые слова: ординатор, доступ к публичной информации, здравоохранение, больница, медицинское учреждение, медицинская деятельность, врач – заведующий отделением, Конституция

## CHEFARZT ALS PERSON DES ÖFFENTLICHEN LEBENS ANGESICHTS DES GESETZES ÜBER ZUGANG ZU ÖFFENTLICHEN INFORMATIONEN

### Zusammenfassung

Gegenstand dieses Artikels ist eine Analyse und rechtliche Beurteilung des Chefarztes als Person des öffentlichen Lebens angesichts des Gesetzes über Zugang zu öffentlichen Informationen. Der Zugang zu öffentlichen Informationen gehört zu Staatsbürgerrechten von Schlüsselbedeutung im demokratischen Rechtsstaat. Dieses Recht stützt sich auf dem Grundgesetz (GG), wo unter Art. 61 Abschn. 1 der Staatsbürger das Recht zum Erlangen von Informationen über die Aktivitäten der öffentlichen Gewaltorgane und über eine Person des öffentlichen Lebens besitzt. Dieses Recht umfasst auch die Erlangung über Aktivitäten der wirtschaftlichen und berufsbezogenen Selbstverwaltungsorgane, darüber hinaus über andere Personen und Organisationseinheiten in demjenigen Bereich, in welchem sie Aufgaben der öffentlichen Gewalt ausführen und worin sie mit dem Kommunalgut oder mit dem Staatsschatzwirtschaften. Das Recht zum Gesundheitsschutz bildet auch ein grundgesetzliches Recht, bestimmt im Art. 68 Abschn. 1 des GG. Die Leistungen des Gesundheitsschutzes werden von öffentlichen Mitteln finanziert. Die Funktion eines Chefarztes ist profund in der Praxis des Krankenhäuserfunktionierens eingebettet, indem diese Funktion eine bedeutungsschwere.

Rolle in dem 24-stündigen stationären Gesundheitsschutz spielt. In der Rechtsprechung und in der Literatur gibt es Diskrepanzen, ob die Chefarzte zu einer Personengruppe eingestuft werden sollen, welcher Aktivität in der Tat eine öffentliche Funktion darstellt. In diesem Artikel wurde die Analyse des Chefarztstatus als subjektpflichtig angesichts des Zugangs zu öffentlichen Informationen vorgeführt.

Schlüsselwörter: Chefarzt, Zugang zu öffentlichen Informationen, Gesundheitsschutz, Krankenhaus, Gesundheitszentrum, Gesundheitsaktivität, leitender Abteilungsarzt, Grundgesetz (GG)

## LE MÉDECIN EN CHEF EN TANT QUE PERSONNE EXERÇANT UNE FONCTION PUBLIQUE AU REGARD DE LA LOI SUR L'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE

### Résumé

Le sujet de l'article est la présentation, l'analyse et l'évaluation juridique des qualifications du médecin en chef en tant que personne exerçant une fonction publique à la lumière de la loi sur l'accès à l'information publique. L'accès à l'information publique fait partie des droits d'un citoyen d'importance capitale dans un État de droit démocratique. Ce droit trouve son appui dans la Constitution où, conformément à l'article 61 alinéa 1 un citoyen a le droit d'obtenir des informations sur les activités des autorités publiques et des personnes exerçant des fonctions publiques. Ce droit comprend également l'obtention d'informations sur les activités des organes de l'autonomie économique et professionnelle, ainsi que des autres personnes et unités organisationnelles, dans la mesure où elles exécutent de tâches d'autorité publique et gèrent des biens municipaux ou des biens du Trésor. Le droit à la protection de la santé est également un droit constitutionnel prévu à l'article 68 paragraphe 1 de la Constitution. Les services de santé sont financés par des fonds publics. La fonction du médecin en chef est profondément enracinée dans la pratique du fonctionnement des hôpitaux et joue un rôle majeur dans l'organisation des soins de santé stationnaires 24 heures sur 24. Dans la jurisprudence et la littérature, il existe des divergences quant à la classification des médecins en chef à un groupe de personnes dont l'activité est l'exercice de la fonction publique. Cet article présente une analyse du statut du médecin en chef en tant qu'entité soumise à l'obligation au regard de la loi sur l'accès à l'information publique.

Mots-clés : le médecin en chef, accès à l'information publique, protection de la santé, hôpital, établissement de santé, hôpital, activité médicale, médecin responsable du service, la Constitution

## PRIMARIO COME PERSONA CHE SVOLGE UNA FUNZIONE PUBBLICA ALLA LUCE DELLA LEGGE SULL'ACCESSO ALL'INFORMAZIONE PUBBLICA

### Sintesi

L'oggetto dell'articolo è la presentazione, l'analisi e la valutazione giuridica dell'abilitazione del primario in quanto una persona che svolge una funzione pubblica alla luce della legge sull'accesso all'informazione pubblica. L'accesso all'informazione pubblica è un diritto fondamentale di un cittadino in uno stato di diritto democratico. Tale diritto si basa sulla Costituzione, dove, conformemente all'articolo 61. paragrafo 1, un cittadino ha diritto di ottenere informazioni sulle attività delle autorità pubbliche e delle persone che esercitano funzioni pubbliche. Tale diritto comprende anche l'ottenimento di informazioni sulle attività degli organi di autogoverno commerciale e professionale, nonché di altre persone e unità organizzative nell'ambito delle quali svolgono compiti di pubblica autorità e gestiscono beni comunali o del Tesoro. Il diritto all'assistenza sanitaria è anche un diritto costituzionale



definito all'articolo 68. paragrafo 1 della Costituzione. I servizi sanitari sono finanziati con fondi pubblici. Il primario, svolgendo un ruolo significativo nell'organizzazione dell'assistenza sanitaria stazionaria H24, è profondamente radicato nella pratica del funzionamento degli ospedali. Nella giurisprudenza e nella letteratura, vi sono discrepanze per quanto riguarda la classificazione dei primari al gruppo di persone la cui attività consiste nell'esercizio di una funzione pubblica. Questo articolo presenta un'analisi dello status del primario in quanto soggetto obbligato alla luce della legge sull'accesso all'informazione pubblica.

Parole chiave: primario, accesso all'informazione pubblica, assistenza sanitaria, ospedale, unità sanitaria, attività medica, medico responsabile del reparto, Costituzione

Cytuj jako: Szustakiewicz P., Bielski K., *Head of a ward as a person performing a public function in the light of Act on access to public information* [Ordynator jako osoba pełniąca funkcję publiczną w świetle ustawy o dostępie do informacji publicznej], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 2, s. 197–209. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.22/p.szustakiewicz/k.bielski

Cite as: Szustakiewicz, P., Bielski, K. (2019). 'Head of a ward as a person performing a public function in the light of Act on access to public information'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 197–209. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.22/p.szustakiewicz/k.bielski



# ZAKRES SŁUSZNEGO ODSZKODOWANIA ZA PRZYMUSOWE PRZEJĘCIE WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI

ZBIGNIEW CZARNIK \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.23/z.czarnik

Idea wolności osobistej, o którą tak bardzo zabiegamy, wiąże się z poczuciem niezależności ekonomicznej, a ta jest możliwa tylko w społeczeństwach, które przyznają własności prywatnej właściwe miejsce pośród dóbr prawnie chronionych. Dobitym przykładem tej tezy jest biegunowo różny rozwój zarówno własności, jak i wolności na dwóch krańcach kontynentu europejskiego: w Anglii i w Rosji<sup>1</sup>. Pierwsza, rozwijając własność, stworzyła podstawy wolnego demokratycznego społeczeństwa, druga, zaprzepaszczając taką wartość, nie może zagwarantować minimalnego standardu ochrony praw przed wpływem despotycznej władzy<sup>2</sup>. Z tych powodów określenie właściwego standardu ochrony własności nabiera szczególnego znaczenia, zwłaszcza że polski porządek prawny bliższy jest ujęciu rosyjskiemu niż angielskiemu. Rzecz jasna, takie stwierdzenie stanowi pewne uproszczenie, ale może być pożytecznym narzędziem przedstawienia problemu wskazanego w tytule.

W obowiązującym prawie pojawiają się niepokojące zjawiska, które usprawiedliwiają odwołanie się do przedstawionego porównania. Jednak nie tylko proces prawodawczy dotknięty jest tymi ułomnościami, które skłaniają do takiego twierdzenia. Nie lepiej przedstawia się praktyka, która w zakresie wyznaczenia zakresu ochrony własności popada w kazuistykę, bez głębszej wizji zarówno kierunku, jak i zakresu niezbędnych działań, których skutkiem byłoby wypracowanie spójnego

---

\* Zbigniew Czarnik, prof. nadzw. dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji w Katedrze Prawa Publicznego WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej; e-mail: zbigniew.czarnik@wp.pl; ORCID: 0000-0001-8459-1108

<sup>1</sup> Szerzej: R. Pipes, *Własność jako instytucja*, w: *Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, pod red. L. Balcerowicza, Poznań 2012, s. 483–485, także: R. Pipes, *Własność a wolność*, Warszawa 2000, s. 9–14.

<sup>2</sup> Zob. R. Pipes, *Własność jako...*, op. cit., s. 485.

modelu ochrony własności, zwłaszcza własności nieruchomości przejmowanej dla realizacji celu publicznego. Wykorzystanie nieruchomości prywatnej przez podmioty publiczne w związku z realizacją ich zadań jest koniecznością, którą trudno kwestionować<sup>3</sup>.

Niemniej nie można zgodzić się z afirmacją założenia, które zaczyna dominować w judykaturze, a w doktrynie jest milcząco przyjmowane, że ochrona własności zasadniczo powinna być podporządkowana interesowi publicznemu. Z tej perspektywy nie dostrzega się zagrożeń, jakie niesie wszelkiego rodzaju ustawodawstwo szczególne, wychodzące z założenia, że jest niezbędne w okresie transformacji polityczno-gospodarczej. W obecnych realiach ten rodzaj argumentacji nie ma żadnych usprawiedliwionych podstaw, jak tylko ideologiczne lub polityczne.

W tym kontekście należy postrzegać problematykę zakresu odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość. Zagadnienie to stanowi jeden ze składników właściwego ukształtowania ochrony własności. Należy zaliczyć je do podstawowych, gdyż wyznacza realny kształt ochrony w sytuacji, gdy w ramach obowiązującego prawa właściciel nie może się przeciwstawić legalnemu pozbawieniu prawa własności. Poprawnie zbudowany model ochrony powinien zatem brać pod uwagę brak równowagi, jaki w tej sytuacji występuje między właścicielem a państwem. W praktyce ta antynomia zasadniczo zawsze rozwiązywana jest na korzyść państwa, i to w różnych aspektach analizowanego problemu, w tym także w zakresie określenia szkody, jaką powinno pokrywać przyznane odszkodowanie za pozbawienie prawa własności. Wskazana problematyka doczekała się licznych opracowań naukowych oraz bogatego orzecznictwa.

W ramach prowadzonej analizy dorobek doktryny i judykatury zostanie potraktowany w sposób uogólniający, gdyż zamiarem autora nie jest prowadzenie polemiki ze szczegółowymi argumentami podnoszonymi w obu obszarach, bo te niezbyt się różnią między sobą, ale podjęcie krytyki ogólnej wizji odpowiedzialności odszkodowawczej funkcjonującej w nauce i orzecznictwie. Z tego powodu prezentowane poglądy mają raczej charakter syntetyczny, a przez to nie są szczegółową analizą argumentacji prezentowanych w różnych opracowaniach. Takie założenie pozwala na większą formalną swobodę prezentowanego wyводу, co nie oznacza zwolnienia z obowiązku merytorycznego odnoszenia się do istotnych kwestii związanych z przedstawianym zagadnieniem; jest tylko usprawiedliwieniem do odstąpienia od szczegółowego prezentowania poglądów, które stały się bazą do formułowania ogólniejszych spostrzeżeń.

Wyjściowa teza zakłada, że zakres słusznego odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość powinien obejmować pełne odszkodowanie, gdyż słuszne odszkodowanie to odszkodowanie sprawiedliwe, a konstytucyjna zasada proporcjonalności nie usprawiedliwia ograniczenia zakresu odszkodowania tylko do straty<sup>4</sup> (*dam-*

---

<sup>3</sup> Zresztą ograniczenie prawa własności nieruchomości nigdy nie było kwestionowane, nawet w XVIII- i XIX-wiecznym liberalizmie, a koncepcja „świętego prawa własności” była głoszona przez marksistów wszelkiego autoramentu i nigdy nie miała nic wspólnego z nauką, ale raczej z ideologią.

<sup>4</sup> Co do terminologii zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 270–272.

*num emergens*), z pominięciem utraconych korzyści (*lucrum cessans*), zatem słuszne odszkodowanie to pełne odszkodowanie. Przy czym pod pojęciem wywłaszczenia należy rozumieć pozbawienie prawa własności nieruchomości w drodze jednostronnego, władczego i konkretnego aktu administracyjnego. Z tym założeniem kontynuuję problematykę słusznego odszkodowania, mając na uwadze, że słuszne odszkodowanie musi być rozważane w różnych płaszczyznach<sup>5</sup>. Dla tak postawionego założenia należy wyznaczyć ramy możliwej analizy.

Wydaje się, że w tym zakresie poprawne będzie odwołanie się do modeli funkcjonujących w europejskiej kulturze prawnej. Na gruncie istniejących porządków prawnych możliwe są dwa rozwiązania. Według jednego stanowiska odszkodowanie za wywłączoną nieruchomość obejmuje pełne odszkodowanie. Przeciwny pogląd zakłada ograniczenie odszkodowania tylko do straty, w niektórych sytuacjach powiększając jego zakres o utracone korzyści. Przedstawione rozwiązania mogą mieć wiele odmian tworzących modele mieszane. W tych wszystkich przypadkach wychodzi się z założenia, że naprawienie szkody legalnie wyrządzonej przez państwo powinno być ograniczone, gdyż szkoda wywołana legalną przyczyną jest w pewnym sensie „korzyścią” właściciela, bo będzie miał prawo korzystania z celu realizowanego na skutek działania naruszającego jego prawo.

Uzasadnieniem dla takiego poglądu są różne teorie, jak choćby niemiecka „ofiara dla dobra publicznego” czy francuska „zasada równości wobec ciężarów publicznych”<sup>6</sup>. Niezależnie od teoretycznych afiliacji dla ograniczania zakresu odszkodowania, przyjąć trzeba, że współcześnie dopuszcza się ograniczenie pojęcia szkody z tytułu wywłaszczenia, przy czym zasadniczo nie odnosi się to do wywłaszczenia na podstawie jednostronnego aktu administracyjnego, gdyż pojęcie wywłaszczenia w wielu porządkach prawnych ma szerszy zakres niż wywłaszczenie w prawie polskim, bo obejmuje nie tylko akty pozbawiające własności, ale także takie, które kształtują treść tego prawa, a więc są w istocie wyznacznikami jego granic, np. prawo sąsiedzkie itp.

Pośród tych modeli należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie o zakres słusznego odszkodowania za wywłączoną nieruchomość w prawie polskim. Dla pełniejszego zobrazowania drogi takich poszukiwań należy mieć przed oczyma dwa skrajne rozwiązania: prawo szwajcarskie, w którym art. 26 ust. 2 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej wprost przewiduje pełne odszkodowanie za wywłaszczenie i wszelkie ograniczenia własności zrównane z wywłaszczeniem, oraz prawo hiszpańskie, w którym rekompensacie podlegają tylko straty<sup>7</sup>. Prezentowane zestawienie jednoznacznie potwierdza, że pomiędzy pełnym odszkodowaniem za wywłaszczenie a poziomem rozwoju społeczeństwa nie ma tej zależności, na którą wskazują stanowiska uzasadniające konieczność ograniczania odszkodowania ze względu na realizowanie celów mniejszym nakładem środków publicznych.

---

<sup>5</sup> Zob. Z. Czarnik, *Sprawiedliwe odszkodowanie za przymusowe przejęcie własności nieruchomości*, „Administracja. Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2013, nr 1, s. 23–40.

<sup>6</sup> Szerzej charakterystykę tych zasad przedstawia J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za legalne działania administracji publicznej*, Warszawa 2007, s. 1–38.

<sup>7</sup> Tamże, s. 39–44.

Wydaje się, że skutki związane z pełnym odszkodowaniem są zupełnie odmienne. To właśnie w tych porządkach prawnych zagwarantowany jest nie tylko właściwy poziom rozwoju ekonomicznego, ale i pełna realizacja idei społeczeństwa obywatelskiego. Uwaga ta jest potwierdzeniem tezy postawionej przez R. Pipesa, że tylko systemy należycie chroniące własność mają potencjał do tworzenia instytucji urzeczywistniających prawa obywatelskie. Pobocznie pozwala sformułować stwierdzenie, że współczesność nie potrafi przekonująco przełamać zasady przypisywanej Senece, zgodnie z którą „do królów należy mnóstwo rzeczy, a do poszczególnych ludzi własność”<sup>8</sup>, zatem państwo powinno gwarantować należyłą ochronę własności, a ta jest nierozzerwalnie związana z zakresem odszkodowania.

Przedstawione założenia określają granice, w których należy prowadzić analizę słusznego odszkodowania jako kategorii normatywnej wyznaczającej zakres odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomości. W prawie polskim podstawą dla takich rozważań są przepisy Konstytucji. Z ich treści wyprowadza się wniosek, w mojej ocenie nieuprawniony, że Konstytucja RP<sup>9</sup> dokonuje stanowczego rozróżnienia zakresu odszkodowania, ze względu na charakter naruszenia, czyli w przypadku naruszeń bezprawnych wprowadza zasadę pełnego odszkodowania, a dla wywłaszczenia przyjmuje jego ograniczony wymiar, pozwalając objąć odszkodowaniem tylko rzeczywistą stratę. Uzasadnieniem dla tego rozróżnienia ma być odwołanie się do treści art. 77 ust. 1 i art. 21 ust. 2 Konstytucji RP. We wskazanych przepisach posłużono się pojęciami „szkody” (art. 77 ust. 1) i „słusznego odszkodowania” (art. 21 ust. 2). Z tego terminologicznego rozróżnienia wyprowadza się wniosek, że tylko w wypadku bezprawnego naruszenia własności mamy do czynienia z pełnym odszkodowaniem.

Wsparciem tego stanowiska jest argumentacja, która wskazuje, że art. 77 ust. 1 Konstytucji RP stanowi o prawie do wynagrodzenia szkody, jaka została wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Ten wzorzec kontroli konstytucyjnej ma oznaczać, że w zakresie określonym w tym przepisie przewidziano zasadę pełnego odszkodowania. Wynika to stąd, że art. 77 ust. 1 stanowi o naprawieniu szkody, ale nie określa jej zakresu. Jeżeli przyjąć, że następuje tu odwołanie do potocznego znaczenia tego terminu, to szkoda, o której stanowi ten przepis, obejmuje także utracone korzyści. Pojęcie szkody w potocznym znaczeniu zawsze obejmuje uszczerbek majątkowy, mimo że jest nieprecyzyjne i nieostre. Dodatkowo wskazuje się, że usunięcie pojawiających się na tym tle wątpliwości nie może polegać na prostym odwołaniu się do kodeksowej zasady pełnego odszkodowania, bo byłoby to naruszenie reguł interpretacji Konstytucji, której treści nie można ustalać przez odwołanie się do sensu, zakresu i znaczenia pojęć definiowanych określanych w ustawodawstwie zwykłym<sup>10</sup>.

Na tej kanwie podkreśla się również, że terminologia użyta w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP nawiązuje do k.c., w którym przyjęto zasadę pełnego odszkodowania. Wprawdzie nie może to prowadzić do wniosku, że art. 77 ust. 1 daje podstawę do

<sup>8</sup> Cyt. za R. Pipes, *Własność jako...*, op. cit., s. 474.

<sup>9</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>10</sup> Uzasadnienie wyroku TK z dnia 23 września 2003 r., sygn. akt K 20/02, OTK – A 2003/7/76.

odszkodowania w zakresie pełnej kompensacji, jednak użyte w tym przepisie pojęcie „szkody” powinno być rozumiane w sposób przyjęty na gruncie prawa cywilnego, a to oznacza, że zakres szkody podlegającej wynagrodzeniu powinien być ustalany na podstawie art. 361 § 2 k.c. W konsekwencji przyjąć należy, że w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP chodzi o każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach danego podmiotu, zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym, czyli także ten związany z prawem własności nieruchomości. W doktrynie powszechnie przyjęto, że na gruncie art. 77 ust. 1 funkcjonuje zasada pełnego odszkodowania<sup>11</sup>.

Z kolei w art. 21 ust. 2 Konstytucja RP reguluje odszkodowanie za wywłaszczenie. Przepis stanowi o słusznym odszkodowaniu, co oznacza, że każda ingerencja w prawo własności, mająca cechy wywłaszczenia, rodzi skutki odszkodowawcze. Jednak nie zawsze musi to prowadzić do pełnego odszkodowania<sup>12</sup>. Nawet całkowite odjęcie własności nie zawsze będzie wiązało się z całkowitym pokryciem szkody, bowiem zakres odszkodowania musi odpowiadać kryterium słuszności, co nie oznacza, że musi ono być pełne, gdyż Konstytucja różnicuje zakres tych skutków przez przyjęcie w art. 21 ust. 2 kryterium słuszności. Z takiego formalnego ujęcia przepisu wyprowadza się wniosek, że idea niepełnego odszkodowania nie jest Konstytucji obca.

Dokonanie rozróżnienia wysokości odszkodowania przez wywiedzenie tej różnicy z odmiennego terminologicznego określenia zakresu dwóch przepisów Konstytucji musi budzić poważne wątpliwości, zwłaszcza że doktryna i judykatura nie podjęły próby krytycznego odniesienia się do tak prezentowanej tezy. Pobieżna analiza doktrynalnych i orzeczniczych źródeł wydaje się wskazywać, że w rozważaniach teoretycznych na ten temat zwyciężyły poglądy komunitarystów, którzy przy okazji rozstrzygnięcia o odszkodowaniu za nielegalne działania władzy publicznej sformułowali niezbyt przemyślany pogląd na temat słusznego odszkodowania, którym posługuje się art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

Podkreślić należy, że uzasadnienie tak kontrowersyjnej tezy zostało sprowadzone do niezbyt obszernego akapitu uzasadnienia wyroku TK z dnia 23 września 2003 r.<sup>13</sup>, bez odwołania się do wcześniejszych poglądów prezentowanych w orzecznictwie Trybunału. W ten sposób zupełnie zignorowany został stan obowiązującego prawa, a przez to nie uwzględniono systemowego kontekstu art. 21 ust. 2 Konstytucji RP. Niewątpliwie są to słabe punkty stanowiska na rzecz ograniczenia zakresu odszkodowania, szczególnie dlatego, że dekadę wcześniej Trybunał twierdził, iż odszkodowanie słuszne to odszkodowanie sprawiedliwe, zaś sprawiedliwe jest tylko wówczas, gdy jest ekwiwalentne, bo takie nie narusza istoty odszkodowania za wywłaszczenie nieruchomości<sup>14</sup>.

Taka dezynwoltura jest niezrozumiała i nie ma żadnych podstaw, gdyż pogląd o konieczności pełnej rekompensaty w ramach odszkodowania za wywłaszczoną

---

<sup>11</sup> Zob. J. Kremis, *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 6, s. 47.

<sup>12</sup> Uzasadnienie wyroku TK powołanego w przyp. 10.

<sup>13</sup> Wyrok powołany w przyp. 10.

<sup>14</sup> Zob. Wyrok TK z dnia 8 maja 1990 r., sygn. akt K 1/90, OTK 1990, nr 1, poz. 2, także: wyrok TK z dnia 19 czerwca 1990 r., sygn. akt K 2/90, OTK 1990, nr 1, poz. 3.

nieruchomość był konsekwencją wprowadzenia do porządku konstytucyjnego pojęcia słusznego odszkodowania, co miało miejsce w dniu 29 grudnia 1989 r.<sup>15</sup>, zatem zmiana w zakresie pojmowania słusznego odszkodowania wymagała gruntownego przedstawienia przesłanek, które usprawiedliwiałyby takie działanie. Nie dość, że ich nie przedstawiono, to zignorowano stan obowiązującego prawa, zaś w nauce i orzecznictwie bezkrytycznie przyjęto dopuszczalność takiego zachowania<sup>16</sup>. Przyjąć należy, że raczej ze względów konformistycznych niż merytorycznych, co tym bardziej musi być negatywnie ocenione, gdyż uzasadnień dla prezentowanego poglądu poszukuje się w orzeczeniach, które w ogóle nie odnoszą się do odszkodowania za wywłaszczoną nieruchomość, bądź tezach z minionej epoki<sup>17</sup>.

Krytykę tych stanowisk należy rozpocząć od ogólniejszej kwestii, jaką jest rozróżnienie w przepisach konstytucyjnych słusznego odszkodowania (w art. 21 ust. 2) i szkody (w art. 77 ust. 1). Wydaje się, że wyprowadzanie z tego faktu zbyt daleko idących konsekwencji może być nieuprawnione, a nawet ryzykowne. Niewątpliwie ze wskazanych przepisów wynika tylko to, że w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP sformułowano zasadę odszkodowawczą z tytułu legalnego „wywłaszczenia”, a w art. 77 ust. 1 tej ustawy zasadę rekompensaty szkody wyrządzonej bezprawnym działaniem. Co do drugiego przypadku odpowiedzialności nie ma wątpliwości, że władza publiczna ma pokryć pełną szkodę za uszczerbek wywołany bezprawnym działaniem, i co najwyżej dziwić może, że przyznanie tej racji wymagało intensywnych działań orzecznich Trybunału, a nie uznania, że przepisy, które nie spełniają tego kryterium, nie mogą być podstawą kształtowania sfery praw podmiotowych. Z kolei w wypadku art. 21 ust. 2 Konstytucji RP opowiedzenie się za ograniczeniem odszkodowania tylko do straty zdaje się nie zauważać, że w tym przepisie ustawodawca posługuje się szerokim pojęciem wywłaszczenia<sup>18</sup>, a to oznacza, że zakres odszkodowania musi być odnoszony do różnych postaci pozbawienia prawa własności. O ile możliwe jest twierdzenie, że „wywłaszczenie” polegające na nacjonalizacji lub innej formie upaństwowienia własności może wiązać się z niepełnym odszkodowaniem, to nie można tej reguły przenosić na wszelkie indywidualne procedury skutkujące przymusowym wyzuciem z własności.

---

<sup>15</sup> Pojęcie słusznego odszkodowania wprowadzono do polskiego porządku prawnego art. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. z 1989 r., Nr 75, poz. 444), którym zmieniono art. 7 Konstytucji, nadając przepisowi treść, że Rzeczypospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia oraz poręcza całkowitą ochronę własności osobistej. Wywłaszczenie jest dopuszczalne wyłącznie na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem.

<sup>16</sup> Zob. T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2007, s. 170–171. J. Stelmasiak, w: *System prawa administracyjnego, Prawo administracyjne materialne*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, T.7, Warszawa 2017, s. 600; także: J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, op. cit., s. 169–170; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 585.

<sup>17</sup> Zob. wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97, OTK nr 3, poz. 29, także: E. Łętowska, *Charakter odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy wykonywaniu funkcji publicznych i jej stosunek do odszkodowawczej odpowiedzialności kodeksowej*, w: *Studia z prawa zobowiązań*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa–Poznań 1979, s. 99 i nast.

<sup>18</sup> Szerzej: J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, op. cit., s. 141–170.



Uzasadnieniem takiego stanowiska może być dążenie do zapewnienia spójności aksjologicznej systemu prawa. Obecna sytuacja, która powstała na skutek orzecznictwa i twierdzeń doktryny, nie spełnia tego warunku, a przy tym prowadzi do rozczłonkowania problematyki odszkodowawczej związanej z legalnym pozbawieniem prawa własności nieruchomości. Sytuację taką należy oceniać krytycznie, bo w istocie jest ona potwierdzeniem, że w polskim porządku prawnym nie ma jednolitej zasady ochrony własności, co z kolei podważa konstytucyjne założenie, że taka ochrona istnieje. Opisujący stan prowadzi do wielu patologii, przede wszystkim do podejmowania przez państwo coraz śmielszych kroków w kierunku bezprecedensowego ograniczania uprawnień właściciela w ramach wszelkiego rodzaju ustaw szczególnych<sup>19</sup>, które odchodzą od klasycznego modelu wywłaszczenia na rzecz rozwiązań wątpliwych legalnie. Ten sposób działania jest ewidentnym obchodzeniem reguł, które mają zabezpieczyć przynajmniej minimalną ochronę własności, a więc powinien zostać napiętnowany.

Podstawowym zastrzeżeniem aksjologicznym w stosunku do ograniczenia zakresu odszkodowania na gruncie art. 21 ust. 2 Konstytucji RP jest to, że aprobata takiego stanu musi wiązać się nieuchronnie z naruszeniem konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Skoro podmiot pozbawiany prawa do nieruchomości w ramach legalnego wykonywania władzy publicznej ma być traktowany tak samo jak ten, kogo pozbawia się tego prawa w sytuacji nadzwyczajnej, to w wymiarze wartościowym nie jest to sytuacja normalna i w żadnej mierze niedająca się zaakceptować. Wystarczy tylko wskazać na regulacje odnoszące się do stanów nadzwyczajnych<sup>20</sup> i ustawy dotyczącej wyrównywania strat powstałych w czasie obowiązywania stanów szczególnych<sup>21</sup>.

W art. 2 ust. 2 ustawy odszkodowawczej wyraźnie stwierdzono, że każdemu, kto poniósł stratę majątkową na skutek wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, przysługuje odszkodowanie, obejmujące wyrównanie straty majątkowej, bez korzyści którą mógłby osiągnąć, gdyby strata nie powstała. W wypadku tej regulacji zwięźlenie zakresu odszkodowania nie budzi wątpliwości, a ustawodawca zwyczajny jasno wyłączył utracone korzyści jako element kompensacji. Działanie takie znajduje wyraźne oparcie w art. 228 ust. 4 Konstytucji RP, który nakłada na władze publiczne obowiązek wyrównywania strat majątkowych wynikających z ograniczeń wprowadzonych przez stan wyjątkowy. Ma także uzasadnienie pozaprawne, bo stan nadzwyczajny jest sytuacją wyjątkową, zatem sprawiedliwe jest wprowadzenie w tej sytuacji ograniczenia zakresu odszkodowania. Trudno taką argumentację

---

<sup>19</sup> Np. Ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1474).

<sup>20</sup> Zob. Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. z 2017 r., poz. 1897), a także: Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1928), Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wojennym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1932). Szeroko problematykę ograniczeń wolności i praw w stanach nadzwyczajnych przedstawia K. Eckhardt, *Stan nadzwyczajny jako instytucja polskiego prawa konstytucyjnego*, Przemysł–Rzeszów 2012, s. 208–229.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r., Nr 233, poz. 1955 ze zm.), dalej: ustawa odszkodowawcza.

przyjąć w przypadku wywłaszczenia, które nie jest sytuacją nadzwyczajną ani też ponoszoną w interesie właściciela.

Poprawne rozwiązanie problemu słusznego odszkodowania w ramach wywłaszczenia wymaga zatem systemowego ujęcia tych instytucji, które wiążą się z przejściem lub ograniczeniem własności, jeżeli następuje ono na podstawie decyzji. Chodzi o to, by skonstruowany system był koherentny co do zasad i trybu przyznania odszkodowania, a poza tym był czytelny w zakresie wartości leżących u jego podstaw. Obecny stan nie spełnia tych kryteriów. Powszechnie przyjmuje się, że wysokość odszkodowania za wywłączoną nieruchomość ustala się w zakresie straty (*damnum emergens*) powstałej na skutek pozbawienia prawa własności, przy czym wysokość tej straty jest równa wartości rynkowej wywłaszczonej nieruchomości<sup>22</sup>. W tym zakresie wskazuje się na treść art. 130 ust. 1 w związku z art. 134 ust. 1 Ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>23</sup>. Od przyjętego tam rozwiązania dopuszcza się wyjątki na rzecz utraconych korzyści (*lucrum cessans*), ale tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie; zasadniczo są to niektóre pożytki związane z gruntem, takie jak wieloletnie kultury rolne, zasiewy lub uprawy. Ta regulacja traktowana jest jako rozwiązanie standardowe i uniwersalne, bo do przyjętych w niej reguł odsyłają ustawy szczegółowe, w tych wszystkich przypadkach, gdy własność jest przejmowana przez podmiot publiczny albo gdy trzeba ustalić odszkodowanie za przejście własności nieruchomości.

Jednak nawet na gruncie samej u.g.n. nie zachowano konsekwencji w sposobie określania odszkodowania, co trafnie zauważono<sup>24</sup>, ale nie wyprowadzono z tego faktu żadnych konkluzji dla poprawnego zdefiniowania słusznego odszkodowania. W mojej ocenie stan taki nie zasługuje na akceptację, bo nie można na jego rzecz przedstawić żadnych racji niż nadmierny dogmatyzm tych, którzy uzasadniają inny wymiar odszkodowania w wypadku wywłaszczenia, a inny w sytuacji tzw. „czasowego wywłaszczenia”.

Przez czasowe wywłaszczenie rozumie się ograniczenia własności wskazane w art. 120 i art. 124–126 u.g.n. Chodzi więc o odszkodowanie dla osób trzecich w związku z wywłaszczeniem, które może prowadzić do powstania po ich stronie szkody lub niedogodności w korzystaniu z ich prawa na skutek wywłaszczenia (art. 120 u.g.n.), albo odszkodowania w związku z czasowym zajęciem nieruchomości (art. 124 u.g.n.), lub też ograniczenia korzystania z nieruchomości w związku własnością górnictwa (art. 125 u.g.n.), czy wreszcie odszkodowania w związku ze szkodą powstałą na skutek siły wyższej lub związanej z zapobieżeniem powstania znacznej szkody (art. 126 u.g.n.).

W tych wszystkich przypadkach przyjmuje się, że poszkodowanemu należy się pełne odszkodowanie, bo to wynika z treści art. 128 ust. 4 u.g.n., który stanowi, że odszkodowanie powinno odpowiadać wartości szkód. Z takiego językowego ujęcia przepisu wyprowadza się zasadę pełnego odszkodowania, zaś w sytuacji

---

<sup>22</sup> Zob. T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, op. cit., s. 17.

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2018 r., poz. 121 ze zm.), dalej jako u.g.n.

<sup>24</sup> Zob. J. Parchomiuk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, op. cit., s. 352–370.

wywłaszczenia twierdzi się, że odszkodowanie obejmuje tylko stratę, bo art. 128 ust. 1 u.g.n. nie posługuje się zwrotem z ust. 4 tego przepisu, a stanowi tylko, że wywłaszczenie następuje za odszkodowaniem odpowiadającym wartości przejmowanego prawa, a to ma oznaczać słuszne odszkodowanie, czyli ma być ograniczone. Logiczna strona takiego wywodu nie spełnia kryterium racjonalności, bo w jaki sposób można uzasadnić stanowisko, które domaga się pełnego odszkodowania w wypadku czasowego ograniczenia prawa własności nieruchomości i równocześnie twierdzić, że pełne odszkodowanie nie przysługuje, gdy podmiot zostaje trwale pozbawiony tego prawa. Przecież takiego typu myślenie pozostaje w sprzeczności z podstawową regułą inferencyjną *a minori ad maius*, bo skoro przy mniej uciążliwym naruszeniu prawa przyznajemy pełne odszkodowanie, to tym bardziej należy takie przyznać przy pozbawieniu prawa. Wniosek taki to oczywisty rezultat wykładni art. 128 ust. 1 i 4 u.g.n. w związku z art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

Przyjęcie zasady pełnego odszkodowania za wywłączoną nieruchomość stawia przed postępowaniem odszkodowawczym nowe wyzwania związane z ustaleniem rozmiaru szkody i wysokości odszkodowania. Obecna procedura ustalania odszkodowania nie spełnia warunków, by móc orzekać o takim odszkodowaniu. Z pewnością nie mogą tego robić rzeczoznawcy majątkowi, bo nie są przygotowani do czynienia takich ustaleń. W ich zasięgu może być co najwyżej określenie wartości składników majątkowych wywłaszczanej nieruchomości, a przesądzenie wysokości odszkodowania może odbywać się tylko w ramach procesu cywilnego, bo to jest właściwe miejsce dla takich ustaleń. Jednak problemy związane z ustaleniem pełnego odszkodowania nie są niczym nowym. W postępowaniach odszkodowawczych jest to procedura standardowa, zatem decyzja o ustaleniu odszkodowania nigdy nie będzie pełniła tej roli, chociaż może być elementem takiego postępowania, jeżeli wywłaszczany przystaje na odszkodowanie w niej zaproponowane.

Oznacza to, że główny nurt działań związanych z zapewnieniem właściwego standardu ochrony własności nieruchomości powinien zmierzać do zagwarantowania sądowej drogi dochodzenia odszkodowania. Pierwsze kroki w tym kierunku zostały już poczynione w art. 33 ust. 2 Ustawy z dnia 29 czerwca 2011 r.<sup>25</sup>, który stanowi, że strona niezadowolona z przyznanego jej odszkodowania na podstawie przepisów u.i.j. może wnieść powództwo do sądu powszechnego. Oczywiście chodzi o te sposoby ingerencji w prawo własności, dla których ustawodawca przewidział administracyjny tryb odszkodowawczy, jednak w tym zakresie ustawodawstwo polskie nie jest konsekwentne<sup>26</sup>. Przyjęcie proponowanego rozwiązania ma kapitalne znaczenie, gdyż jest dowodem obalającym tezę o ograniczonym zakresie odszkodowania za wywłaszczenie. Skoro o odszkodowaniu ma rozstrzygać sąd, to rzeczą oczywistą jest, że z wykorzystaniem przepisów konstytuujących odpowie-

---

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz.U. z 2018 r., poz. 1537), dalej jako u.i.j.

<sup>26</sup> W wielu sytuacjach prawo przewiduje cywilny sposób dochodzenia legalnej szkody, np. art. 29–30 Ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2017 r., poz. 2187 ze zm.).

działność odszkodowawczą, czyli z przyjęciem zasady pełnego odszkodowania, bo to jest regułą w prawie cywilnym.

Wychodząc z tak określonych podstaw, należy w sposób radykalny postawić tezę, że słuszne odszkodowanie musi być odszkodowaniem sprawiedliwym, a ten warunek spełnia ono tylko przy zachowaniu ekwiwalentności, która jest możliwa do osiągnięcia przy przyjęciu zasady pełnego odszkodowania. Opowiedzenie się na rzecz takiego stanowiska jest gwarancją praworządnego działania państwa i należytej ochrony podstawowej instytucji, jaką jest własność nieruchomości. Odejście od tych założeń skutkuje różnego rodzaju patologiami, których dostarcza nam codzienność. Wychodząc zatem z takiego założenia, należy przyjąć, że art. 128 ust. 1 u.g.n., stanowiąc, że wywłaszczenie następuje za odszkodowaniem, określa zasadę pełnego odszkodowania z punktu widzenia treści art. 21 ust. 2 Konstytucji RP.

Pełne odszkodowanie obejmuje stratę, wydatki oraz utracone korzyści<sup>27</sup>. Strata (*damnum emergens*), tzw. „szkoda rzeczywista”<sup>28</sup>, polega na zmniejszeniu aktywów albo zwiększeniu pasywów<sup>29</sup>. W wypadku wywłaszczenia strata zasadniczo polega na zmniejszeniu aktywów, bowiem z majątku właściciela ubywa prawo własności nieruchomości. W wymiarze realnym strata to rynkowa wartość tego prawa, którą należy ustalić na podstawie art. 134 ust. 1 u.g.n.; dodać należy, że w razie wywłaszczenia państwo i tak zostaje postawione w korzystniejszej sytuacji niż każdy zobowiązany do naprawienia szkody w prawie cywilnym, gdyż w zakresie straty ustawa nakazuje brać pod uwagę tylko wartość rynkową nieruchomości, a nie np. spadek wartości dóbr należących do właściciela w związku z wywłaszczeniem, co w prawie cywilnym jest także stratą. Poza tym za stratę w k.c. uznaje się tzw. *damnum illicitum*<sup>30</sup>, czyli uszczerbek majątkowy w zakresie bezprawnego interesu<sup>31</sup>. Podobnie utrata roszczenia związanego z wywłączoną nieruchomością jest stratą, bo każde roszczenie należy do aktywów majątku. Wreszcie stratą jest obciążenie pasywami<sup>32</sup>.

Taki wniosek można ostrożnie budować na podstawie treści art. 130 ust. 1 u.g.n., który wskazuje, że wysokość odszkodowania ustala się według stanu, przeznaczenia i wartości wywłaszczanej nieruchomości w dniu wydania decyzji wywłaszczeniowej. Treść ta odwołuje się do stanu i przeznaczenia nieruchomości, a nie gruntu, zatem wydaje się, że wyraźnie wskazuje formalne (prawne) ujęcie tego terminu, a nie tylko fizyczny sposób zagospodarowania gruntu, jak to funkcjonuje w praktyce. Konsekwentne wywodzenie takich skutków z terminologii, jaką posługuje się art. 130 ust. 1 u.g.n. ma sens, gdyż nieruchomość to kategoria prawna, a grunt to

---

<sup>27</sup> Zob. W. Czachórski, *Zobowiązania, Zarys wykładu*, Warszawa 1994, s. 78–79.

<sup>28</sup> Trafnie w nauce podnosi się, że takie określenie jest błędne, gdyż wszystkie szkody zawsze są rzeczywiste, zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 271.

<sup>29</sup> Szerzej na ten temat W. Czachórski, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 76, także: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 270–273.

<sup>30</sup> Zob. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 273.

<sup>31</sup> Np. wartość budynku wzniesionego bez pozwolenia na budowę.

<sup>32</sup> Np. wymagalną umową zawartą na rzecz osoby trzeciej, przy czym ta problematyka różnie może być rozwiązywana w prawie cywilnym; zob. T. Wiśniewski, w: *Komentarz do KC. Księga III, t. I*, Warszawa 2002, s. 76.

określona działka. Dziwić może, że z tego rozróżnienia doktryna i judykatura nie wywodzą żadnych normatywnych konsekwencji. Zjawisko takie jest znamienne, bo albo świadczy o nieznanności prawa, albo też o wadliwej wykładni wskazanego przepisu. Pierwszą możliwością zasadniczo należy odrzucić, zatem bardziej trzeba doszukiwać się błędu w zakresie wykładni, gdyż trudno zakładać, że ustawodawca, wprowadzając taką terminologię, działał nieracjonalnie, skoro na gruncie art. 56 ust. 2 i ust. 3 Ustawy o gospodarce gruntami z 1985 r.<sup>33</sup> wyraźnie posługiwał się zwrotem: „przy ustalaniu odszkodowania za grunt”, a nie za nieruchomość, aczkolwiek w art. 56 ust. 1 tej ustawy podkreślał, że odszkodowanie powinno odpowiadać wartości wywłaszczanej nieruchomości.

W skład odszkodowania za wywłaszczenie muszą wchodzić wydatki, które ciążyą na właścicielu wywłaszczanej nieruchomości. Wprawdzie może tu pojawiać się wątpliwość, które z wydatków ponoszonych przez taki podmiot są następstwem samego wywłaszczenia, ale tego składnika szkody nie można wyeliminować z zakresu szkody tylko z tego powodu, że może być problem z jego określeniem. Ostrożnie można przyjąć, że takimi wydatkami wprost wynikającymi z wywłaszczenia będą straty, które ponosi właściciel w związku z toczącym się postępowaniem wywłaszczeniowym, choćby koszty opinii sporządzanych na ten użytek.

Wreszcie w zakres odszkodowania wywłaszczeniowego muszą wchodzić utracone korzyści (*lucrum cessans*), choćby tylko ze względów historycznych<sup>34</sup>. Oczywiście aspekt historyczny nie może być wystarczającym uzasadnieniem dla dopuszczenia tego elementu szkody, jednak pokazuje, jak daleko współczesne prawo odeszło od rozsądnych korzeni, a wszystko to w epoce rozrastających się ideologii na temat praw człowieka<sup>35</sup>. Obowiązujące prawo nie definiuje samego pojęcia utraconych korzyści, ze względu na to, że ten termin kryje różne postaci korzyści, ale zasadniczo i przykładowo można przyjąć, że obejmuje on utratę przyszłego zarobku, zysków z przyszłych transakcji, utratę pożytków i przychodów z rzeczy oraz możliwości korzystania z rzeczy<sup>36</sup>. Poprawne określenie pożytków w postępowaniu wywłaszczeniowym nie jest proste. *Notabene* w żadnym postępowaniu nie należy do kwestii łatwych, ale wydaje się, że zwłaszcza w tym przypadku natrafia na trudności, przez co w świadomości prawnej funkcjonuje mylne wyobrażenie o utraconych korzyściach.

Standardowo przyjmuje się, że utraconymi korzyściami są wartości związane z utratą elementów zagospodarowania gruntu wskazane w art. 135 ust. 6–7 u.g.n.<sup>37</sup> Stanowisko takie jest pewnym uproszczeniem, bo wskazany przepis odnosi się do pożytków rzeczy, ale ich utrata nie zawsze musi być oceniana jako utrata korzyści, może to być zwykła strata. Kwalifikowanie utraconych pożytków jako utraconych

<sup>33</sup> Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz.U. z 1991 r., Nr 30, poz. 127 ze zm.).

<sup>34</sup> Ten rodzaj uszczerbku przewidywał art. 644, art. 657 t. X Zводу Praw, cyt. za: M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 285.

<sup>35</sup> Zob. L. Kołakowski, *Czy Pan Bóg jest szczęśliwy i inne pytania*, Kraków 2009, s. 234.

<sup>36</sup> Szersze rozważania w tym zakresie przedstawia M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, op. cit., s. 284–302.

<sup>37</sup> Zob. T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, op. cit., s. 172.

korzyści w znaczeniu prawnym może mieć miejsce tylko co do tych pożytków rzeczy lub prawa, które zostały niepobrane i są przyszłe w stosunku do zdarzenia wywołującego obowiązek naprawienia szkody. W wypadku wywłaszczenia będzie to skutek przewłaszczający decyzji, zatem dopiero co do tych pożytków z art. 135 ust. 6–7, które mogłyby pojawić się po fakcie wykonania decyzji, można twierdzić, że są one utraconymi korzyściami w znaczeniu cywilistycznym.

Wcześniej nie są to korzyści, ale strata, która nawet przy bardzo restrykcyjnym ujęciu zakresu odszkodowania musi być ustalona. Oznacza to, że jeżeli wywłaszczeniu podlega nieruchomości wykorzystywana rolniczo i znajdują się na niej zasiewy, to wartość tych zasiewów należy określić jako stratę, jeżeli skutek wywłaszczenia następuje przed zbiorami. W takiej sytuacji doliczenie do wartości gruntu wartości niezebranych plonów jest ustaleniem wartości wywłaszczanego prawa, skoro z treści art. 130 ust. 1 u.g.n. wynika, że odszkodowanie ma obejmować stan i przeznaczenie gruntu. Zasiewy byłyby utraconymi korzyściami, gdyby właściciel domagał się odszkodowania za okresy przyszłe następujące po wywłaszczeniu. W podobny sposób należy traktować wszystkie rodzaje przeznaczenia gruntów i gospodarczego ich wykorzystywania, bez względu na to, czy dotyczy to prowadzonej na gruncie działalności gospodarczej, czy też korzyści płynących z korzystania z nieruchomości przez osoby trzecie na podstawie tytułu prawnego.

Ustalenie szkody w zakresie utraconych korzyści wiąże się z wykazaniem prawdopodobieństwa wystąpienia w przyszłości tego rodzaju korzyści. Wymaga to przeprowadzenia skomplikowanych procedur dowodowo-dedukcyjnych, które nie mogą być zrealizowane w postępowaniu ściśle administracyjnym, bo wiążą się z koniecznością prowadzenia dowodu na rzecz i przeciw takiemu uszczerbkowi przez każdą ze stron, wywodzącą z określonych faktów korzystne dla siebie konsekwencje. Standard taki nie jest osiągalny w postępowaniu prowadzonym przez organ, więc z tego powodu procedura odszkodowawcza wymaga gruntownego przemodelowania ku postępowaniu sądowemu, jeżeli oferta odszkodowawcza przedstawiona przez organ nie zostanie przyjęta przez wywłaszczanego. Do takiego modelu musi dążyć polski ustawodawca, jeżeli zamierza zrealizować model faktycznej ochrony własności wynikający z treści art. 21 ust. Konstytucji RP.

We współczesnym, ciągle zmieniającym się świecie troską ustawodawców, uczonych i stosujących prawo powinny być wysiłki na rzecz uchwycenia równowagi między ochroną własności prywatnej a potrzebą zapewnienia w miarę harmonijnej realizacji celów ogółu, przez powiększanie obszaru własności publicznej. W tych zabiegach nie należy jednak tracić z pola widzenia oczywistej prawdy, że „państwo może wydrukować piękną edycję dzieł Szekspira, ale nie może spowodować ich napisania”<sup>38</sup>. Należy zatem zadbać o to, by własność prywatna naprawde ustępowała innym celom tylko wówczas, gdy przemawiają za tym ważne interesy publiczne, niedające się zrealizować przy zastosowaniu zwyczajnych środków prawnych.

---

<sup>38</sup> Zob. A. Shleifer, *Własność państwowa a własność prywatna, Odkrywając wolność...*, op. cit., s. 493.

## BIBLIOGRAFIA

- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1994.
- Czarnik Z., *Sprawiedliwe odszkodowanie za przymusowe przejęcie własności nieruchomości*, „Administracja. Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2013, nr 1.
- Eckhardt K., *Stan nadzwyczajny jako instytucja polskiego prawa konstytucyjnego*, Przemysł–Rzeszów 2012.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008.
- Kołąkowski L., *Czy Pan Bóg jest szczęśliwy i inne pytania*, Kraków 2009.
- Kremis J., *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 6.
- Łętowska E., *Charakter odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy wykonywaniu funkcji publicznych i jej stosunek do odszkodowawczej odpowiedzialności kodeksowej*, w: Z. Radwański (red.), *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979.
- Parchomiuk J., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za legalne działania administracji publicznej*, Warszawa 2007.
- Pipes R., *Własność a wolność*, Warszawa 2000.
- Pipes R., *Własność jako instytucja*, w: L. Balcerowicz (red.), *Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, Poznań 2012.
- Shleifer A., *Własność państwowa a własność prywatna*, w: L. Balcerowicz (red.), *Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, Poznań 2012.
- Stelmasiak J., w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego, Vol. 7: Prawo administracyjne materialne*, Warszawa 2017.
- Wiśniewski T., w: G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia: Zobowiązania, Vol. 1*, Warszawa 2002.
- Woś T., *Wywłaszczenie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2007.

## THE SCOPE OF JUST COMPENSATION FOR COMPULSORY ACQUISITION OF THE REAL PROPERTY OWNERSHIP

## Abstract

Expropriation of real estate is connected with the necessity to pay compensation. Such a necessity results directly from Article 21 para. 1 of the Constitution of the Republic of Poland, which stipulates that expropriation may be allowed solely for public purposes and for just compensation. The concept of just compensation has not been normatively defined. The binding regulations stipulate the rules and procedure of determining compensation. In its basic scope, it is a solution adopted in law before the changes of the social and political system that took place after 1989, i.e. before the Constitution of the Republic of Poland entered into force. In this context, there are many theoretical and practical problems connected with defining the amount of compensation, and first of all, its scope. In other words, legal regulations do not explicitly resolve the issue whether just compensation is only the one which covers the actual, real loss, thus a market value of the real estate, or the one which includes lost profits, i.e. the profits that the property title would gain in future if it was within the area of the influence of the given entity. In jurisprudence and jurisdiction no clear solution to this problem was offered, thus the article deals with this aspect, indicating the imperfections and insufficiency of the existing special regulation evaluated from the perspective

of the principles defined in the Constitution. The basic assumption presented on the basis of the considerations of the law in force is that just compensation as a condition for expropriation should also take into account the right level of protection of the real estate ownership, which can take place only if such ownership has actual economic significance.

Key words: expropriation, just compensation, real harm, lost profits, value of the expropriated right

## ZAKRES SŁUSZNEGO ODSZKODOWANIA ZA PRZYMUSOWE PRZEJĘCIE WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI

### Streszczenie

Wywłaszczenie nieruchomości wiąże się z koniecznością wypłaty odszkodowania. Taki obowiązek wynika wprost z art. 21 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że wywłaszczenie jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy dokonywane jest na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Pojęcie słusznego odszkodowania nie zostało normatywnie określone. Obowiązujące przepisy przewidują zasady i tryb ustalania odszkodowania. W zasadniczym ujęciu jest to rozwiązanie przyjęte w prawie jeszcze przed zmianą systemu społeczno-politycznego, jaka dokonana się po 1989 roku, a więc przed wejściem w życie Konstytucji RP. Na tym tle rodzi się wiele problemów teoretycznych i praktycznych związanych z określeniem wysokości odszkodowania, a przede wszystkim – z jego zakresem. Inaczej rzecz ujmując, przepisy prawa nie rozstrzygają jednoznacznie, czy słuszne odszkodowanie to tylko takie, które obejmuje faktyczną, rzeczywistą stratę, zatem wartość rynkową nieruchomości, czy też takie, w którego skład powinny wchodzić utracone korzyści, a więc zyski, jakie przyniosłoby prawo własności w przyszłości, gdyby było w sferze oddziaływania podmiotu. W nauce i orzecznictwie ten problem nie znalazł jednoznacznego rozwiązania, a zatem artykuł podejmuje te zagadnienia, wskazując na ułomność i niedostatek istniejącej regulacji szczególnej, ocenianej z perspektywy zasad określonych w Konstytucji. Podstawowym założeniem prezentowanym na kanwie rozważań nad obowiązującym prawem jest to, że słuszne odszkodowanie jako warunek wywłaszczenia powinno uwzględniać również wartość utraconych korzyści, gdyż jedynie przy takim założeniu można osiągnąć należyty poziom ochrony własności nieruchomości, co może nastąpić tylko wtedy, gdy ta własność będzie miała rzeczywiste ekonomiczne znaczenie.

Słowa kluczowe: wywłaszczenie, słuszne odszkodowanie, rzeczywista szkoda, utracone korzyści, wartość wywłaszczonego prawa

## ÁMBITO DE JUSTIPRECIO POR LA EXPROPIACIÓN FORZOSA DE UN INMUEBLE

### Resumen

La expropiación forzosa de un inmueble está relacionado con la necesidad de pagar el justiprecio. Tal obligación resulta directamente del art. 21 ap. 1 de la Constitución de la República de Polonia que prescribe que la expropiación forzosa es admisible sólo cuando se efectúa con fines públicos



y contra el justiprecio. El concepto de justiprecio no ha sido definido normativamente. En su planteamiento básico es una solución adoptada en el derecho antes del cambio del sistema social-político que se efectuó tras el año 1989, o sea antes de la entrada en vigor de la Constitución de la República de Polonia. Surgen muchos problemas teóricos y prácticos relacionados con la determinación del importe de justiprecio y sobre todo con su alcance. Dicho de otra manera, la regulación no resuelve si el justiprecio sólo incluye la pérdida real, o sea el valor del mercado del inmueble, o si incluye también el lucro cesante, o sea los beneficios que generaría el derecho de propiedad en el futuro, si perteneciese al sujeto. La doctrina y la jurisprudencia no resuelve de manera uniforme este problema, por lo tanto el artículo trata de estas cuestiones, señalando la insuficiencia y pobreza de la regulación especial existente, valorada desde la perspectiva de los principios plasmados en la Constitución. La premisa básica presentada a la luz del derecho vigente parte de que el justiprecio, como la condición de la expropiación forzosa, debería incluir también el valor de lucro cesante, ya que sólo entonces se puede conseguir el nivel adecuado de la protección de propiedad de inmueble, lo que tiene lugar sólo cuando la propiedad representará la importancia económica real.

Palabras claves: expropiación forzosa, justiprecio, daño real, lucro cesante, valor de derecho expropiado

#### РАЗМЕР СООТВЕТСТВУЮЩЕЙ КОМПЕНСАЦИИ ЗА ПРИНУДИТЕЛЬНЫЙ ЗАХВАТ ИМУЩЕСТВА

##### Резюме

Принудительное отчуждение недвижимости предполагает выплату компенсации. Это обязательство напрямую касается ст. 21 п. 1 Конституции Республики Польша. В данной статье предусматривается положение, что отчуждение допустимо только в том случае, когда оно осуществляется для общественно полезных целей и справедливой компенсации. Понятие справедливой компенсации не получило своего нормативного определения. В действующих положениях предусматриваются принципы и порядок определения размера компенсации. Согласно базовому подходу, это является решением, принятым в законодательстве ещё до реформы общественно-политической системы, которая имела место после 1989 года, то есть до вступления в силу Конституции Республики Польша. В данном контексте возникает множество теоретических и практических проблем, связанных с определением размера компенсации, и прежде всего ее объёма. Другими словами, правовые нормы не позволяют установить однозначным образом, учитываются ли при определении справедливой компенсации фактический, действительный ущерб, аналогичный рыночной стоимости недвижимости; или же необходимо принимать во внимание упущенную прибыль, а следовательно, ту прибыль, которая гарантировала бы право собственности в будущем, если бы она находилась в рамках сферы влияния субъекта. Как в теории, так и в судебной практике, упомянутая проблема не решена окончательно и однозначно, вследствие чего в статье рассматриваются связанные с этим вопросы, с указанием на ущербность и недостатки существующего специального регулирования, оцениваемого с точки зрения принципов, определяемых в Конституции.

Основное предположение, представленное на основе рассуждений относительно действующего законодательства, исходит из предпосылки, что при определении размера справедливой компенсации как условия отчуждения следует учитывать также размер упущенной прибыли, так как только при таком подходе можно достичь надлежащего уровня защиты прав собственности на недвижимость, который может считаться обоснованным, если эта собственность имеет реальное экономическое значение.

Ключевые слова: отчуждение, справедливая компенсация, фактический ущерб, упущенная прибыль, стоимость отчуждаемого права.

## UMFANG GEBÜHRENDER ENTSCHÄDIGUNG FÜR ZWANGSMÄSSIGE IMMOBILIEN-ÜBERNAHME

### Zusammenfassung

Die Immobilienenteignung ist mit der Erforderlichkeit einer Entschädigungsbezahlung verbunden. Solch eine Pflicht ergibt sich direkt aus Art. 21 Abschn. 1 des Grundgesetzes (GG) der Republik Polen, welcher bestimmt, dass eine Enteignung nur dann möglich ist, wenn es für öffentliche Zwecke und entgegen einer richtigen Entschädigung erfolgt. Der Begriff einer rechten Entschädigung wurde bislang normativ nicht bestimmt. Die geltenden Vorschriften sehen die Prinzipien und den Modus einer Entschädigungsbestimmung vorher. In ihrer Grundfassung ist das eine Lösung rechtlich angenommen noch vor der gesellschaftlich-politischen Systemänderung stattgefunden nach 1989, demnach vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes der Republik Polen. Auf diesem Gebiet werden zahlreiche theoretische und praktische Probleme erwogen, verbunden mit der Feststellung (Evaluierung) der Entschädigungshöhe, aber vor allem deren Umfangs. Andererseits dirimieren die Rechtsvorschriften nicht eindeutig, ob rechte Entschädigung eine solche ist, welche einen tatsächlichen, wirklichen Verlust umfasst, ergo den Immobilienmarktwert, oder vielleicht auch eine solche, welche entgangene Benefits, also auch Profite beinhaltet, eben solche Profite, welche durch das Eigentumsrecht künftig hätten generiert werden können, falls diese im Bereich der Subjektwirkung gewesen wäre. Weder in der Wissenschaft, noch in der Rechtsprechung, hat dieses Problem keine eindeutige Lösung gefunden, ergo berührt dieser Artikel die vorliegenden Angelegenheiten, die Gebrochenheit und den Mangel an vorhandener Sonderregulation, die von Seiten der GG-Prinzipien einzuschätzen und abzuwägen sind. Die Hauptvoraussetzung vorgeführt anhand Erwägungen über das geltende Recht setzt voraus, dass eine rechte Entschädigung als Enteignungsbedingung auch den Wert entgangener Profite und Nutzen berücksichtigen soll, weil ausschließlich unter einer solchen Voraussetzung ein gebührendes Schutzniveau des Immobilieneigentums erzielt werden kann, was nur dann stattfinden kann, wenn dieses Eigentum eine tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung ausweisen wird.

Schlüsselwörter: Enteignung, rechte Entschädigung, tatsächlicher Schaden, entgangene Profite und Nutzen, Enteignungswert

## LA PORTÉE DE JUSTE COMPENSATION POUR LA PRISE DE CONTRÔLE FORCÉE DE LA PROPRIÉTÉ

## Résumé

L'expropriation de biens immobiliers implique le versement d'une indemnité. Cette obligation est strictement basée sur l'article 21 paragraphe 1 de la Constitution de la République de Pologne, qui stipule que l'expropriation n'est autorisée que si elle est faite à des fins publiques et moyennant une juste compensation. Le concept de juste compensation n'a pas été défini de manière normative. Les dispositions applicables prévoient des règles et une procédure pour la détermination du montant de la compensation. Dans son approche fondamentale, il s'agit d'une solution juridique adoptée avant le changement de système social et politique intervenu après 1989, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la République de Pologne. Dans ce contexte, de nombreux problèmes théoriques et pratiques se posent concernant la détermination du montant de la compensation et, surtout, de son étendue.

En d'autres termes, la loi ne détermine pas explicitement si une juste compensation couvre uniquement la perte réelle, donc la valeur marchande du bien immobilier, ou qui devrait inclure la perte de profit, et donc le bénéfice qui donnerait le droit de propriété à l'avenir s'il était dans la sphère d'influence de l'entité. En science et dans la jurisprudence, ce problème n'ayant pas trouvé de solution définitive, l'article aborde ces problèmes en soulignant l'imperfection et les faiblesses de la réglementation spéciale existante, évaluée du point de vue des principes énoncés dans la Constitution. L'hypothèse présentée sur la base de considérations relatives au droit applicable suppose qu'une juste compensation, en tant que condition d'expropriation, devrait également tenir compte de la valeur des profits perdus, car seule cette hypothèse permet d'atteindre un niveau de protection de la propriété adéquat, ce qui ne peut se produire que si cette propriété a une importance économique réelle.

Mots-clés : expropriation, juste compensation, dommages réels, pertes de profits, valeur du droit exproprié.

## PORTATA DELL'EURO COMPENSO PER L'ACQUISIZIONE FORZATA DI PROPRIETÀ

## Sintesi

L'espropriazione immobiliare è legata alla necessità di pagare un compenso. Tale obbligo deriva direttamente dall'articolo 21. paragrafo 1 della Costituzione della Repubblica di Polonia, che stabilisce che l'espropriazione è consentita solo se effettuata per scopi pubblici e con un equo compenso. Il concetto di equo compenso non è stato definito a livello normativo. Le disposizioni vincolanti prevedono norme e procedure per la determinazione del compenso. Nel suo approccio di base, si tratta di una soluzione adottata nella legge anche prima del cambiamento del sistema sociale e politico avvenuto dopo il 1989, ossia prima dell'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica di Polonia. In questo contesto, sorgono molti problemi teorici e pratici relativi alla determinazione dell'importo del compenso e, soprattutto, alla sua portata. In altre parole, le disposizioni di legge non determinano in modo inequivocabile

se l'equo compenso sia tale da includere solo le perdite effettive e reali, quindi il valore mercantile degli immobili, o tali, che dovrebbero includere lucro cessante, vuol dire i profitti che il diritto di proprietà porterebbe in futuro se fosse nella sfera di influenza del soggetto. Nella scienza e nella giurisprudenza questo problema non ha trovato una soluzione univoca, per cui l'articolo affronta tali questioni, evidenziando la debolezza e la carenza della normativa specifica esistente, valutata dal punto di vista dei principi stabiliti nella Costituzione. L'ipotesi principale presentata sulla base di considerazioni sul diritto vincolante parte dal presupposto che l'equo compenso, in quanto condizione di espropriazione, dovrebbe tenere conto anche del valore dei mancati profitti, perché solo con tale presupposto si può raggiungere un adeguato livello di protezione della proprietà immobiliare, il che può avvenire solo quando questa proprietà.

Parole chiave: espropriazione, equo compenso, danno effettivo, lucro cessante, valore del diritto espropriato

Cytuj jako: Czarnik Z., *The scope of just compensation for compulsory acquisition of real property ownership* [Zakres słusznego odszkodowania za przymusowe przejęcie własności nieruchomości], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 2, s. 211–228. DOI:10.26399/iusnovum.v13.2.2019.23/z.czarnik

Cite as: Czarnik, Z. (2019). 'The scope of just compensation for compulsory acquisition of real property ownership'. *Ius Novum*, vol. 13 (2): 211–228. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.23/z.czarnik

---

# IMPACT OF DIFFERENCES IN LEGAL RISK ASSESSMENT ON COMPLIANCE NORMS IN MULTINATIONAL CORPORATIONS\*

---

TOMASZ BRAUN\*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.24/t.braun

## 1. VARYING LEGAL RISKS MANAGEMENT AND CREATION OF COMPLIANCE NORMS

The differences in methods of creating internal regulations observed in various corporations stem not only from legal differences, but also from different methods of estimating legal compliance risks adopted by them. These estimations are made on the basis of quantitative methods. There the legal risks management is based on continuous measurements. While performing such measurements, it is assumed that any risks accompanying activity of corporations, including non-compliance risks should be assessed similarly as it is done in the case of other operational risks.<sup>1</sup> Namely, it is based on two basic parameters: probability of occurrence and the severity of impact. The probability of an unwanted future occurrence is reflected in percentage terms based on the estimations of experts (best guess approach). Its analysis is made on the basis of historic observations considering the recorded past events. The impact of foreseeable consequences, on the other hand, is measured on

---

\* Artykuł oryginalnie w języku angielskim

\*\* PhD, Deputy Rector for International Cooperation of Lazarski University in Warsaw, attorney-at-law and long-standing member of the management board, head of legal divisions of global financial corporations, partner of multinational legal firms; e-mail: t.braun@lazarski.edu.pl; ORCID: 0000-0003-0141-4929

<sup>1</sup> Interestingly, some researchers indicate there are other, less measurable, factors influencing the risk profiles of companies. This article refers to the cultural differences as one of the groups of these factors to be taken into account. It does not refer, however, to other factors, like e.g. the individual characteristics of leaders that equally could be factored into the analysis of this matter. See J.B. Delgado-García, J.M. De La Fuente-Sabaté, E. De Quevedo-Puente, *Too Negative to Take Risks? The Effect of the CEO's Emotional Traits on Firm Risk*, *British Journal of Management* Vol. 21, No. 2, 2010, pp. 313 ff.

the basis of the magnitude of potential losses that could be suffered by the corporation if an unwanted occurrence took place.<sup>2</sup>

Another key question for this kind of analyses refers to culture-related differences in the degree of acceptance of a risk level.<sup>3</sup> The lack of acceptance of a high level of risk entails the necessity of creating mitigating mechanisms which decrease its probability and impact.<sup>4</sup> The size of this risk acceptance primarily has been universally jargonized and then adopted into the official language as a risk appetite, i.e. the level of the accepted risk. Consequently, this legal risks acceptance or appetite influences the decisions on the types of risk mitigations to be applied.

Therefore, analysing the impact that cultural differences may have on the method of creating compliance norms refers to the tradition of legal cultures, yet not only.<sup>5</sup> The characteristics for various geographies have to be taken into account as well as the individually appropriate readiness, unique for each corporation that decides upon the particular types of risks it is ready to take.<sup>6</sup> Be it the risk of non-compliance with the normative environment or just the risk of suffering reputation losses. For multinationals operating simultaneously on multiple markets, it is the geographical division based on different legal systems in differing jurisdictions together with their particularities that are the criteria of thorough legal risks assessment.<sup>7</sup> One but not a sole variable that is taken into account in this equation is the probability of the infringement of binding regulations. Actually, this becomes the key element in the decision-making process that needs to be taken into account while researching the complexity of this issue.<sup>8</sup>

### 1.1. GENERAL FACTORS INFLUENCING THE PROCESS OF CREATING COMPLIANCE NORMS

Varying legal customs and cultures have an undeniable impact on the process of creating any norms in general. They also influence the way the compliance norms are created. They relate to the norm-creation process in different ways and refer to:

---

<sup>2</sup> For more on legal and compliance risk monitoring and management, see E.I. Brick, N.K. Chidambaran, *Board Monitoring, Firm Risk, and External Regulation*, *Journal of Regulatory Economics* Vol. 33, No. 1, 2008, p. 87 ff.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 104 ff.

<sup>4</sup> M. Faure, *Tort Law and Economics*, Cheltenham 2009, p. 444.

<sup>5</sup> L. Bebchuk, A. Cohen, A. Farrell, *What Matters in Corporate Governance?*, *Review of Financial Studies* Vol. 22, No. 2, 2009, p. 785.

<sup>6</sup> The relation between company risk management in the context of complex multinational and multicultural structures and the way these corporates are organized is a subject of separate thorough studies conducted by numerous authors. This article only briefly mentions the topic but does not aim to focus on it. For more specific texts on this subject, see S. Mathew, S. Ibrahim, S. Archbold, *Corporate Governance and Firm Risk*, *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society* Vol. 18, No. 1, 2018, p. 57. Also see L. Laeven, R. Levine, *Bank Governance, Regulation and Risk Taking*, *Journal of Financial Economics* Vol. 93, No. 2, 2009, p. 263.

<sup>7</sup> See P.J. Gallo, L.J. Christensen, *Firm Size Matters: an Empirical Investigation of Organizational Size and Ownership on Sustainability-Related Behaviors*, *Business and Society* Vol. 50, No. 2, 2011, pp. 325–328.

<sup>8</sup> J.H. Bracey, *Exploring Law and Culture*, Long Grove 2006, p. 121 ff.

- a) identifying the areas that should be regulated;
- b) stating whether already existing regulations apply to the market, in which a given organization operates, are complete or whether they require an additional subsidiary regulation with corporate norms;
- c) assessing the way in which the regulation should be introduced (e.g. how casuistic the compliance norms should be, what form they should take, what kind of internal normative act is the most appropriate for regulating a given issue);
- d) adjusting compliance norms in a way that most effectively ensures that these norms are successfully applied (e.g. in what way they should be promulgated and published, how to inform about them and educate with regard to their content, but also in what way it should be decided whether and how the sanctioning of their application should be regulated);
- e) establishing the way in which the interpretation of norms and the elimination of possible inconsistencies in their understanding and application should take place (e.g. what the most appropriate interpretation principles of understanding their content in accordance with the intention of the corporations creating them are.<sup>9</sup> In the case of corporate compliance norms, systemic interpretation rules are of bigger importance than the linguistic interpretation as well as more information whether and to what extent authentic interpretations are applied).

The observations on the impact of cultural legal differences on the method of creating compliance norms within the international corporations that operate simultaneously on multiple markets refer indirectly to such issues as defragmentation of law under intercultural conditions, conclusions on reflexive and responsive law and the problem of lack of clarity of the norms. The issue of creating compliance norms in a way that would ensure their effective use in international entities is connected in particular with the application of soft provisions considering intercultural conditions.<sup>10</sup> It is exactly for this purpose that the codes of ethics, different kinds of international and global standards, etc. are created internally in corporations.<sup>11</sup> On the one hand, they take into account the cultural specificity of given areas. On the other hand, they contribute to creating something that is referred to with the overused concept of corporate culture.<sup>12</sup> The impact of legal cultures is also important when it is necessary to remove natural conflicts with

---

<sup>9</sup> See R. Michaels, J. Pauwelyn, *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law*, [in:] T. Broude, Y. Shany (eds), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford 2011, p. 40.

<sup>10</sup> See L. Benton, *Law and Colonial Cultures*, Cambridge University Press: Cambridge 2002, p. 32 ff.

<sup>11</sup> E.J. Rudolph, *The Board Must Take the Lead in Establishing a Corporate Culture of Ethics and Compliance*, [www.corporatecomplianceinsights.com](http://www.corporatecomplianceinsights.com) (accessed on 3/11/2019). For a role of codification of intra-corporate rules for assurance of efficiency in homogeneous implementation of rules despite unequal compliance standards, see A. Zattoni, F. Cuomo, *Why Adopt Codes of Good Governance? A Comparison of Institutional and Efficiency Perspectives*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 16, No. 1, 2008 p. 7.

<sup>12</sup> J.B. Delgado-García, J.M. De La Fuente-Sabaté, E. De Quevedo-Puente, *Too Negative to Take Risks?...*, p. 322.

local provisions that consist in the necessity to harmonize the mode of operating of these corporations on different markets for their own interest and due to demands expressed by their regulators.<sup>13</sup>

## 1.2. CULTURE-RELATED MATTERS GOVERNED BY COMPLIANCE NORMS

The observations of the corporate compliance practices lead to the conclusion that different traditions and legal cultures may refer to very different understanding of the following issues:

- a) corporate governance,<sup>14</sup>
- b) approach to the necessity of ensuring the operation of a corporation in a transparent manner and assuring corruption prevention,
- c) ensuring efficient flow of information about clients and employees,<sup>15</sup>
- d) approach to the matter of Corporate Social Responsibility.<sup>16</sup>

The analysis of cultural differences in relation to the attention and importance they receive in the field of creating corporate compliance norms consists to a large extent of generalisations. These generalisations in the analysis of cultural differences in relation to legal norms involve certain simplifications. Still, despite their obvious flaws, all the generalisations are characterised by the three below-mentioned functions.

Firstly, they may be a point of reference to some adopted assumptions and interpretations. For example, the observations prove that corruptive acts in Nordic European countries will be construed and defined differently than corruptive acts in some Middle East or Asian countries.<sup>17</sup>

Secondly, they make it easier to foresee certain behaviour types. Due to that, they facilitate introducing norms that are appropriate and corresponding with the aim. This is an especially valid feature that concerns the interpretation and application of these norms.

---

<sup>13</sup> The difficulties in harmonising internal norms within corporations are also due to many other different reasons, see, e.g. G. Bierbrauer, *Toward an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism Between Kurds, Lebanese and Germans*, *Law and Society Review* Vol. 28, No. 2, 1994, pp. 243–264.

<sup>14</sup> R. Aggarwal, I. Erel, R. Stultz, R. Williamson, *Differences in Governance Practices Between US and Foreign Firms: Measurement, Causes and Consequences*, *Review of Financial Studies* Vol. 23, No. 3, 2009, p. 3140; W.H. Starbuck, *Why Corporate Governance Deserves Serious and Creative Thought*, *The Academy of Management Perspectives* Vol. 28, No. 1, 2013, p. 17.

<sup>15</sup> L. Bebchuk, A. Cohen, A. Farrell, *What Matters...*, p. 801 ff.

<sup>16</sup> Interestingly, this issue is currently of interest to shareholders, but also of media and other external entities to such an extent that banking institutions include information on it in their annual financial statements, next to financial reports, e.g. dozens of pages of the annual report of HSBC Holdings plc for 2013 are devoted to it. See HSBC Holdings plc., *Report of the Directors: Corporate Governance 2013*, pp. 329–371.

<sup>17</sup> For comments on understanding certain terms deeply rooted in the European legal cultures, see A. Sulikowski, *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 2878, 2006, p. 235 ff.



Thirdly, they help building self-consciousness both among persons appointed to apply these norms (this refers to the boards' members of corporations, lawyers, compliance officers), and among all other addressees thereof.<sup>18</sup>

The impact of cultural legal differences on individual compliance tasks relates to many areas regulated by internal corporate norms that include compliance metanorms regulating non-compliance risk assessment and norms introduced internally in the form of policies and procedures.<sup>19</sup> The non-compliance risk assessment is usually performed in corporations according to the formalised processes. They consist of discussions within the framework of committees on different organizational levels, they are regulated within the formalised analyses, they are stress-tested, properly measured, regularly reported, etc.<sup>20</sup> It has become a formal necessity as all elements that may impact the magnitude, probability of occurrence or financial results of a corporation have to be recorded, measured and reported.<sup>21</sup>

Moreover, from the business point of view, the non-compliance risk, as one of the elements of operational risk should be assessed in accordance with the methodology of assessing the operational risk adopted by a given corporation. To avoid a frequent deficiency that the general documentation referring to operational risk assessment may often be based on information that is insufficient for the application of the analysis of non-compliance risk management, a separate methodology related specifically to the non-compliance risk assessment is often created. At the same time, compliance units' tasks include ensuring that the non-compliance assessment is consistent with the applied elements of assessment, control and regular monitoring of other operational risks and with the general risk assessment procedures.<sup>22</sup>

### 1.3. HARMONISING COMPLIANCE NORMS DESPITE CULTURAL DIFFERENCES

Ensuring the harmonisation of compliance norms despite differences or even against differences resulting from cultural diversities consists of establishing coherent rules of applying tools such as the above-mentioned compliance reports. These rules specify that it is necessary to identify all binding legal provisions, whose application may encounter obstacles as a result of which a substantial non-compliance risk may occur.<sup>23</sup> Identification of these provisions leads to recording them in compliance

<sup>18</sup> See R. Cotterell, *The Concept of Legal Culture*, [in:] D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Brookfield 1997, p. 15 ff.

<sup>19</sup> B. Roach, *A Primer in Multinational Corporations*, [in:] A.D. Chandler, B. Mazlish (eds), *Leviathans: Multinational Corporations and the New Global History*, Cambridge University Press: Cambridge 2005, pp. 21–23.

<sup>20</sup> I.E. Brick, N.K. Chidambaram, *Board Meetings, Committee Structure, and Firm Value*, *Journal of Corporate Finance* Vol. 16, No. 4, 2010, pp. 533–553 *passim*.

<sup>21</sup> D. Diavatopoulos, A. Fodor, *Does Corporate Governance Matter for Equity Returns?*, *Journal of Accounting and Finance* Vol. 16, No. 5, 2016, p. 39 ff.

<sup>22</sup> C. Mallin, *Corporate Governance*, 4<sup>th</sup> edn, Oxford University Press: Oxford 2013, p. 51 ff.

<sup>23</sup> Apart from the subject of analysis of this paper, there are other supra-regional factors having influence on corporations in different jurisdictions. One of such factors is the supervisory role of the regulators with regard to the issues systemically important for the appropriate

reports or in other similar documents that strive to map all relevant non-compliance risk areas. It is the accountability of companies being part of the multinationals and ultimately of the mother companies to ensure that these documents fairly reflect the relevant risks of the areas in which they render services, that they are complete and consistent with the actual state of affairs.<sup>24</sup> These documents are subsequently presented to the appropriate global compliance structures that after the collection of such summaries are able to make a comprehensive assessment whether the whole group operates in compliance with the binding legal and regulatory provisions.<sup>25</sup> These documents include also information allowing them to perform internal controls encompassing the assessment of significant non-compliance risks.

Creating and updating these documents that include compliance reports is an important part of compliance employees' obligation regardless of the fact that their obligations in this respect are much broader and more comprehensive.<sup>26</sup> They consist in supporting individual business specialists in matters related to compliance with legal provisions taking into consideration the local cultural diversities and conditions. It is delivered through the direct involvement in creating compliance norms, performing control activities, monitoring, reporting, etc.

Thus, the scope of obligations of compliance officers in multinational corporations comprises the non-compliance risk assessment. It mainly refers to these areas of corporations' activities that are supported by and ascribed to them. Still, these areas may have their cultural specificity. All the risks the management of which was entrusted to the compliance units are identified and assessed with the aim of planning appropriate preventive measures or measures minimising their consequences if they materialise. According to the procedures created in corporations, such assessments of non-compliance risk are documented and periodically reviewed in order to ensure that the identified risks are complete and their rating remains updated.<sup>27</sup>

There is an expectation that the risk assessment is reviewed each time when such a need arises, namely in the situation of poor results discovered by external controls, negative outcome of compliance reviews, and unsatisfactory assessments resulting from reports prepared by internal or external auditors. These assessments are detailed to the extent that they enable identifying areas requiring particular approach and focusing on matters that need specific attention. Analyses show that the most frequent example applies to compliance with anti-money laundering provisions.

---

operating in the territory of the European Union. See further on the subject in M. Fedorowicz, *Nadzór na rynkiem finansowym w Unii Europejskiej*, Warsaw 2013, p. 379 ff.

<sup>24</sup> J.V. Frias-Aceituno, L. Rodríguez-Ariza, I.M. García-Sánchez, *Is Integrated Reporting Determined by a Country's Legal System? An Exploratory Study*, *Journal of Cleaner Production* Vol. 44, 2013, p. 50.

<sup>25</sup> I. Love, *Corporate Governance and Performance around the World: What we Know and What we Don't*, *World Bank Observer* Vol. 26, 2011, p. 44.

<sup>26</sup> See, e.g. T.M.J. Moellers, *Sources of Law in the European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière*, *European Business Organisation Law Review* Vol. 3, No. 11, 2010, p. 379 ff.

<sup>27</sup> P.R. Wood, *International Legal Risk for Banks and Corporates*, London 2014, p. 97.

Importantly, the core of such processes of harmonisation of the compliance approach consists of the introduction of regularity despite differences.<sup>28</sup> The efficiency of the process requires that such actions should not take place on a one-off basis. There are areas that involve particular care and a structured approach due to either the economic interest of corporations or the recommendations of regulators. These comprise diligence in relation to client service, particular attention to high risk clients (including dealing with politically exposed persons) and monitoring the suspicious transactions.

To cope with the cultural differences, it is assumed that each kind of activity should be described in detail in instructions and procedures in order to ensure unified non-compliance risk management despite differences stemming from particularities of specific markets. The responsibility for applying compliance requirements introduced in corporations and for assuring their application as stated in instructions, procedures and other forms of compliance regulations practically rests within the management of corporations. In practice it means both: ensuring that the companies and their employees act in compliance with these norms and that these regulations are easily accessible for all addressees. This also means the employees, contractors and business partners are properly trained in regard to the scope of the content of these regulations and that they are aware of requirements imposed on them. Simultaneously, it remains the responsibility of compliance officers, who know the cultural and market specificity of a given area, to secure that the management, that includes the formal boards of a corporation, have appropriate control mechanisms at their disposal in order to ensure that these norms are in compliance with the binding legal provisions. In this case, the verification takes place also periodically, that is together with the regularly performed assessments, monitoring and reviews.<sup>29</sup>

The requirements referring to the manner of conducting activity and maintaining compliance are included in coherent sets of procedures of the structure that may be applied in the daily work.<sup>30</sup> Although the concept of one set of procedures is usually a recommended solution, decisions that recommend creating separate procedures with reference to individual compliance areas are often taken due to practical reasons. It is also an obligation of the compliance officers to ensure that managements of corporations are timely notified of necessary updates of compliance regulations both due to the pace of changes taking place within the corporations themselves and due to changes within their legal and regulatory environment.

---

<sup>28</sup> M.A. Glynn, *Review of "The Institutional Logics Perspective: a New Approach to Culture, Structure and Process (by Thornton, Ocasio & Lounsbury)"*, *Administrative Science Quarterly* Vol. 58, No. 3, 2013, pp. 493–495.

<sup>29</sup> S.A. Zahra, J.A. II Pearce, *Boards of Directors and Corporate Financial Performance: a Review and Integrative Model*, *Journal of Management* Vol. 15, No. 2, 1989, p. 291 ff.

<sup>30</sup> There are also exceptions, such as areas in which certain compliance procedures do not lie within the scope of everyday activities, an example being private securities transactions made by bank employees.

## 2. DIFFICULTIES IN APPLYING COMPLIANCE NORMS DUE TO CULTURAL DIFFERENCES

The complexity of the analysis of compliance norms in international companies results also from the fact that cultural differences play a particular role not only in their creation, but also in the approach to applying these norms.<sup>31</sup> Namely, the same terms may convey a completely different meaning in different legal cultures and similarly in different cultures in general.<sup>32</sup> Therefore, it is equally important to use appropriate terms as it is to take into account the cultural context while applying them. Multinational corporations often propose in their interpretation rules to use common sense while formulating guidelines regarding the application of these norms.<sup>33</sup> This approach is meant to enable them to partly minimise cultural differences present in various jurisdictions where they operate.<sup>34</sup> Therefore, apparently, despite of the fact that the term “common sense” is not a juridical one, it is widely used in the practice of interpreting norms created within international corporations.<sup>35</sup> As it turns out, applying unified rules based on the common understanding of certain terms regardless of cultural differences appears to be the easiest but also the most helpful interpretation hint.

As a simple example of a tool supporting the first signs of legal or compliance risks assessment is a commonly known warnings of “too – to” directed to employees. The practical examples of use of such rules are “too hot to handle”, “too good to be true”, etc. However, anecdotally, some expressions that have made a career recently regarding banks not coping well with the latest crisis, like “too big to fail”, did not become a universal interpretation rule. The condition for their effectiveness is the existence of legal and compliance risks management and control mechanisms.<sup>36</sup> Theoretical difficulties with the application of compliance rules due to cultural differences presented in this article refer to the individual types and methods of harmonisation of their application irrespective of cultural differences within given multinational corporations.

---

<sup>31</sup> The difficulty in application of compliance despite the cultural specificities is not new and can be universally observed across and regardless the industries. See P.J. Robertson, J.V. Speier, *Organizing for International Development: a Collaborative Network-Based Model*, International Journal of Technical Cooperation Vol. 4, No. 2, 1998, p. 169.

<sup>32</sup> For cultural differences in understanding changes taking place in law in connection with frequent withdrawals of countries from their traditional role and global commercial organizations taking over their place, see A.C. Aman, *The Democracy Deficit: Taming Globalization Through Law Reform*, New York 2004, p. 139 ff.

<sup>33</sup> P.J. Robertson, J.V. Speier, *Organizing for International Development...*, p. 175.

<sup>34</sup> See J. Winczorek, *Systems Theory and Puzzles of Legal Culture*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* No. 1(4), 2012, p. 106 ff.

<sup>35</sup> A “common sense test” term is used in the practice of interpretation of corporate norms comprising recommendations of specified actions for the assessment of which such recommendations should be announced in a given legal environment.

<sup>36</sup> See S. Schelo, *Bank Failing or Likely to Fail, [in:] Restoring Confidence. The Changing European Banking Landscape*, London 2014, p. 23.

## 2.1. CULTURE-RELATED DIFFICULTIES IN APPLYING COMPLIANCE NORMS

The analysis of the influence of legal cultures on application of compliance norms indicates a closer look at the difficulties related to the same issues which have been previously listed as those relating to difficulties in formulating these norms.<sup>37</sup> Seven types of issues presented below describe the identified difficulties.

The first of them refers to compliance recommendations related to building corporate governance and organizational structure inside companies being part of a capital group.<sup>38</sup> In companies within the common law jurisdictions there is one board being the main directing body, in the framework of which their members possess executive or non-executive competences.<sup>39</sup> Therefore, they perform various functions, with various engagement expected, including their participation in boards' committees.<sup>40</sup> The differences apply also to the understanding of responsibilities of persons performing similar roles within different local structures with respect to regional structures and vice versa – regional ones with respect to global structures.<sup>41</sup>

A distinctive example illustrating difficulties with the unified application of the same compliance norms, depending on cultural aspects is the whole range of issues related to the corruption prevention. Influence peddling, i.e. accepting unlawful benefits in exchange for rendering certain services or rendering them in a way that is in line with the expectations of the person offering these benefits, may be regarded as a criminal activity not only in a situation when none of the parties is a public entity. It is always so when the result turns to the detriment of other entities and

---

<sup>37</sup> Considerations on different functions that law has, depending on cultural legal traditions, are separate and remaining outside of the scope of this analysis, although indirectly connected with this matter. Regarding in particular the communicative function, including the function of programming and coding social behaviour through legal rules under the analysed cultural conditions, see N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford 2004, p. 173 ff.

<sup>38</sup> R. Bozec, Y. Bozec, *The Use of Governance Indexes in the Governance-Performance Relationship Literature: International Evidence*, Canadian Journal of International Sciences Vol. 29, No. 1, 2012, pp. 79–89.

<sup>39</sup> P. Andres, V. Azofra, F. Lopez, *Corporate Boards in OECD Countries: Size, Composition, Functioning and Effectiveness*, Corporate Governance: An International Review Vol. 13, No. 2, 2005, p. 201 ff. On the independence of non-executive board directors in the context of compliance assurance within corporates, see E.M. Fogel, A.M. Geier, *Strangers in the House: Rethinking Sarbanes-Oxley and the Independent Board of Directors*, Delaware Journal of Corporate Law Vol. 32, No. 32, 2007, pp. 33–72 *passim*.

<sup>40</sup> On the correlation between the board members' engagement and the overall results of companies, see: N. Vafeas, *Board Meeting Frequency and Firm Performance*, Journal of Financial Economics Vol. 53, No. 1, 1999, pp. 113 ff.; M.A. Valenti, R. Luce, C. Mayfield, *The Effect of Firm Performance on Corporate Governance*, Management Research Review Vol. 34, No. 3, 2011, p. 270.

<sup>41</sup> About the importance of rethinking the role of appropriate structuring of corporations' layers and the scope of accountabilities in particular in relation to their responsibilities before the shareholders and the companies themselves, see: W.H. Starbuck, *Why Corporate Governance...*, p. 19. On other examples of local-regional and regional-global levels manifesting in interpretation of corporate social responsibility policies within corporates and the discrepancies thereof, see: R. Streurer, A. Martinuzzi, S. Margula, *Public Policies on CSR in Europe: Themes, Instruments and Regional Differences*, Corporate Social Responsibility and Environmental Management Vol. 19, No. 4, 2012, pp. 15–21.

involves losses of shareholders or other market participants.<sup>42</sup> The understanding of the same terms may, however, be completely different in such a case. Therefore, it is important to create clear guidelines with regard to the benefits that must not be accepted in a given situation, that may be accepted and that actually ought to be accepted.<sup>43</sup>

Similarly, compliance norms relating to the issue of exchanging information between entities belonging to the same capital group are differently construed and applied within the same corporation. Especially, this is the case if these are the entities or at least the higher-ranked representatives of those entities who perform functions at a decision-making level of the organizational structure. The issue refers also to the exchange of information concerning clients, which in case of certain types of entities (e.g. financial institutions) involves particularly sensitive data, and to information on the rules of cooperation with the clients.

Relations with investors, media, suppliers and third parties in general are the areas where the manner of applying internal corporate norms differ within the same capital group due to cultural legal differences. Examples of such areas include media treated as a significant partner of public trading, deserving reliable and possibly complete information regarding the matters which may be subject to information requests. This is the case in jurisdictions where democratic rules of law are well established and applied. However, this matter looks completely different in the countries where political systems are characterised by deficiency of democracy and where transparent information for a wider public is not a commonly adopted standard.

Similarly, as in the case of relations with media, the approach to market regulators very often depends on the maturity of democratic institutions in a given jurisdiction and on the presence of a tradition of open cooperation between private sector companies and public administration. In mature jurisdictions, these relations are usually based on a partnership, consultations and allow lobbying within the clearly determined frameworks conducted in accordance with transparent legal rules. In the developing countries, usually the inequality in the relationship between a citizen and the state makes it impossible to shape the regulatory reality for the society's common good.

An element differing significantly, depending on the tradition and legal maturity of jurisdictions, is the approach to regulations which shape the relations between employees and employers. In global corporations, there is a tendency towards broadening interpretation of norms referring to the guarantee of employees' rights extended into involving employees in the consultation process regarding any matter that relates to the development of a company. At the same time, in many other corporations, including those acting on international markets, there are still appalling

---

<sup>42</sup> R. Bozec, M. Dia, *Governance Practices and Firm Performance: Does Shareholders' Proximity to Management Matter?*, International Journal of Disclosure and Governance Vol. 12, No. 3, 2015, pp. 185–209.

<sup>43</sup> Regarding cultural differences in understanding what is and what may not be in compliance with law, see, e.g. S.S. Silbey, *Legal Culture and Cultures of Legality*, [in:] J.R. Hall, L. Grindstaff, M.Ch. Lo (eds), *Handbook of Cultural Sociology*, London–New York 2010, p. 472.

practices of exploitation of employees, extortion of their absolute obedience or even limitation of their freedom through unacceptable practices, like for example confiscating their passports.<sup>44</sup> All in apparent accordance with provisions of internal norms binding these corporations.<sup>45</sup>

As much as in the case of interpretation of norms, cultural differences may also be reflected in the application of recommendations resulting from compliance norms adopted in international corporations. An example could be an approach to norms specifying recommendations concerning tasks within the scope of the Corporate Social Responsibility (CSR) and the impact of these norms on a company's image.<sup>46</sup> Still, it may also be otherwise: normative regulations specifying the activity of corporations in this area are a benchmark for a desired behaviour.<sup>47</sup> They may become the means of internalisation of values by the addressees of these norms and, thus, through the acceptance of normative obligations created by a corporation its activities are regarded as worth following.<sup>48</sup> Therefore, in spite of different cultural backgrounds the employees come from, behaviour that contributes to building a coherently positive image of the corporation which conducts socially responsible activity is promoted among them.<sup>49</sup>

Intricacies connected with the interpretation of norms in multicultural corporations were also noticed by the Basel Committee with regard to banks that operate in various countries within different legal jurisdictions. The Committee points out that in any such case there should be procedures of identifying and evaluating probability of non-compliance risk occurrence, including in particular the risk of reputational losses of a bank as a consequence of non-compliance with the compliance norms or their incorrect interpretation. This type of situation may take place when a bank offers products or when a bank decides to conduct activities in some of these areas

---

<sup>44</sup> Depriving employees of passports as a guarantee to ensure loyalty remains still a widely used practice in service centres of banks and other international corporations in some developing countries.

<sup>45</sup> Regarding limitation of employee and human rights by corporations participating in world trade, see M.B. Likosky, *The Silicon Empire: Law, Culture and Commerce*, London 2005, p. 185 ff.

<sup>46</sup> S. Shanahan, S. Khagram, *Dynamics of Corporate Responsibility*, [in:] G.S. Drori, J.W. Meyer, H. Hwang (eds), *Globalization and Organization. World Society and Organizational Change*, Oxford 2006, p. 196 ff.

<sup>47</sup> D. Prior, J. Surocca, J.A. Tribo, *Are Socially Responsible Managers Really Ethical? Exploring the Relationship Between Earnings Management and Corporate Social Responsibility*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 19, No. 3, 2008, pp. 160–177; J.P. Sánchez-Ballesta, E. García-Meca, *Ownership Structure, Discretionary Accruals and the Informativeness of Earnings*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 15, No. 4, 2007, p. 681.

<sup>48</sup> For more on the subject of growing Corporate Social Responsibility in the context of corporations' role as "global private authorities", shaping proactive social behaviour expected by themselves by means of normative instruments, see R. Shamir, *Corporate Social Responsibility*, [in:] B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez-Garavito (eds), *Law and Globalization from Below*, Cambridge 2005, p. 92 ff.

<sup>49</sup> Regarding the compliance role in building inner coherence of companies through the involvement of employees in CSR activities, see R. Hurley, X. Gong, A. Waqar, *Understanding the Loss of Trust in Large Banks*, *International Journal of Bank Marketing* Vol. 32, No. 5, 2014, p. 350 ff. For the French perspective on the same matter as confronted with the international context, see A.B. Antal, A. Sobczak, *Corporate Social Responsibility in France: a Mix of National Traditions and International Influences*, *Business and Society* Vol. 46, No. 1, 2007, pp. 9 ff.

that would not be permitted on the territory where it is headquartered. In spite of that, the banking groups striving to unify their offer, sometimes decide to introduce such offers on the markets where they are not permitted to do so. Frequently, the interpretation of compliance norms which provides for the possibility of conducting such activities is the way to ensure the uniformity of the offer. This type of practices is most common when the interpretation of compliance norms at the local level is transferred to the regional or global one.<sup>50</sup> The interpretation of compliance norms should, however, be treated as a fundamental sphere of compliance risk management within a corporation.

Often, some of the strictly defined, specific compliance tasks, mostly encompassing the activities indirectly related to the core of the company's activity, may be outsourced. Most often, this type of outsourcing is performed at a supra-local level. Then, entities conducting these activities are the subject of the proportionate oversight of local compliance units. Therefore, the whole responsibility for maintaining full compliance, including avoidance of misunderstandings with regard to the interpretation of compliance norms, remains as a core of the compliance management within the multicultural corporate environment.

## 2.2. ENSURING CONSISTENCY IN THE APPLICATION OF COMPLIANCE NORMS

To ensure consistency in the application of compliance norms, corporations operating in multiple countries establish procedures that ensure that personnel with substantive capabilities are appointed to positions within the compliance area. These personnel are granted the possibility of transferring information on any doubts with regard to an inappropriate application of these norms directly to the companies' boards.<sup>51</sup> Several most frequent types of situations in which consultations in this respect take place are presented below:

- a) The planned launch of new products or services or the change of a risk appetite described earlier or proposed change of target client base.
- b) The planned changes in the corporate or management structure of a corporation.<sup>52</sup>
- c) The planned implementation of a new or an amended legal or regulatory requirement.

---

<sup>50</sup> The complexity of sustaining uniformity in the interpretation of internal regulations increases along with the size of a company. Thus, the challenge is especially complex within the framework of global corporations. Contrary to this assumption, size and coverage of global companies may themselves be mitigators for misinterpreting risks. See more on the topic in F. Zona, A. Zattoni, A. Minichilli, *A Contingency Model of Boards of Directors and Firm Innovation: The Moderating Role of Firm Size*, *British Journal of Management* Vol. 24, No. 3, 2013, p. 299 ff.

<sup>51</sup> R.B. Adams, B. Hermlin, M.S. Weisbach, *The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: a Conceptual Framework and Survey*, *Journal of Economic Literature* Vol. 48, No. 1, 2010, pp. 58 ff.

<sup>52</sup> H.Y. Baek, D.R. Johnson, J.W. Kim, *Managerial Ownership, Corporate Governance, and Voluntary Disclosure*, *Journal of Business and Economic Studies* Vol. 15, No. 2, 2009 p. 46 ff.



- d) Other planned changes that may have at least an indirect impact on the current interpretation of compliance norms, such as outsourcing, when third parties that have not undergone the proper induction are to perform activities for a corporation that are related to its core operations.
- e) The occurring risk of regulatory infringements or situations in which regulatory bodies negatively assess certain type of activity of a corporation.
- f) Internal or external audit reports that indicate any kind of regulatory problems occurring with regard to the activity conducted by a corporation.
- g) An increased number of clients' complaints related to the withdrawal of certain products or entire types of activity by a corporation, which may indicate a non-compliance with certain legal provisions or infringement of internal compliance norms by employees.
- h) The occurring requirements of corrective actions or any other matters related to the reputational risk resulting from supervisory recommendations, or directly from legal provisions.

The compliance officers obliged to prepare annual plans and reports on the assessment of non-compliance risk usually refer in those reports to matters related to the observed application of compliance norms. These annual reports include proposed tasks with regard to the monitoring and control of the application of compliance norms together with the proposals of guidelines, procedures and planned trainings for employees with regard to the application of these norms. The content of those reports and plans is usually agreed on with the boards of corporations.<sup>53</sup> In practice, compliance units' tasks also comprise ensuring ample resources, including budgetary, human and technological ones and training plans necessary for the completion of the tasks in the action plans established to ensure the uniform application of the compliance norms.

Assuring uniformed application of the compliance norms within the various traditions and legal cultures is a complex task. Internal procedures referring to the rules of the functioning of compliance require not only presentation of periodical reports on the fulfilment of adopted plans. These procedures should also comprise information on the division of responsibilities to ensure the consistent application of compliance norms. An appropriate description of obligations of the management and other employees who have been entrusted with the obligations related to those matters should also be provided within those procedures.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> R.B. Adams, B. Hermalin, M.S. Weisbach, *The Role of Boards of Directors...*, pp. 73–75.

<sup>54</sup> The quotation from the internal (confidential) procedure regarding the ensuring of uniform application of compliance norms in one of international banks: "The compliance role is to support the management in fulfilling its obligations. It is connected with a proactive support in identification and assessment of risk, taking into account non-compliance risk, in monitoring, reporting and certification, as well as in promoting corporate culture based on the compliance with uniformly understood legal provisions and the optimization of relations with regulatory bodies."

### 3. DIFFERENCES IN INTERPRETING COMPLIANCE NORMS

In the practice of corporations operating on multiple markets, in case of a conflict of norms stemming from different jurisdictions, the choice of interpretation methods allowing one to determine the content of these norms that should be applied in an individually analysed situation becomes a particularly interesting matter. However, in a situation when a non-compliance cannot be eliminated as it stems from the contradicting dispositions resulting from the content of these norms and when it is impossible to establish a common and non-contradicting content for the norms that remain in such a conflict, this issue extends to the methods of taking a decision on which of these norms the organization should comply with.<sup>55</sup> In other words, the decision is taken which of these norms are predominant and apply in practice to the corporation activities. There are examples of complications resulting from culture-related conflicts of legal norms and supervisory regulations, and they represent problems with different interpretations of the same or similar notions. Methodological mistakes that consist in ignoring the cultural differences of multinational corporations result in inconsistencies in the common comprehension of the actual meaning of these norms.

#### 3.1. COMPLICATIONS RESULTING FROM THE CONFLICT OF LAWS AND SUPERVISORY REGULATIONS

International corporations conducting activity in multiple jurisdictions encounter conflicts of legal norms and supervisory regulations in multiple configurations.<sup>56</sup> The most typical of them is the one in which it is desirable from the point of view of the management of the whole capital group to introduce internal norms or to order the application of the existing norms that are inconsistent with legal norms binding in one or more jurisdictions on the territory of which the corporation conducts its activity. In consequence, lawyers and compliance officers, whose tasks are to ensure that the corporation remains compliant with the entire normative order, take numerous measures aimed at resolving the existing conflicts. When decisions that aim at selecting the interpretation of the content of various norms are taken, they refer to the available interpretation rules that would make it possible to resolve such conflicts.

In this context, it is worth analysing the approach to this issue from the point of view of the choice of interpretation rules and more precisely, their relevance. Despite

---

<sup>55</sup> Regarding the culture-forming power of decisions as to whether a provision of law is binding, see B. Maurer, *The Cultural Power of Law? Conjunctive Reading*, Law and Society Review Vol. 38, No. 4, 2004, p. 843 ff.

<sup>56</sup> Large multinational corporations adjusting their activity to local conditions change these conditions themselves, thus becoming regarded as more significant influence agents with regard to what currently global business trading is than politicians or international political organizations' structures. See J. Micklethwait, A. Wooldridge, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, Washington 2005, p. 159 ff.

a different content of conflicting norms, the reference to the available interpretation rules allows determining a uniform content that would enable the corporation to remain compliant with the entire normative order in a given area and also that would meet the requirements of the corporation management.<sup>57</sup>

On the other hand, not all the interpretation rules may be applied in this kind of situations to the same extent. This is different than in the case when the content of a given norm is simply ambiguous and other references have to be made to obtain a meaning free from ambiguities. In the case of a conflict of several norms, particularly belonging to different orders, not all of these references prove to be equally appropriate.

Deliberating on the tasks of the compliance units co-responsible for managing the major risks in corporations, one has to indicate that their key role and particularly complicated challenge consists of ensuring the conformity of their operations with all norms that apply to them. This concerns also situations in which conflicts of simultaneously binding norms occur. These take place when a decision on the method of interpreting the content of these norms or on the rejection of the application of certain norms cannot be resolved otherwise. Frequent cases of this type have a decisive impact on the direction of a corporation's activity.

### 3.2. COMPLICATIONS RESULTING FROM DIFFERENCES IN UNDERSTANDING OF THE SAME TERMS

The matter of complication of the above tasks recurs due to the fact that conducting complex activities the corporates operate within various jurisdictions, which implies that they are exposed to the risk of different understanding of the same content of the same or similar norms. Unavoidable conflicts may, therefore, result not only from the differences between the content of norms binding in different jurisdictions, the compliance with which is a premise of the activity conducted by corporations. Such conflicts may also stem from differences in the methods of interpretation of these norms, and more precisely from a different understanding of notions to which the content of these norms refers to.<sup>58</sup> Therefore, the role of selecting appropriate interpretation rules is so important in the compliance activity. In the light of the multiplicity of legal systems in which global corporations operate, the choice of interpretation rules is based on the criteria determined by a corporation. The most important of them is the criterion of practical use. This means that such interpretation rules have to be adopted that make it possible to eliminate potential contradictions or gaps originating from cultural diversity. The consequence of this kind

---

<sup>57</sup> Determining the uniform content of internal norms within a corporation has a direct impact on the efficiency of the management processes and the ultimate performance of the company. For more on this, see S. Bhagat, B. Bolton, *Corporate Governance and Firm Performance*, *Journal of Corporate Finance* Vol. 14, No. 3, 2008, pp. 257–273 *passim*.

<sup>58</sup> Regarding differences in the interpretation of similar legal norms in different jurisdictions, see W. Twining, *Social Science and Diffusion of Law*, *Journal of Law and Society*, Vol. 32, No. 2, 2005, p. 210 ff.

of interpretation measures is attaining the coherence of the normative framework of the corporation's activity. It is, therefore, worth having a closer look at the most commonly used interpretation rules according to the criterion of usefulness in relation to corporations operating in diversified legal cultures.<sup>59</sup>

The simple use of grammatical interpretation rules based on the analysis of the content of a norm resulting from a linguistic meaning of a normative utterance is rather limited. The difficulty in the case of grammatical interpretation rules results both from the fact of the multiplicity of languages in which the norms may be expressed and from the fact that the meaning of expressions used in norms is often related to their conventional content, which is strictly associated with a cultural context and given as a result of norm-setting measures under specific conditions of a given jurisdiction. Moreover, this conventional meaning may overlap with difficulties resulting from the multiplicity of languages itself. The inconsistency of understanding of the meaning of expressions that a norm comprises, stemming from the multiplicity of languages, results from the frequent inability to ascribe the same meaning to seemingly the same terms. This is due to the fact that assuming that certain expressions are identical is erroneous as a consequence of the prerequisite that translation means a faithful reflection of the entire content included in a denominated term. This, however, may not be correct.<sup>60</sup> Translation difficulties arise not only in the case of complex notions referring to definitions created by the doctrine and ruling practice (e.g. what a bribe is in some low transparency highly corrupted regimes and what it is in, say, Scandinavian countries), but also in the understanding of the basics for formulating utterances with normative modal verbs and expressions such as "should", "has to", "must", "has an obligation", "is obliged", etc. A precise translation of such expressions always requires some reference to legal cultural context.<sup>61</sup>

Functional interpretation rules may, on the other hand, be applied in the interpretation of norms with divergent meanings and stemming from different legal orders. However, the difficulty consists here, in the first place, of the fact that it is necessary to have a full knowledge of functions these norms should serve in order to be able to make their appropriate interpretation. This difficulty results from the fact that the functions for which these conflicting norms have been created may be difficult to identify or unclear. And even if clear, they may remain contradictory similarly to these norms whose interpretation by means of identifying the initial functions was supposed to be helpful. It is not uncommon that trying to eliminate a contradiction which initially appears while interpreting a norm, it turns out that the functions that were supposed to be fulfilled by these norms are completely

---

<sup>59</sup> Regarding contradictions in the practice of interpreting norms by social institutions, including business ones with respect to cultural differences, see: P. Ewick, S.S. Silbey, *The Structure of Legality: The Cultural Contradictions of Social Institutions*, [in:] R.A. Kagan, M. Krygier, K. Winston (eds), *Legality and Community*, Berkeley 2002, pp. 149–155.

<sup>60</sup> For more on the subject of the linguistic aspect of law, see J. Jabłońska-Bonca, *Wprowadzenie do Prawa. Introduction to Law*, Warsaw 2012, p. 28.

<sup>61</sup> See L. Rosen, *Law as Culture: An Invitation*, Princeton 2006, p. 76 ff; also L. Klapper, I. Love, *Corporate Governance, Investor Protection and Performance in Emerging Markets*, *Journal of Corporate Finance* Vol. 10, No. 5, 2004, pp. 705–707.

different. Thus, referring to these functional rules in this context does not facilitate the effective determination of the uniform content of these norms. It is similar in the case of purposive interpretation rules whose application, in theory, may and should be the most appropriate one. The difference being that in this case it is always necessary to clearly communicate the goal, i.e. the desirable effect that should be attained by individual entities of which the corporation is composed. Such communication is expected to lead to elimination of a contradiction and to introduce uniform interpretation of the same norm in different jurisdictions.

Systemic interpretation rules, on the other hand, could be applied here to a lesser extent. Unless the system itself, being a point of reference for the interpretation, is treated differently, i.e. as a whole set of all internal and external norms binding in all jurisdictions in which an individual entity operates, and applied with regard to this entity.

### 3.3. RISK-BASED INTERPRETATION OF COMPLIANCE NORMS

Under conditions of probable inconsistency in the understanding of norms that results from cultural factors described herein and from the high volatility of a corporation's legal environment, the interpretations aimed at eliminating inconsistencies are very often of creative nature. Analysing such an effect, it is worth referring to the phenomena described in the literature on creative interpretation. There are several situations when the constitutive theory of the interpretation is applied by courts in which such interpretation may be of creative nature, at the same time these situations are not the only ones that may be identified. These are: interpretation of legal terms, interpretation of open terms, broadening and restrictive interpretation, as well as the interpretation of ambiguous, unclear or other terms whose meaning raises justified doubts.<sup>62</sup> When resolving conflicts of overlapping norms in a corporation operating in several jurisdictions, similar functions performed in the course of their interpretation may be observed, although this refers to a completely different situation. In this case an interpretation of creative nature may be conducted exactly when the interpretation concerns norms remaining in conflict that cannot be resolved and stemming from the difference seen from the point of view of legal system cultures. The interpretation of the meaning of the conflicting norms is made in this situation from the point of view of the economic interest derived from the overall business activity conducted by a corporation.

The complex normative reality, in which a corporation operates in the first place requires from the corporation, in practice from the unit responsible for compliance, to take up a task of determining an appropriate, uniform understanding of a content of different and potentially conflicting norms as early as at the stage of understanding legal terms and notions. This does not only apply to particularly complicated terms, but also to terms which are commonly used. In the case of norms

---

<sup>62</sup> See L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warsaw 2005, p. 271 ff.

stemming from different legal, regulatory and court ruling cultures, references to such commonly used terms as “data protection”, “banking secrecy”, “third party”, “actions brought against an employee decision” or even seemingly such obvious terms as “supervisory board” or “law” (sic!) require making an interpretation effort aimed at eliminating a conflict situation.

In this context, it is a relatively difficult challenge to interpret the open terms, i.e. those whose meaning is not fully determined and should be derived from a current wider normative and legal context, but also from the social and axiological one.<sup>63</sup> Bearing in mind the fact that the context may differ significantly in each jurisdiction in which a given corporation operates, interpreting open terms may be particularly difficult. In this case the broadening and restrictive interpretation and in particular its creative, constitutive character may prove to be very helpful. Taking into account the economic interest of a given corporation and adjusting to it the range of terms used in norms, it is possible to achieve a close meaning of the content of norms formulated in different legal systems.

The norms governing the activity of international corporations are not a complete, clearly defined and coherent set of terms by means of which legislators determine the sphere of required actions for given entities. Just as J. Austin presented it in relation to law in general, they are not a set of norms recognized by them on the basis of the source test, specified in the concept of H.L.A. Hart by the recognition rule. These norms are a dynamically changing interpretation fact, with regard to which searching for uniform, determined semantics makes no sense. According to such interpretative approach, the task of compliance officers is to seek the most appropriate interpretation. This is to be done by eliminating contradictions in understanding of norms and values in the context of the cultural background.<sup>64</sup> Such reference to cultural contexts in the interpretation of different and changing with time norms may be compared with R. Dworkin’s idea of constituting law as a joint writing of a novel by generations of authors adding their chapters to the text.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> For the role that the social norms invoked in the communication between regulatory bodies and regulated entities play, including how useful they become for the enhancement of the effectiveness of a message and how the reference to these norms currently facilitates the interpretation of the content of legal norms, see S. Martin, *98% of HBR Readers Love this Article. Businesses are just Beginning to Understand the Power of Social Norms*, Harvard Business Review, October 2012, p. 23.

<sup>64</sup> It is defining of the cultural context that becomes crucial in the process of interpreting legal norms each time, particularly in confronting these norms with the social roles they play. T.W. Aldorno writes that including the spirit of an era in the term “culture” indicates the administrative point of view from the very beginning, which tasks are, looking from the perspective of persons of higher rank in the hierarchy: gathering, dividing, assessing and organizing. T.W. Aldorno, *Culture and Administration*, [in:] J.M. Bernstein (ed.), *The Culture Industry: Selected Essays on Mass Culture by Theodor W. Aldorno*, London 1991, p. 93.

<sup>65</sup> M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warsaw 2011, p. 170 ff.

## BIBLIOGRAPHY

- Adams R.B., Hermalin B., Weisbach M.S., *The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: a Conceptual Framework and Survey*, *Journal of Economic Literature* Vol. 48, No. 1, 2010.
- Aggarwal R., Erel I., Stultz R., Williamson R., *Differences in Governance Practices Between US and Foreign Firms: Measurement, Causes and Consequences*, *Review of Financial Studies* Vol. 23, No. 3, 2009.
- Aldorno T.W., *Culture and Administration*, [in:] J.M. Bernstein (ed.), *The Culture Industry: Selected Essays on Mass Culture by Theodor W. Aldorno*, London 1991.
- Aman A.C., *The Democracy Deficit: Taming Globalization Through Law Reform*, New York 2004.
- Andres P., Azofra V., Lopez F., *Corporate Boards in OECD Countries: Size, Composition, Functioning and Effectiveness*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 13, No. 2, 2005.
- Antal A.B., Sobczak A., *Corporate Social Responsibility in France: a Mix of National Traditions and International Influences*, *Business and Society* Vol. 46, No. 1, 2007.
- Baek H.Y., Johnson D.R., Kim J.W., *Managerial Ownership, Corporate Governance, and Voluntary Disclosure*, *Journal of Business and Economic Studies* Vol. 15, No. 2, 2009.
- Bebchuk L., Cohen A., Farrell A., *What Matters in Corporate Governance?*, *Review of Financial Studies* Vol. 22, No. 2, 2009.
- Benton L., *Law and Colonial Cultures*, Cambridge University Press: Cambridge 2002.
- Bhagat S., Bolton B., *Corporate Governance and Firm Performance*, *Journal of Corporate Finance*, Vol. 14, No. 3, 2008.
- Bierbrauer G., *Toward an Understanding of Legal Culture: Variations in Individualism and Collectivism Between Kurds, Lebanese and Germans*, *Law and Society Review* Vol. 28, No. 2, 1994.
- Bozec R., Bozec Y., *The Use of Governance Indexes in the Governance-Performance Relationship Literature: International Evidence*, *Canadian Journal of International Sciences* Vol. 29, No. 1, 2012.
- Bozec R., Dia M., *Governance Practices and Firm Performance: Does Shareholders' Proximity to Management Matter?*, *International Journal of Disclosure and Governance* Vol. 12, No. 3, 2015.
- Bracey J.H., *Exploring Law and Culture*, Long Grove 2006.
- Brick E.I., Chidambaran N.K., *Board Monitoring, Firm Risk, and External Regulation*, *Journal of Regulatory Economics* Vol. 33, No. 1, 2008.
- Brick I.E., Chidambaran N.K., *Board Meetings, Committee Structure, and Firm Value*, *Journal of Corporate Finance* Vol. 16, No. 4, 2010.
- Cotterell R., *The Concept of Legal Culture*, [in:] D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Brookfield 1997.
- Delgado-García J.B., De La Fuente-Sabaté J.M., De Quevedo-Puente E., *Too Negative to Take Risks? The Effect of the CEO's Emotional Traits on Firm Risk*, *British Journal of Management* Vol. 21, No. 2, 2010.
- Diavatopoulos D., Fodor A., *Does Corporate Governance Matter for Equity Returns?*, *Journal of Accounting and Finance* Vol. 16, No. 5, 2016.
- Ewick P., Silbey S.S., *The Structure of Legality: The Cultural Contradictions of Social Institutions*, [in:] R.A. Kagan, M. Krygier, K. Winston (eds), *Legality and Community*, Berkeley 2002.
- Faure M., *Tort Law and Economics*, Cheltenham 2009.
- Fedorowicz M., *Nadzór na rynku finansowym w Unii Europejskiej*, Warsaw 2013.
- Fogel E.M., Geier A.M., *Strangers in the House: Rethinking Sarbanes-Oxley and the Independent Board of Directors*, *Deleware Journal of Corporate Law* Vol. 32, No. 32, 2007.

- Frias-Aceituno J.V., Rodríguez-Ariza L., García-Sánchez I.M., *Is Integrated Reporting Determined by a Country's Legal System? An Exploratory Study*, *Journal of Cleaner Production* Vol. 44, 2013.
- Gallo P.J., Christensen L.J., *Firm Size Matters: an Empirical Investigation of Organizational Size and Ownership on Sustainability-Related Behaviors*, *Business and Society* Vol. 50, No. 2, 2011.
- Glynn M.A., *Review of "The Institutional Logics Perspective: a New Approach to Culture, Structure and Process (by Thronton, Ocasio & Lounsbury)"*, *Administrative Science Quarterly* Vol. 58, No. 3, 2013.
- HSBC Holdings plc., *Report of the Directors: Corporate Governance* 2013.
- Hurley R., Gong X., Waqar A., *Understanding the Loss of Trust in Large Banks*, *International Journal of Bank Marketing* Vol. 32, No. 5, 2014.
- Jabłońska-Bonca J., *Wprowadzenie do Prawa. Introduction to Law*, Warsaw 2012.
- Klapper L., Love I., *Corporate Governance, Investor Protection and Performance in Emerging Markets*, *Journal of Corporate Finance* Vol. 10, No. 5, 2004.
- Laeven L., Levine R., *Bank Governance, Regulation and Risk Taking*, *Journal of Financial Economics* Vol. 93, No. 2, 2009.
- Likosky M.B., *The Silicon Empire: Law, Culture and Commerce*, London 2005.
- Love I., *Corporate Governance and Performance around the World: What we Know and What we Don't*, *World Bank Observer* Vol. 26, 2011.
- Luhmann N., *Law as a Social System*, Oxford 2004.
- Mallin C., *Corporate Governance*, 4<sup>th</sup> edn, Oxford University Press: Oxford 2013.
- Martin S., *98% of HBR Readers Love this Article. Businesses are just Beginning to Understand the Power of Social Norms*, *Harvard Business Review*, October 2012.
- Mathew S., Ibrahim S., Archbold S., *Corporate Governance and Firm Risk*, *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society* Vol. 18, No. 1, 2018.
- Maurer B., *The Cultural Power of Law? Conjunctive Reading*, *Law and Society Review* Vol. 38, No. 4, 2004.
- Michaels R., Pauwelyn J., *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law*, [in:] T. Broude, Y. Shany (eds), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford 2011.
- Micklethwait J., Wooldridge A., *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, Washington 2005.
- Moellers T.M.J., *Sources of Law in the European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lanfalussy to de Larosière*, *European Business Organisation Law Review* Vol. 3, No. 11, 2010.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warsaw 2005.
- Prior D., Surocca J., Tribo J.A., *Are Socially Responsible Managers Really Ethical? Exploring the Relationship Between Earnings Management and Corporate Social Responsibility*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 19, No. 3, 2008.
- Roach B., *A Primer in Multinational Corporations*, [in:] A.D. Chandler, B. Mazlish (eds.), *Leviathans: Multinational Corporations and the New Global History*, Cambridge University Press: Cambridge 2005.
- Robertson P.J., Speier J.V., *Organizing for International Development: a Collaborative Network-Based Model*, *International Journal of Technical Cooperation* Vol. 4, No. 2, 1998.
- Rosen L., *Law as Culture: An Invitation*, Princeton 2006.
- Rudolph E.J., *The Board Must Take the Lead in Establishing a Corporate Culture of Ethics and Compliance*, [www.corporatecomplianceinsights.com](http://www.corporatecomplianceinsights.com) (accessed on 3/11/2019).
- Sánchez-Ballesta J.P., García-Meca E., *Ownership Structure, Discretionary Accruals and the Informativeness of Earnings*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 15, No. 4, 2007.



- Schelo S., *Bank Failing or Likely to Fail*, [in:] *Restoring Confidence. The Changing European Banking Landscape*, London 2014.
- Shamir R., *Corporate Social Responsibility*, [in:] B. de Sousa Santos, C.A. Rodriguez-Garavito (eds), *Law and Globalization from Below*, Cambridge 2005.
- Shanahan S., Khagram S., *Dynamics of Corporate Responsibility*, [in:] G.S. Drori, J.W. Meyer, H. Hwang (eds), *Globalization and Organization. World Society and Organizational Change*, Oxford 2006.
- Silbey S.S., *Legal Culture and Cultures of Legality*, [in:] J.R. Hall, L. Grindstaff, M.Ch. Lo (eds), *Handbook of Cultural Sociology*, London–New York 2010.
- Starbuck W.H., *Why Corporate Governance Deserves Serious and Creative Thought*, *The Academy of Management Perspectives* Vol. 28, No. 1, 2013.
- Streurer R., Martinuzzi A., Margula S., *Public Policies on CSR in Europe: Themes, Instruments and Regional Differences*, *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* Vol. 19, No. 4, 2012.
- Sulikowski A., *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 2878, 2006.
- Twining W., *Social Science and Diffusion of Law*, *Journal of Law and Society* Vol. 32, No. 2, 2005.
- Vafeas N., *Board Meeting Frequency and Firm Performance*, *Journal of Financial Economics* Vol. 53, No. 1, 1999.
- Valenti M.A., Luce R., Mayfield C., *The Effect of Firm Performance on Corporate Governance*, *Management Research Review* Vol. 34, No. 3, 2011.
- Winczorek J., *Systems Theory and Puzzles of Legal Culture*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* No. 1(4), 2012.
- Wood P.R., *International Legal Risk for Banks and Corporates*, London 2014.
- Zahra S.A., II Pearce J.A., *Boards of Directors and Corporate Financial Performance: a Review and Integrative Model*, *Journal of Management* Vol. 15, No. 2, 1989.
- Zattoni A., Cuomo F., *Why Adopt Codes of Good Governance? A Comparison of Institutional and Efficiency Perspectives*, *Corporate Governance: An International Review* Vol. 16, No. 1, 2008.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Warsaw 2011.
- Zona F., Zattoni A., Minichilli A., *A Contingency Model of Boards of Directors and Firm Innovation: The Moderating Role of Firm Size*, *British Journal of Management* Vol. 24, No. 3, 2013.

## IMPACT OF DIFFERENCES IN LEGAL RISK ASSESSMENT ON COMPLIANCE NORMS IN MULTINATIONAL CORPORATIONS

### Summary

International corporations operating within the multijurisdictional environment are confronted with the daily challenge of staying in compliance with constantly varying legal and regulatory risks. To assure the conformity with the binding norms, they have to introduce complex internal legal and compliance management mechanisms. These mechanisms consist of the risk identification, assessment and mitigation measures. The core of the difficulty results from the cultural differences in the legal and regulatory systems on the diversified territories in which global corporations operate. The commonly used remedy applied by corporations that strive to assure the legal and regulatory uniformity across the geographies are internal compliance norms. However, the universally introduced compliance norms trigger both difficulties in applying them due to the cultural differences and, for the same reasons, problems caused by

various interpretations of those norms. The legal workarounds addressed in this article show how corporations deal with the challenge of their multicultural legal and regulatory surroundings.

Keywords: international corporations, compliance, legal and regulatory risks, differences in legal cultures, interpretation rules, supervisory regulations

## WPŁYW RÓŻNIC W OCENIE RYZYKU PRAWNYCH NA NORMY COMPLIANCE W KORPORACJACH MIĘDZYNARODOWYCH

### Streszczenie

Międzynarodowe korporacje działające w środowisku wielojurysdykcyjnym stoją przed codziennym wyzwaniem zachowania zgodności ze stale zmieniającym się ryzykiem prawnym i regulacyjnym. Aby zapewnić zgodność z obowiązującymi normami muszą one wprowadzać złożone wewnętrzne mechanizmy kontroli zgodności z prawem. Mechanizmy te obejmują identyfikację, ocenę i środki ograniczające to ryzyko. Istota trudności wynika z różnic kulturowych w systemach prawnych i regulacyjnych na różnych terytoriach, na których działają globalne korporacje. Powszechnie stosowanym środkiem zaradczym wykorzystywanym przez korporacje, które dążą do zapewnienia jednolitości działania we wszystkich regionach geograficznych, są wewnętrzne normy zgodności. Jednakże uniwersalnie wprowadzane normy zgodności powodują zarówno trudności w ich stosowaniu ze względu na różnice kulturowe, jak i z tych samych powodów problemy spowodowane różnicami w ich interpretacji. Omówione w artykule rozwiązania prawne pokazują, jak korporacje radzą sobie z wyzwaniami związanymi z wielokulturowym otoczeniem prawnym i regulacyjnym.

Słowa kluczowe: międzynarodowe korporacje, normy zgodności (*compliance*), ryzyka prawne i regulacyjne, różnice w kulturze prawnej, zasady interpretacji, przepisy nadzorcze

## INFLUENCIA DE DIFERENCIAS EN LA VALORACIÓN DE RIESGOS JURIDICOS A LAS NORMAS DE COMPLIANCE EN EMPRESAS MULTINACIONALES

### Resumen

Las empresas multinacionales que operan en el ámbito multijurisdiccional tienen reto a diario de observar el riesgo jurídico y regulador que cambia constantemente. Para garantizar el comportamiento de acuerdo con las normas vigentes han de introducir complejos mecanismos internos de conformidad con derecho. Estos mecanismos comprenden identificación, valoración y medidas que restringen dicho riesgo. La dificultad reside en diferencias culturales en los sistemas jurídicos y reguladores en diferentes territorios, en el cual actúan empresas multinacionales. La medida común preventiva que se aplica por las empresas multinacionales que pretenden garantizar la uniformidad de actuaciones en todos regiones geográficas son normas internas de conformidad. Sin embargo las universales normas de conformidad empleadas causan tanto dificultades de su aplicación debido a diferencias culturales, como dificultades

ocasionadas por las diferencias de su interpretación debido a las mismas razones. Las soluciones analizadas en el artículo demuestran cómo las empresas multinacionales reaccionan a los retos relativos al ámbito jurídico y regulador multicultural.

Palabras claves: empresas multinacionales, *compliance*, riesgo jurídico y regulador, diferencias culturales en sistemas jurídicos, reglas de interpretación, regulaciones de supervisión

## ВЛИЯНИЕ РАЗЛИЧИЙ В ОЦЕНКЕ ПРАВОВЫХ РИСКОВ НА СООТВЕТСТВИЕ (*COMPLIANCE*) СТАНДАРТАМ В МЕЖДУНАРОДНЫХ КОРПОРАЦИЯХ

### Резюме

Международные корпорации, действующие в мульти-юрисдикционной среде, сталкиваются с ежедневной проблемой необходимости соответствия постоянно изменяющимся правовым и нормативным рискам. В целях обеспечения соответствия действующим стандартам, они должны установить комплексные внутренние механизмы контроля за соблюдением закона. Данные механизмы охватывают меры по идентификации, оценке и ограничению упомянутых рисков. Сложности состоят в культурных различиях законодательных и нормативных систем на различных территориях, на которых действуют глобальные корпорации. Проверенным средством, повсеместно применяемым корпорациями, которые стремятся обеспечить единый стиль деятельности во всех географических регионах, являются внутренние стандарты соответствия. Однако повсеместно вводимые нормы соответствия вызывают как трудности, связанные с их соблюдением, вызванные культурными различиями, так и трудности, вызванные различиями в их интерпретации по этим же причинам. Обсуждаемый в статье правовой подход к их решению позволяет проследить, как корпорации справляются с проблемами, связанными с мультикультурной нормативно-правовой средой.

Ключевые слова: Международные корпорации, *compliance*, правовой и нормативный риск, культурные различия в законодательных системах, правила толкования, надзорные нормы

## UNTERSCHIEDSEINFLUSS IN RECHTLICHER RISIKOEINSCHÄTZUNG AUF DIE COMPLIANCENORMEN IN INTERNATIONALEN KORPORATIONEN

### Zusammenfassung

Internationale Korporationen, die in multiplen Gerichtshoheiten wirken, stehen alltäglich vor der Herausforderung, die Konformität mit ständig wechselnden rechtlichen und regulativen Risiken einzuhalten, um diese mit geltenden Normen zu gewährleisten, müssen sie komplexe, interne Kontrollmechanismen der Rechtskonformität einleiten. Diese Mechanismen umfassen die Identifizierung, Einschätzung und die Mittel, die das Risiko einschränken. Der Schwierigkeitsclou resultiert aus Kulturdifferenzen in rechtlichen und regulativen Systemen in verschiedenen Gebieten, in welchen globale Korporationen wirken. Eine allgemein angewandte Hilfsmaßnahme benutzt von Korporationen, die nach Aktivitätseinigkeit in allen geografischen Regionen streben, sind Compliancennormen, wenn man diese doch universell

introdukt, verursachen sie Anwendungs- und Implementierungsschwierigkeiten wegen Kulturunterschieden, darüber hinaus Schwierigkeiten wegen Auslegungsunterschieden aus denselben oben genannten Gründen. Die im vorliegenden Artikel besprochenen Rechtslösungen deuten darauf hin, wie Korporationen angesichts Herausforderungen in einem multikulturellen rechtlichen und regulativen Umfeld zurecht kommen.

Schlüsselwörter: internationale Korporationen, *Compliance*, rechtliches und regulatives Risiko, Kulturunterschiede in Rechtssystemen, Auslegungsregel, Aufsichtsregulationen

## L'IMPACT DES DIFFÉRENCES DANS L'ÉVALUATION DES RISQUES JURIDIQUES SUR LES NORMES DE CONFORMITÉ DANS LES ENTREPRISES INTERNATIONALES

### Résumé

Les sociétés internationales opérant dans un environnement multi-juridictionnel sont confrontées au défi quotidien de se conformer à des risques juridiques et réglementaires en constante évolution. Pour assurer le respect des normes applicables, elles doivent mettre en place des mécanismes internes complexes de contrôle du respect de la loi. Ces mécanismes comprennent l'identification, l'évaluation et les mesures d'atténuation. L'essence des difficultés résulte des différences culturelles existant entre les systèmes juridiques et réglementaires des divers territoires où des sociétés multinationales opèrent. Les normes de conformité internes sont un recours commun utilisé par les sociétés qui s'efforcent d'assurer l'uniformité des opérations dans toutes les régions géographiques. Cependant, les normes de conformité universellement introduites posent à la fois des difficultés d'application dues à des différences culturelles et des difficultés causées par des différences d'interprétation pour les mêmes raisons. Les solutions juridiques abordées dans l'article montrent comment les entreprises relèvent les défis liés à l'environnement juridique et réglementaire multiculturel.

Mots-clés: sociétés internationales, conformité, risques juridiques et réglementaires, différences culturelles dans les systèmes juridiques, règles d'interprétation et règles de surveillance

## IMPATTO DELLE DIFFERENZE NELLA VALUTAZIONE DEI RISCHI LEGALI SUGLI STANDARD DI CONFORMITÀ NELLE AZIENDE MULTINAZIONALI

### Sintesi

Le multinazionali che operano in un ambiente multigiurisdizionale si trovano quotidianamente davanti alla sfida di mantenere la conformità nei confronti con i rischi legali e normativi in continua evoluzione. Per garantire la conformità alle norme vigenti, devono implementare i complessi meccanismi interni di conformità con la legge. Tali meccanismi comprendono l'identificazione, la valutazione e le misure che limitano questo rischio. L'essenza della difficoltà risiede nelle differenze culturali nei sistemi giuridici e normativi dei diversi territori in cui operano le imprese globali. Una contromisura comune utilizzata dalle aziende che cercano di assicurare la coerenza dell'attività in tutte le aree geografiche è rappresentata dagli standard

di conformità interna. Tuttavia, le norme di conformità universalmente applicabili creano sia difficoltà di applicazione (dovute a differenze culturali) sia difficoltà di interpretazione (dovute a differenze di interpretazione per le stesse ragioni). Le soluzioni legali discusse nell'articolo mostrano come le multinazionali affrontano le sfide legate al contesto giuridico e normativo multiculturale.

Parole chiave: aziende multinazionali, conformità, rischi legali e normativi, differenze culturali nei sistemi giuridici, regole di interpretazione, regolamenti di vigilanza

**Cytuj jako:**

Braun T., *Impact of differences in legal risk assessment on compliance norms in multinational corporations* [Wpływ różnic w ocenie ryzyk prawnych na normy compliance w korporacjach międzynarodowych], „Ius Novum” 2019 (Vol. 13) nr 2, s. 229–253. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.24/t.braun

**Cite as:**

Braun, T. (2019) 'Impact of differences in legal risk assessment on compliance norms in multinational corporations'. *Ius Novum* (Vol. 13) 2, 229–253. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.24/t.braun



# ACHIEVING SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS IN EUROPE AND ASIA: THE ROLE OF REGIONAL ORGANIZATIONS IN MONITORING HUMAN RIGHT TO HEALTH AND WELL-BEING \*

ROBERT KRZYSZTOF TABASZEWSKI \*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.25/r.k.tabaszewski

## 1. INTRODUCTION

The place of humans on the planet, their prosperity, economic abilities and duties to the state and society, as well as the possibility to restrict human rights and freedoms are the issues which were of interest to ancient philosophers, both Hippocrates, Plato and Aristotle who influenced European philosophy, and Confucius who contributed to shaping Asian values.<sup>1</sup> Those philosophers rightly counted good health and well-being among the factors of particular importance to the development of man, society and state. In 2015, these concepts were taken into account by the UN General Assembly.<sup>2</sup> The UN Agenda for Sustainable Development (ASD) consists of 17 Sustainable Development Goals and 169 targets which demonstrate the scale of the new universal Agenda.<sup>3</sup>

\* Artykuł oryginalnie w języku angielskim

\*\* PhD, Assistant Lecturer at the Department of Human Rights, Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin, attorney-at-law (advocate); e-mail: robert.tabaszewski@kul.pl; ORCID: 0000-0002-7737-00561

<sup>1</sup> N. Alecu de Flers, *EU-ASEAN Relations: The Importance of Values, Norms and Culture*, EU Centre, Singapore Working Paper No. 1(6), 2010, pp. 465–482; Y. Gao, *Confucius and Plato on Virtue and its Implementation in Education for International Understanding: A Comparative Study*, *American Journal of Educational Research* No. 3(19), 2016, pp. 25–30; Plato, *Państwo*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001, p. 147.

<sup>2</sup> A/RES/70/1, 21 October 2015; R. McInnes, *Sustainable Development Goals*, [in:] C.M. Finlayson et al. (eds), *The Wetland Book*, Springer, Dordrecht 2016, pp. 1–6.

<sup>3</sup> UNCTAD, *Achieving the Sustainable Development Goals Through Consumer Protection*, United Nations, New York–Geneva 2017, UNCTAD/DITC/CPLP/2017/2, p. 8.

The UN Sustainable Development Goals (SDGs) are guided by the purposes and principles of the Charter of the United Nations from 1945;<sup>4</sup> the Charter of Human Rights: Universal Declaration of Human Rights (UDHR), International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR);<sup>5</sup> the Millennium Declaration;<sup>6</sup> and the 2005 World Summit Outcome<sup>7</sup>. Particular importance should be attached to SDG 3 (to ensure healthy lives and to promote well-being for all at all ages), which was derived from 25 of the UDHR, 12 of the ICESCR and Section I, para. 31 of the Vienna Declaration and Programme of Action<sup>8</sup>. At present, all these documents associate sustainable development with human rights, including the right to health, which are protected not only by the UN, but also by sub-regional organizations, such as the EU and the ASEAN.<sup>9</sup>

The aim of this paper is to investigate the role of sub-regional organizations in monitoring of progress towards SDG 3, and to scrutinize similarities and differences in the previous approach of the European and Asian countries to sustainable development goals. The issue of how sustainable development goals can be achieved by national authorities with respect to the health and well-being of the whole population is still debatable.<sup>10</sup> The goals set in the Agenda are global, however, the perception of progress toward SDGs in Europe is slightly different than it is in Asia.<sup>11</sup> The ways and means of implementing these goals on the two continents, as well as the possibilities for mutual cooperation, will also be different. There is a particular need to cooperate on fighting drug addiction in member states of both organizations.<sup>12</sup>

---

<sup>4</sup> UN Charter and Statute of the International Court of Justice, signed on 26 June 1945 at the San Francisco Conference.

<sup>5</sup> Universal Declaration of Human Rights adopted 10 December 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at 71 (1948); International Covenant on Civil and Political Rights adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, UNTS 999: 171; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, UNTS 993: 3.

<sup>6</sup> A/RES/55/2, 18 September 2000.

<sup>7</sup> A/RES/60/1, 16 September 2005.

<sup>8</sup> A/CONF.157/23, 12 July 1993; J. Tobin, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 23, 130–131; T. Murphy, *Health and Human Rights*, Oxford–Portland–Oregon, Hart Publishing 2013, pp. 1–3, 38–39; E.H. Riedel, *The Human Right to Health: Conceptual Foundations*, [in:] A. Clapham, M. Robinson (eds), *Realizing the Right to Health*, Rüfe&Rub, Zurich 2009, p. 28.

<sup>9</sup> D. McGoldrick, *Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception*, *International and Comparative Law Quarterly* No. 45, 2004, pp. 796–818.

<sup>10</sup> G. Brown (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Open Book Publishers, Cambridge, 2016, pp. 57–62.

<sup>11</sup> F. Fukuyama, *Confucianism and Democracy*, *Journal of Democracy* No. 6(2), 1995, pp. 20–33.

<sup>12</sup> S. Subramaniam, *The Asian Debate: Implications for the Spread of Liberal Democracy*, *Asian Affairs* No. 7(1), 2000, pp. 19–35; J. Symonides, *Wartości azjatyckie a prawa człowieka*, [in:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (eds), *Azjatyckie systemy ochrony praw człowieka*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2016, pp. 44–48.



## 2. SUSTAINABLE DEVELOPMENT AS A SEMI-NORMATIVE CONCEPT

The UN agreement on SDGs is a remarkable achievement.<sup>13</sup> Admittedly sustainable development and human rights have universal and global nature. Sustainable development, as a semi-normative concept, provides a framework for the integration of environment policies and development strategies.<sup>14</sup> This principle was acknowledged at the 1972 Stockholm Conference on the Human Environment.<sup>15</sup> The concept was extended further at the 1992 Rio de Janeiro Earth Summit when it was determined that man should be put at the heart of sustainable development and that an individual has the right to a healthy and creative life in harmony with the environment.<sup>16</sup> More specific goals were set in the Millennium Project. It was then that the Millennium Development Goals (MDGs) were presented.<sup>17</sup> These goals obliged developed countries to improve living conditions by helping developing countries. Many specific quantitative goals were set in the Millennium Project and they were supposed to be achieved by 2015.

In 2015, MDGs were replaced by SDGs which are characterised by a much broader scope of planned actions and are supposed to be achieved by 2030. After consultations, 17 main goals were chosen and then divided into 169 more detailed tasks.<sup>18</sup> The Open Working Group on Sustainable Development Goals, established at the 2012 Rio de Janeiro Earth Summit, worked on the goals. The Group comprised 30 representatives of five UN regions, including those located in Europe and Asia. Business representatives from both regions also participated in setting goals and tasks.<sup>19</sup> In the end, it was established that Sustainable Development Goals would be implemented within the next 15 years, starting on 1 January 2016. However, in contrast to MDGs, the 2015 Agenda stated that SDGs could not be achieved without the involvement of business. The transition from MDGs to SDGs is now ongoing on a global and regional scale.<sup>20</sup>

Sustainable development is now a leading part of regional international law. The principle of sustainable development has now been recognized by European

---

<sup>13</sup> F. Stewart, *The Sustainable Development Goals: A Comment*, *Journal of Global Ethics* No. 11(3), 2015, pp. 288–293.

<sup>14</sup> UN Session, A/42/427, 4 August 1987.

<sup>15</sup> A/CONF.48/14/REV.1, 5–16 June 1972; L. Björn-Ola, H. Selin, *The United Nations Conference on Sustainable Development: Forty Years in the Making*, *Environment and Planning C: Politics and Space* No. 31(6), 2013, pp. 971–987.

<sup>16</sup> A/CONF.151/26 (Vol. I) – Rio Declaration, 3–14 June 1992.

<sup>17</sup> S. Giorgetta, *The Right to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development*, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* No. 2, 2002, pp. 173–194.

<sup>18</sup> A/RES/69/313; 12FCCC/CP/2015/1.9, 12 December 2015 – Adoption of the Paris Agreement (Proposal by the President).

<sup>19</sup> A/RES/68/309 – 12 September 2014.

<sup>20</sup> A. Haileamlak, *Millennium Development Goals: Lessons Learnt and the Way Forward*, *Ethiopian Journal of Health Sciences* No. 24(4), 2014, p. 284; S. Kumar et al., *Millennium Development Goals (MDGs) to Sustainable Development Goals (SDGs): Addressing Unfinished Agenda and Strengthening Sustainable Development and Partnership*, *Indian Journal of Community Medicine* No. 41(1), 2016, pp. 1–4; *United Nations Millennium Development Goals Report*, New York, United Nations 2015, p. 3.

and Asian international organizations.<sup>21</sup> That is because sustainable development objectives are currently of cross-border nature, since they require joint reactions to global threats which directly endanger life and public health. In Europe, after 1948, the concept of sustainable development has been developed by the following European international organizations: the Council of Europe, the European Union and the Organization for Security and Co-operation in Europe.<sup>22</sup> The SDGs concept has been at the heart of European policies for a long time, firmly anchored in the European Treaties and mainstreamed in key projects, sectoral policies and initiatives. Twenty years after the Maastricht Treaty, sustainable development, including healthy life and wellness, became the explicit subject matter of the EU and its member states.<sup>23</sup> At the Gothenburg Summit in June 2001, the EU launched the first sustainable development strategy, which was revised in 2006.<sup>24</sup>

After the Lisbon Treaty sustainable development has remained a fundamental objective of the EU. The idea of sustainable development covers not only people who are on the territory of a given country, but also becomes a part the foreign policy of the EU countries in the globalizing world. In November 2016, the EU Commission released a Communication “Next steps for sustainable European future: European Action for Sustainability”, which is a response to the 2030 Agenda for Sustainable Development.<sup>25</sup> According to the report, over the last five years, the EU has made significant progress towards overall achievement of several SDGs.

The most important thing is to achieve SDG 3: “good health and well-being”, with the exception of SDG 7: “affordable and clean energy”; SDG 12: “responsible consumption and production”; SDG 15 “life on land” and SDG 11 “sustainable cities and communities”. However, making progress towards achieving a given goal does not necessarily mean that that goal’s status is satisfactory for the EU. When it comes to SDG 3, which focuses on health and the quality of life, the fact that most indicators show progress is not enough to conclude that the EU has significantly reduced the factors which negatively affect its residents’ lives.<sup>26</sup> For example, even though the number of tobacco smokers has been reduced successfully, the number of people addicted to other abusive substances has remained stable.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> M. Fehling Brett et al., *Limitations of the Millennium Development Goals: A Literature Review*, Global Public Health No. 8(10), 2013, pp. 1109–1122.

<sup>22</sup> M. Bitadze, *Reducing Environmental Risks and Strengthening Good Environmental Governance*, paper presented at the 25th OSCE Economic and Environmental Forum: Greening the Economy and Building Partnerships for Security in the OSCE Regional Concluding Meeting, Prague, 6–8 September 2017, pp. 1–5.

<sup>23</sup> R. Abbing, *Health Law and the European Union*, European Journal of Health Law No. 1, 1994, pp. 123–126.

<sup>24</sup> E. Bomer, *Adapting Form to Function? From Economic to Sustainable Development Governance in the European Union*, [in:] W.M. Lafferty (ed.), *Governance for Sustainable Development: The Challenge of Adapting Form to Function*, Cheltenham, Northampton 2004, p. 66.

<sup>25</sup> Eurostat, *Sustainable Development in European Union. Monitoring report on progress towards SDGs in an EU context*, European Union, Luxembourg 2017, p. 5.

<sup>26</sup> European Commission, *Communication from the Commission on effective, accessible and resilient health systems*, COM(2014) 215 final; European Commission, *Summary, State of Health in the EU*, Brussels 2017.

<sup>27</sup> World Health Organization, *World Health Statistics 2016, Monitoring Health for the SDGs*, Geneva 2016, p. 37.

The organization implementing SDGs in Asia is the ASEAN. There are direct references to sustainable development in the ASEAN Charter which underscores the need for “sustainable development for the benefit of present and future generations to place the well-being, livelihood and welfare of the peoples at the centre of the ASEAN community building process”. The ASEAN regards sustainable development as a semi-normative concept, similarly to the EU, its main counterpart in Europe<sup>28</sup>. However, the ASEAN does not hold with the UN’s view that the SDGs should be implemented as a principle complementary to the principle of respect for human rights.

In contrast to Europe, Asian values are not based on ideas of liberalism and individualism, but on respect for labour, discipline and community ties.<sup>29</sup> In light of this view, the concept of sustainable development, as an economic idea, is superior to the idea of human rights.

The primacy of sustainable development was confirmed in the preamble to the Bangkok Declaration of 1967. The ASEAN member states declared that “countries of South-East Asia share a primary responsibility for strengthening the economic and social stability of the region and ensuring their peaceful and progressive national development”. Thus, ever since the adoption of the UN Charter, and then the passing of the UDHR,<sup>30</sup> the concept of sustainable development has been treated in East Asian countries as an attempt to westernize the East.<sup>31</sup>

### 3. GDS 3.5 AS AN OVERARCHING EU AND ASEAN OBJECTIVE

In the previous millennium strategy, MDG 3 (Improvement of maternal health) and MDG4 (Combating HIV/AIDS, malaria and other diseases) were determined to be the priority goals of the UN, but European and Asian countries managed to achieve

---

<sup>28</sup> See K. Arts, *Inclusive Sustainable Development: A Human Rights Perspective*, Current Opinion in Environmental Sustainability No. 14, 2017, pp. 58–62.

<sup>29</sup> A. Sen, *Human Rights and Asian Values*, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, New York, 1997, pp. 13–16.

<sup>30</sup> H. Hannum, *The UDHR in National and International Law*, Health and Human Rights No. 2, 1998, p. 147; B. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia-Hart, Antwerpen 1999, pp. 36–40.

<sup>31</sup> Mao Zedong strongly objected to this westernization attempt, saying that “the East wind must prevail over the West wind”. See A. Halimarski, *Trzy kregi polityki zagranicznej Chin*, Książka i Wiedza, Warsaw 1982, pp. 78, 213. As late as in the 1990s, the Prime Minister of Singapore, Lee Kuan Yew, had the opinion that a development and “a well-organized society is more important than human rights, so that anyone can enjoy their freedoms”. That is why, Asian countries are by far more effective in ensuring national development of all their citizens than in implementing the SDGs, as in the European countries. See F. Zakaria, L. Kuan Yew, *Culture is Destiny: A Conversation with Lee Kuan Yew*, Foreign Affairs No. 73(2), 1994, pp. 109–126; C. Ning Yang, Y. Ying-Shih, G. Wang, *Lee Kuan Yew Through the Eyes of Chinese Scholars*, S. Rajaratnam School of International Studies, Singapore 2017, pp. 139–143; S. Djwandono, *Europe and Southeast Asia*, [in:] H. Maull, G. Segal, J. Wanandi (eds), *Europe and the Asia Pacific*, Routledge, London 1998, p. 203; J. Servaes, *Conclusion. Are the SDGs “Sustainable?”*, [in:] J. Servaes (ed.), *Sustainable Development Goals in the Asian Context*, Springer, Singapore 2017, pp. 163–171.

them only partially.<sup>32</sup> Now, they have been replaced by SDG 3 which obliges the UN member states to ensure healthy lives and promote the well-being for all and at all ages. It follows directly from the ASD text that the organizations are supposed to achieve this goal by way of gradually fulfilling nine more specific tasks: reducing the global maternal mortality ratio; ending preventable deaths of newborns and children; ending the epidemics of AIDS and other communicable diseases; reducing non-communicable diseases; strengthening the prevention and treatment of substance abuse; halving the number of global deaths and injuries from road traffic accidents; ensuring universal access to sexual and reproductive healthcare services, achieving universal health coverage; reducing the number of deaths and illnesses from hazardous chemicals and air, water and soil pollution and contamination.<sup>33</sup>

When we take into account the genetic criterion, it is clear that SDG 3 was derived from the human right to health pursuant to Article 25.1 of the UDHR. According to this article: everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. Subsequent UN documents, including 12 of the ICESCR, established basic criteria which the EU and ASEAN member states can use to determine the extent to which healthy lives and well-being have been implemented. These standards were also determined in regional acts,<sup>34</sup> including 35 of the Charter of Fundamental Rights. However, at the regional level, it can be problematic to implement SDG 3 fully, especially when it comes to improving healthcare for women.<sup>35</sup>

The problem with implementing SDG 3 in the EU and ASEAN systems lies not only in the complexity of this goal, but most importantly in the significant differences in the understanding of health as an important quality: it can be perceived either as an individual human right (in the EU system) or as the health of the whole population (in the ASEAN system).<sup>36</sup> In the latter case, an individual's health can be subjected to additional restrictions because of the necessity to protect the health of the whole society. Additionally, also the idea of human right to health is understood slightly differently on the European land than in specific ASEAN countries.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> A. Cassels, *Health, Development and the Millennium Development Goals*, Pathogens and Global Health No. 5–6, 2006, pp. 379–87; M. Lomazzi et al., *MDGs – A Public Health Professional's Perspective from 71 Countries*, Journal of Public Health Policy No. 34, 2013, pp. 1–22.

<sup>33</sup> UN Factsheets "Why it Matters" and World Bank Group, *Atlas of Sustainable Development Goals*, World Development Indicators, UN, New York 2017.

<sup>34</sup> R. Tabaszewski, *Human Rights and Freedoms in Systems of Human Rights Protection*, [in:] K. Koziół (ed.), *Wolność człowieka i jej granice*, Wydawnictwo Regis, Lublin 2017, pp. 10–31.

<sup>35</sup> EU (2000) Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01).

<sup>36</sup> See D. Camroux, *The European Union and ASEAN: Two to Tango?*, Dépôt legal, Notre Europe 2008.

<sup>37</sup> N. Maier-Knapp, *The EU and Non-traditional Security in Southeast Asia*, [in:] D. Novotny, C. Portela (eds), *EU-ASEAN Relations in the 21st Century: Strategic Partnership in the Making*, Macmillan, Houndmills-Basingstoke 2012, pp. 26–42; AFET, *ASEAN: Integration, Internal Dynamics and External Relations*, European Parliament, Brussels 2012, pp. 6–8.

In the light of Article 17 of the Bangkok Declaration, 34 Asian countries stated that they “reaffirm the right to development, as established in the Declaration on the Right to Development, as a universal and inalienable right and an integral part of fundamental human rights, which must be realized through international cooperation, respect for fundamental human rights, the establishment of a monitoring mechanism and the creation of essential international conditions for the realization of such right”.<sup>38</sup> The document confirms the superiority of development over human rights.<sup>39</sup>

This conception of sustainable development in the ASEAN countries was later included in the ASEAN Community Blueprints. MDGs used to be implemented by various ASEAN bodies. The full implementation of goals concerning the protection of human health (particularly goals 4, 5, and 6) was tackled at the Ministers’ Meeting on Health Development, as well as at the Meeting on Social Welfare and Development. Jakarta Statement on the ASEAN Sustainable Development Goals in the context of the Post-2015 Development Agenda contained a summary of how advanced the implementation of MDGs was and voiced support for new SDGs.<sup>40</sup> The Post-2015 Development Agenda also acknowledged the importance of access to healthcare and health services for all.

In the light of the ASEAN Human Rights Declaration of 18 November 2012, human rights were considered a prerequisite for enabling the ASEAN member states to modify sustainable development concept for health reasons.<sup>41</sup> According to the Declaration, every person has the right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical, mental and reproductive health, to basic and affordable healthcare services, and to have access to medical facilities. The ASEAN member states will create a positive environment in overcoming stigma, silence, denial and discrimination in the prevention, treatment, care and support of people suffering from communicable diseases, including HIV/AIDS.<sup>42</sup> Hence, in view of the above factors, the health of single man can be restricted due to the necessity to ensure the well-being of the whole population.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights adopted on 2 April 1993, Bangkok, Singapore; Y. Ghai, *Human Rights and Governance: The Asia Debate*, Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law No. 1, 2000, pp. 9–52; G. Wiessala, *Catalysts and Inhibitors – The Role and Meaning of Human Rights in EU-Asia Relations*, CERC Working Papers Series No. 1, 2007, University of Melbourne, Melbourne; E. Fitriani, *The Impact of the EU Crisis on EU-ASEAN Relations*, Geopolitics, History, and International Relations No. 6(11), 2014, p. 82.

<sup>39</sup> A. Follesdal, *Human Rights and Relativism*, [in:] A. Follesdal, T. Pogge (eds), *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institution*, Springer, Dordrecht 2005, pp. 265–283.

<sup>40</sup> S.H. Olsen, S. Teoh, I. Miyazawa, *ASEAN Community and the Sustainable Development Goals: Positioning Sustainability at the Heart of Regional Integration*, [in:] *Greening Integration in Asia: How Regional Integration Can Benefit People and the Environment*, Institute for Global Environmental Strategies No. 7, 2015, pp. 55–77.

<sup>41</sup> G.J. Naldi, K.D. Magliveras, *The ASEAN Human Rights Declaration*, International Human Rights Law Review No. 3, 2014, pp. 183–208.

<sup>42</sup> J. Ling-Chien Neo, *Religious Freedom and the ASEAN Human Rights Declaration: Prospects and Challenges*, Review of Faith and International Affairs No. 14(4), 2016, pp. 4–15.

<sup>43</sup> See R. Canaway, *Integration of Traditional and Complementary Medicine in South-East Asia: Public Health, Safety and Management. A Report for WHO-SEARO*, World Health Organization – South-East Asia Regional Office, New Delhi 2015.

#### 4. ASEAN-EU ENHANCED PARTNERSHIP AND SDG 3.5

According to the ASD, full implementation of SDG 3 is possible only if all entities participating in international relations cooperate effectively. In this context, the cooperation between the EU and the ASEAN seems to be crucial, especially in order to implement SDG 3.5. (strengthen the prevention and treatment of substance abuse, including narcotic drug abuse and harmful use of alcohol).<sup>44</sup> In the beginning, institutional cooperation on health protection against the effects of abusive substances was developing slowly and was affected by common cross-border threats. Presently, institutional grounds for cooperation on the joint implementation of SDGs are very strong.<sup>45</sup> The normative documents were: the ASEAN-EEC Cooperation Agreement, signed in March 1980,<sup>46</sup> the New Partnership with Southeast Asia of July 2003, and the Nuremberg Declaration on an EU-ASEAN Enhanced Partnership of March 2007 and its Plan of Action of November 2007.<sup>47</sup> In the light of the Nuremberg Declaration, the EU was committed to support the ASEAN in attaining the Drug Free ASEAN 2015 goals in identified areas through law enforcement cooperation and information dissemination.<sup>48</sup>

A breakthrough for the joint implementation of SDG 3, and SDG 3.5 in particular, was the inaugural High-Level ASEAN-EU Dialogue on Sustainable Development: Towards Achieving the Sustainable Development Goals (SDGs) held on 17 November in Bangkok.<sup>49</sup> During the meeting of Neven Mimica, European Commissioner for International Cooperation and Development, and Le Luong Minh, Secretary-General of the ASEAN, claimed that the ASEAN looked forward to enhancing cooperation with the EU in sustainable development, including through

---

<sup>44</sup> A. Diemer, M.E. Morales, G. Gladkykh, J. Torres, *European Union and Sustainable Development. Challenges and Prospects*, Editions Oeconomia, Clermont-Ferrand 2017, p. 8.

<sup>45</sup> The European Parliament resolution of 15 January 2014 on the future of the EU-ASEAN relations, 2013/2148(INI); 2016/C 482/11; See: R. Wong, S. Brown, *Changing Waters: Towards a New EU Asia Strategy. Stepping up EU-ASEAN Cooperation in Non-traditional Security*, The London School of Economics & Political Science (LSE), London 2016, pp. 79–85; V. Rollet, *The EU as a Health Actor in Asia: EU-Asian Interregional Response to Highly Pathogenic and (Re)-emerging Diseases*, [in:] H. Su (ed.), *Asia's EU Policies*, National Taiwan University Press, Taipei 2015, pp. 323–346.

<sup>46</sup> ASEAN-EEC Cooperation Agreement, signed in March 1980; P. de Lombaerde, G. Pietrangeli, M. Schulz, *The "Makability" of Regions. Towards an Evaluation of EU Support to Regional Integration Worldwide*, Conference on the European Union in International Affairs, Brussels, 24–26 April 2008.

<sup>47</sup> 2013/2148(INI); A.C. Robles, *An EU-ASEAN FTA: The EU's Failures as an International Actor*, *European Foreign Affairs Review* No. 13(4), 2008, p. 541.

<sup>48</sup> Plan of Action to Implement the Nuremberg Declaration on an EU-ASEAN Enhanced Partnership endorsed on 15 March 2007; *Drug-Free ASEAN 2015: Status and Recommendation*, United Nations Office on Drugs and Crime Regional Centre for East Asia and the Pacific, ASEAN, 2008; *Joint Declaration for a Drug-Free ASEAN*, ASEAN, 12 October 2012; Opinion of the European Economic and Social Committee on EU-ASEAN Relations, OJC, 21 January 2011, pp. 21–25.

<sup>49</sup> L. Sing Cheong, *ASEAN STI Direction for Achieving Sustainable Development Goals*, Regional Consultation on Achieving Sustainable Development Goals Through Science, Technology and Innovation, 20 March 2018.

promoting complementarities between the ASEAN Vision 2025 and SDGs.<sup>50</sup> As a result, ASEAN-EU Plan of Action was adopted. This document replaced the Bandar Seri Begawan Plan of Action to strengthen the ASEAN-EU Enhanced Partnership (2013–2017).<sup>51</sup> It is crucial for the two organizations and their cooperation on health security and cross-border threats to public health. The ASEAN and the EU have committed to enhance cooperation to address health matters, including pandemics. Both parties underlined it was important to strengthen coordination and cooperation in addressing the challenges of communicable diseases and emerging infectious diseases, including pandemics, and potential health threats or outbreak due to disasters, and to develop a network of existing agencies to enhance the effectiveness of regional surveillance and response towards Emerging Infectious Diseases (EID) for better preparedness for major disease outbreaks.<sup>52</sup> Eliminating these threats is crucial for the implementation of SDG 3.5.

## 5. SDG 3.5 AND THE PREVENTION AND TREATMENT OF NARCOTIC DRUG ABUSE

Illegal drug production and trade are visible symptoms of inequality which threaten SDG 3. This is why, both regional organizations agreed to fight these practices by any means necessary.<sup>53</sup> The ASEAN countries have always been committed to combating the drug menace in the region.<sup>54</sup> The strict drug policy of the President of the Philippines Rodrigo Duterte, followed since 2016, is one of the most well-known.<sup>55</sup> In spite of two resolutions of the European Parliament, he did not cease to call to fight against drug addicts and dealers of the Philippines.<sup>56</sup> An IHRA report divides

<sup>50</sup> *Complementarities between the ASEAN Community Vision 2025 and the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development: A Framework for Action*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), Bangkok 2017, pp. 18–22.

<sup>51</sup> EEAS, SEAE, *90 Joint Actions in the Period 2013–2017 in the Areas of Political-Security, Economic-Trade and Socio-Cultural*, adopted at the ASEAN-EU Ministerial Meeting in Bandar Seri Begawan (Brunei) on 27 April 2012.

<sup>52</sup> L. Alison, *The EU, ASEAN and Interregionalism: Regionalism Support and Norm Diffusion Between the EU and ASEAN*, Palgrave Macmillan, Robles, UK 2008, p. 190.

<sup>53</sup> European Union Statement on the occasion of the Intersessional Meeting on 16–17 November 2017, Commission on Narcotic Drugs 60th session, Vienna, 17 November 2017.

<sup>54</sup> L. Giommoni, *How do Illicit Drugs Move Across Countries? A Network Analysis of the Heroin Supply to Europe*, *Journal of Drug Issues* No. 47(2), 2016, p. 2; A. Talpur, T.P. George, *A Review of Drug Policy in the Golden Crescent: Towards the Development of More Effective Solutions*, *Asian Journal of Psychiatry* No. 12, 2014, pp. 31–35.

<sup>55</sup> See: P.N. Newton et al., *The Primacy of Public Health Considerations in Defining Poor Quality Medicines*, *PLoS Medicine* No. 8(12), 2012, p. 4; K. Holdak, *Wpływ gospodarki opiatowej w Afganistanie na bezpieczeństwo tego państwa i rynek narkotykowy w Europie*, *Bezpieczeństwo Narodowe* No. 3–4, 2007, p. 256; D.R. Mares, *Institutions, the Illegal Drug Trade, and Participant Strategies: What Corrupt or Pariah States Have in Common with Liberal Democracy and the Rule of Law*, *International Interactions* No. 35, 2009, pp. 207–239; M.R. Thompson, *Bloodied Democracy: Duterte and the Death of Liberal Reformism in the Philippines*, *Journal of Current Southeast Asian Affairs* No. 35, 2017, pp. 39–68.

<sup>56</sup> European Parliament resolution of 15 September 2016 on the Philippines (2016/2880(RSP); European Parliament resolution of 16 March 2017 on the Philippines – the case of Senator Leila M. De Lima (2017/2597(RSP)).

Asian countries to three categories: countries which are only symbolically engaged in the “war against drugs”, countries which are moderately engaged, and countries which are seriously engaged in fighting drug crime. The diversity discussed above impedes the joint implementation of SDG 3.5. That is why, the ASEAN countries decided to strengthen the prevention and treatment of substance abuse, including narcotic drug abuse. This goal was set in the ASEAN Political-Security Community Blueprint, in which the “Drug-free ASEAN” slogan was proclaimed. This idea was repeated in the ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025.<sup>57</sup>

In order to implement SDG 3.5, it is necessary to enhance cooperation on border control. Those who smuggle drugs and abusive substances are still prospering on the black marketing China.<sup>58</sup> This is because the biggest number of death penalties for the offences connected with narcotic business are imposed and executed in China, although the exact number of those judgments is secret. According to unofficial sources, in 2006 approximately 7,500 people were executed,<sup>59</sup> in 2007, according to various estimates – from 2,000 to 15,000, while in 2008 – 1,718. However, these data are considered understated. The Xinhua press agency has revealed that between January and May of 2009, courts heard 14,282 cases of drug-related offences, and in 6,679 cases penalties ranging from imprisonment to death punishment were imposed.<sup>60</sup> Despite the lack of official information, China is considered to be the world’s top executioner, executing more people than all other countries combined in 2017. Only in June of 2018, a crowd of 300 people watched two alleged drug traffickers sentenced to death.<sup>61</sup>

Not only domestic legal regulations, including the EU decisions directed to its member states, but also legislative measures adopted by national authorities are to serve counteracting drug smuggling from Asian countries to Europe. Indonesia has one of the strictest anti-drug laws in the world. Possession and smuggling of drugs carry death penalty there. In Malaysia, between 2011 and 2016, over 15,000 people were arrested altogether for drug possession or dealing. Only in 2011, 83 death sentences were executed, including 22 on nationals of other countries, predominantly the EU citizens. Whereas in Vietnam, in 2011, at least 27 people were sentenced to death penalty in relation to drug policy.<sup>62</sup> Only in January 2015, the number of five nationals of the EU member states were executed in Indonesian prisons. In that light, the priority for the

---

<sup>57</sup> The ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025 Jakarta: ASEAN Secretariat, March 2016.

<sup>58</sup> The ASEAN Work Plan on Securing Communities Against Illicit Drugs 2016–2025, Jakarta: ASEAN Secretariat, June 2017.

<sup>59</sup> D.J. Michalski, *The Death Penalty in the Criminal Law of China – an Outline of the Institution*, Gdansk Journal of East Asian Studies No. 2, 2012, pp. 150–157.

<sup>60</sup> H. Lu, L. Zhang, *Death Penalty in China: The Law and the Practice*, Journal of Criminal Justice No. 33(4), 2005, pp. 367–376; H. Lu, T. Miethe, B. Liang, *China’s Drug Practices and Policies Regulating Controlled Substances in a Global Context*, [in:] H. Lu, T. Miethe, B. Liang (eds), *China’s Drug Practices and Policies*, Ashgate, Routledge 2009.

<sup>61</sup> *Death Sentences and Executions 2017*, London, Amnesty International, 2018, p. 20.

<sup>62</sup> See: H. Thanh Luong, *Transnational Drugs Trafficking from West Africa to Southeast Asia: A Case Study of Vietnam*, Journal of Law and Criminal Justice No. 3(2), 2015, pp. 37–54; R. Emmers, *ASEAN and the Securitization of Transnational Crime in Southeast Asia*, The Pacific Review No. 16(3), 2003, pp. 419–438.



ASEAN and the EU is to work together with a view of facilitating the implementation of the ASEAN Work Plan on Securing Communities Against Illicit Drugs (2016–2025).<sup>63</sup> An internal review of this Work Plan will be undertaken in 2018 and 2022 by the ASEAN Senior Officials on Drug Matters, which is now the main ASEAN body responsible for handling drug-related matters.<sup>64</sup> It follows from the above that the efforts to achieve the Sustainable Development Goals and to effectively address and counteract the world drug problem are complementary and mutually reinforcing.

## 6. FINAL REMARKS

Despite closer cooperation between the EU and ASEAN member states, due to which these countries make regulations that prevent smuggling and their public authorities implement plans and strategies directed against drugs, the supply of abusive substances responds to the Europeans' growing demand for drugs. Hence, a goal which was expressed in the EU documents and in the ASEAN Political-Security Community Blueprint. The only way to completely eradicate drug trafficking is to enhance cooperation between law officials from the EU and ASEAN member states. On the global level, they ought not to fight only poverty which aids drug production. Only then will the implementation of SDG 3 be fully possible.

For the fight against drug trade and smuggling to be effective, it is necessary to cooperate with other countries from the region which are not the ASEAN member states. The chances of achieving SDG 3.5 are getting slimmer as well. Far too many people still risk their health and cannot resist the urge to use drugs. Because of that, it is not realistic to expect that drug trade and the smuggling of drugs to Europe will be completely eradicated or that the ASEAN Drug-Free zone will be established by 2030. Technical measures available to smugglers are becoming more and more advanced and the demand for abusive substances in Europe does not fall.

## BIBLIOGRAPHY

- Abbing R., *Health Law and the European Union*, European Journal of Health Law No. 1, 1994.
- Alecu de Flers N., *EU-ASEAN Relations: The Importance of Values, Norms and Culture*, EU Centre, Singapore Working Paper No. 1(6), 2010.
- Alison L., *The EU, ASEAN and Interregionalism: Regionalism Support and Norm Diffusion Between the EU and ASEAN*, Palgrave Macmillan, Robles, UK 2008.
- Arts K., *Inclusive Sustainable Development: A Human Rights Perspective*, Current Opinion in Environmental Sustainability No. 14, 2017.

<sup>63</sup> ASEAN Work Plan on Securing Communities Against Illicit Drugs (2016–2025), adopted by the 5th ASEAN Ministerial Meeting on Drug Matters (AMMD) held in Singapore on 19–20 October 2016; N. Nazar, *ASEAN's Role in Conflict Management: Active and Effective?*, IAPS Dialogue, 14 November 2017.

<sup>64</sup> Z. Othman, *Human Security in Southeast Asia: A Case Study of Illicit Drug Trafficking as a Transnational Threat in Myanmar (Burma)*, 4th Community East Asian Scholars Workshop at Thammasat University, Thailand 8–10 January 2014.

- Bitadze M., *Reducing Environmental Risks and Strengthening Good Environmental Governance*, paper presented at the 25th OSCE Economic and Environmental Forum: Greening the Economy and Building Partnerships for Security in the OSCE Regional Concluding Meeting, Prague, 6–8 September 2017.
- Björn-Ola L., Selin H., *The United Nations Conference on Sustainable Development: Forty Years in the Making*, Environment and Planning C: Politics and Space No. 31(6), 2013.
- Bomerg E., *Adapting Form to Function? From Economic to Sustainable Development Governance in the European Union*, [in:] W.M. Lafferty (ed.), *Governance for Sustainable Development: The Challenge of Adapting Form to Function*, Cheltenham, Northampton 2004.
- Brown G. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Open Book Publishers, Cambridge, 2016.
- Camroux D., *The European Union and ASEAN: Two to Tango?*, Dépôt legal, Notre Europe 2008.
- Canaway R., *Integration of Traditional and Complementary Medicine in South-East Asia: Public Health, Safety and Management. A Report for WHO-SEARO*, World Health Organization – South-East Asia Regional Office, New Delhi 2015.
- Cassels A., *Health, Development and the Millennium Development Goals*, Pathogens and Global Health No. 5–6, 2006.
- Diemer A., Morales M.E., Gladkykh G., Torres J., *European Union and Sustainable Development. Challenges and Prospects*, Editions Oeconomia, Clermont-Ferrand 2017.
- Djiwandono S., *Europe and Southeast Asia*, [in:] H. Maull, G. Segal, J. Wanandi (eds), *Europe and the Asia Pacific*, Routledge, London 1998.
- Emmers R., *ASEAN and the Securitization of Transnational Crime in Southeast Asia*, The Pacific Review No. 16(3), 2003.
- Fehling Brett M. et al., *Limitations of the Millennium Development Goals: A Literature Review*, Global Public Health No. 8(10), 2013.
- Fitriani E., *The Impact of the EU Crisis on EU-ASEAN Relations*, Geopolitics, History, and International Relations No. 6(11), 2014.
- Follesdal A., *Human Rights and Relativism*, [in:] A. Follesdal, T. Pogge (eds), *Real World Justice: Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institution*, Springer, Dordrecht 2005.
- Fukuyama F., *Confucianism and Democracy*, Journal of Democracy No. 6(2), 1995.
- Gao Y., *Confucius and Plato on Virtue and its Implementation in Education for International Understanding: A Comparative Study*, American Journal of Educational Research No. 3(19), 2016.
- Ghai Y., *Human Rights and Governance: The Asia Debate*, Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law No. 1, 2000.
- Giommoni L., *How do Illicit Drugs Move Across Countries? A Network Analysis of the Heroin Supply to Europe*, Journal of Drug Issues No. 47(2), 2016.
- Giorgetta S., *The Right to a Healthy Environment*, Human Rights and Sustainable Development, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics No. 22, 2002.
- Haileamlak A., *Millennium Development Goals: Lessons Learnt and the Way Forward*, Ethiopian Journal of Health Sciences No. 24(4), 2014.
- Halimarski A., *Trzy kręgi polityki zagranicznej Chin*, Książka i Wiedza, Warsaw 1982.
- Hannum H., *The UDHR in National and International Law*, Health and Human Rights No. 2, 1998.
- Hołdak K., *Wpływ gospodarki opiatowej w Afganistanie na bezpieczeństwo tego państwa i rynek narkotykowy w Europie*, Bezpieczeństwo Narodowe No. 3–4, 2007.
- Kumar S. et al., *Millennium Development Goals (MDGs) to Sustainable Development Goals (SDGs): Addressing Unfinished Agenda and Strengthening Sustainable Development and Partnership*, Indian Journal of Community Medicine No. 41(1), 2016.

- Ling-Chien Neo J., *Religious Freedom and the ASEAN Human Rights Declaration: Prospects and Challenges*, Review of Faith and International Affairs No. 14(4), 2016.
- Lomazzi M. et al., *MDGs – A Public Health Professional's Perspective from 71 Countries*, Journal of Public Health Policy No. 34, 2013.
- Lombaerde P., Pietrangeli G., Schulz M., *The "Makability" of Regions. Towards an Evaluation of EU Support to Regional Integration Worldwide*, Conference on the European Union in International Affairs, Brussels, 24–26 April 2008.
- Lu H., Miethe T., Liang B., *China's Drug Practices and Policies Regulating Controlled Substances in a Global Context*, [in:] H. Lu, T. Miethe, B. Liang (eds), *China's Drug Practices and Policies*, Ashgate, Routledge 2009.
- Lu H., Zhang L., *Death penalty in China: The Law and the Practice*, Journal of Criminal Justice No. 33(4), 2005.
- Maier-Knapp N., *The EU and Non-traditional Security in Southeast Asia*, [in:] D. Novotny, C. Portela (eds), *EU-ASEAN Relations in the 21st Century: Strategic Partnership in the Making*, Macmillan, Houndmills-Basingstoke 2012.
- Mares D.R., *Institutions, the Illegal Drug Trade, and Participant Strategies: What Corrupt or Pariah States Have in Common with Liberal Democracy and the Rule of Law*, International Interactions No. 35, 2009.
- McGoldrick D., *Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception*, International and Comparative Law Quarterly No. 45, 2004.
- McInnes R., *Sustainable Development Goals*, [in:] C.M. Finlayson et al. (eds), *The Wetland Book*, Springer, Dordrecht 2016.
- Michalski D.J., *The Death Penalty in the Criminal Law of China – an Outline of the Institution*, Gdansk Journal of East Asian Studies No. 2, 2012.
- Murphy T., *Health and Human Rights*, Oxford–Portland–Oregon, Hart Publishing 2013.
- Naldi G.J., Magliveras K.D., *The ASEAN Human Rights Declaration*, International Human Rights Law Review No. 3, 2014.
- Nazar N., *ASEAN's Role in Conflict Management: Active and Effective?*, IAPS Dialogue, 14 November 2017.
- Newton P.N. et al., *The Primacy of Public Health Considerations in Defining Poor Quality Medicines*, PLoS Medicine No. 8(12), 2012.
- Ning Yang C., Ying-Shih Y., Wang G., *Lee Kuan Yew Through the Eyes of Chinese Scholars*, S. Rajaratnam School of International Studies, Singapore 2017.
- Olsen S.H., Teoh S., Miyazawa I., *ASEAN Community and the Sustainable Development Goals: Positioning Sustainability at the Heart of Regional Integration*, [in:] *Greening Integration in Asia: How Regional Integration Can Benefit People and the Environment*, Institute for Global Environmental Strategies No. 7, 2015.
- Othman Z., *Human Security in Southeast Asia: A Case Study of Illicit Drug Trafficking as a Transnational Threat in Myanmar (Burma)*, 4th Community East Asian Scholars Workshop at Thammasat University, Thailand, 8–10 January 2014.
- Plato, *Państwo*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 2001.
- Riedel E.H., *The Human Right to Health: Conceptual Foundations*, [in:] A. Clapham, M. Robinson (eds), *Realizing the Right to Health*, Rüfe&Rub, Zurich 2009.
- Robles A.C., *An EU-ASEAN FTA: The EU's Failures as an International Actor*, European Foreign Affairs Review No. 13(4), 2008.
- Rollet V., *The EU as a Health Actor in Asia: EU-Asian Interregional Response to Highly Pathogenic and (Re)-emerging Diseases*, [in:] H. Su (ed.), *Asia's EU Policies*, National Taiwan University Press, Taipei 2015.

- Sen A., *Human Rights and Asian Values*, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, New York, 1997.
- Servaes J., *Conclusion. Are the SDGs "Sustainable?"*, [in:] J. Servaes (ed.), *Sustainable Development Goals in the Asian Context*, Springer, Singapore 2017.
- Sing Cheong L., *ASEAN STI Direction for Achieving Sustainable Development Goals*, Regional Consultation on Achieving Sustainable Development Goals Through Science, Technology and Innovation, 20 March 2018.
- Stewart F., *The Sustainable Development Goals: A Comment*, *Journal of Global Ethics* No. 11(3), 2015.
- Subramaniam S., *The Asian Debate: Implications for the Spread of Liberal Democracy*, *Asian Affairs* No. 7(1), 2000.
- Symonides J., *Wartości azjatyckie a prawa człowieka*, [in:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (eds), *Azjatyckie systemy ochrony praw człowieka*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2016.
- Tabaszewski R., *Human Rights and Freedoms in Systems of Human Rights Protection*, [in:] K. Koziół (ed.), *Wolność człowieka i jej granice*, Wydawnictwo Regis, Lublin 2017.
- Talpur A., George T.P., *A Review of Drug Policy in the Golden Crescent: Towards the Development of More Effective Solutions*, *Asian Journal of Psychiatry* No. 12, 2014.
- Thanh Luong H., *Transnational Drugs Trafficking from West Africa to Southeast Asia: A Case Study of Vietnam*, *Journal of Law and Criminal Justice* No. 3(2), 2015.
- Thompson M.R., *Bloodied Democracy: Duterte and the Death of Liberal Reformism in the Philippines*, *Journal of Current Southeast Asian Affairs* No. 35, 2017.
- Tobin J., *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Toebes B., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia-Hart, Antwerpen 1999.
- Wiessala G., *Catalysts and Inhibitors – The Role and Meaning of Human Rights in EU-Asia Relations*, CERC Working Papers Series No. 1, 2007, University of Melbourne, Melbourne 2007.
- Wong R., Brown S., *Changing Waters: Towards a New EU Asia Strategy. Stepping up EU-ASEAN Cooperation in Non-traditional Security*, The London School of Economics & Political Science (LSE), London 2016.
- Zakaria F., Kuan Yew L., *Culture is Destiny: A Conversation with Lee Kuan Yew*, *Foreign Affairs* No. 73(2), 1994.

#### **Legal documents (chronologically)**

- United Nations Charter and Statute of the International Court of Justice, signed on 26 June 1945 at the San Francisco Conference.
- Universal Declaration of Human Rights adopted 10 December 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 at 71 (1948).
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted 16 December 1966, UNTS 993: 3.
- International Covenant on Civil and Political Rights adopted 16 December 1966, UNTS 999: 171.
- Stockholm Conference on the Human Environment, 5–16 June 1972, A/CONF.48/14/REV.1.
- Rio de Janeiro Earth Summit, Rio Declaration, 3–14 June 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I).
- Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights, Bangkok, Singapore, adopted on 2 April 1993.
- Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, 12 July 1993.
- UN Millennium Declaration, 18 September 2000, A/RES/55/2.
- EU (2000) Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01, 7 December 2000.

- 2005 World Summit Outcome, 16 September 2005, A/RES/60/1.
- Plan of Action to Implement the Nuremberg Declaration on an EU-ASEAN Enhanced Partnership endorsed on 15 March 2007.
- Drug-Free ASEAN 2015: Status and Recommendations*, United Nations Office on Drugs and Crime Regional Centre for East Asia and the Pacific, ASEAN, 2008.
- Opinion of the European Economic and Social Committee on EU-ASEAN Relations, OJC, 21 January 2011.
- AFET, ASEAN: *Integration, Internal Dynamics and External Relations*, European Parliament, Brussels 2012.
- EEAS, SEAE, *90 Joint Actions in the Period 2013–2017 in the Areas of Political-Security, Economic-Trade and Socio-Cultural*, adopted at the ASEAN-EU Ministerial Meeting in Bandar Seri Begawan (Brunei) on 27 April 2012.
- ASEAN, *Joint Declaration for a Drug-Free ASEAN*, 12 October 2012.
- Realizing the Millennium Development Goals and other internationally agreed development goals for persons with disabilities towards 2015 and beyond, 12 September 2014, A/RES/68/309.
- European Commission, Communication from the Commission on effective, accessible and resilient health systems, COM(2014) 215 final.
- Millennium Development Goals, 27 July 2015, A/RES/69/313.
- UN General Assembly, 21 October 2015, A/RES/70/1.
- United Nations Millennium Development Goals Report, New York, United Nations 2015.
- The European Parliament resolution of 15 January 2014 on the future of EU-ASEAN relations, 2013/2148(INI), 2016/C 482/11.
- World Health Organization, World Health Statistics 2016, *Monitoring Health for the SDGs*, Geneva 2016.
- The ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint 2025 Jakarta: ASEAN Secretariat, March 2016.
- European Parliament resolution of 15 September 2016 on the Philippines (2016/2880(RSP)).
- ASEAN Work Plan on Securing Communities Against Illicit Drugs (2016–2025), adopted by the 5th ASEAN Ministerial Meeting on Drug Matters (AMMD) held in Singapore on 19–20 October 2016.
- European Parliament resolution of 16 March 2017 on the Philippines – the case of Senator Leila M. De Lima (2017/2597(RSP)).
- The ASEAN Work Plan on Securing Communities Against Illicit Drugs 2016–2025, Jakarta: ASEAN Secretariat, June 2017.
- European Commission, Summary, State of Health in the EU, Brussels 2017.
- Eurostat, Sustainable Development in European Union. Monitoring Report on Progress Towards SDGs in an EU Context, European Union, Luxembourg 2017.
- UN, *Complementarities between the ASEAN Community Vision 2025 and the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development: A Framework for Action*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), Bangkok 2017.
- UN Factsheets, “Why it matters” and World Bank Group, Atlas of Sustainable Development Goals, World Development Indicators, UN, New York 2017.
- UNCTAD, *Achieving the Sustainable Development Goals Through Consumer Protection*, New York–Geneva, United Nations 2017.
- European Union Statement on the occasion of the Intersessional Meeting 16–17 November 2017, Commission on Narcotic Drugs 60th session, Vienna, 17 November 2017.
- Death Sentences and Executions 2017*, London, Amnesty International, 2018.

## ACHIEVING SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS IN EUROPE AND ASIA: THE ROLE OF REGIONAL ORGANIZATIONS IN MONITORING HUMAN RIGHT TO HEALTH AND WELL-BEING

### Summary

The purpose of this paper is to investigate the role of European and Asian regional organizations in monitoring of progress towards SDG 3 and to scrutinize similarities and differences in the previous approach of European and Asian countries to sustainable development goals. In 2015, the UN Agenda for Sustainable Development was adopted. Since then, regional international organizations, including the EU and the ASEAN, have been obliged to include 17 Sustainable Development Goals in their policies. The article focuses on SDG 3, which concerns protecting health and well-being. The article was prepared on the basis of the following research methods: legal dogmatic, systematic and comparative. Attention has been drawn to different approaches towards human health adopted by the EU and the ASEAN, according to which it can be perceived as a human right or a quality important for the whole society and nation. Potential grounds for cooperation in SDG and SDG 3 are also presented. The normative and institutional efforts to achieve the Sustainable Development Goals and to effectively address them are complementary and mutually reinforcing.

Keywords: Sustainable Development Goals, United Nations Organization, Agenda for Sustainable Development, international human rights law, ASEAN, European Union

## REALIZACJA CELÓW ZRÓWNOWAŻONEGO ROZWOJU W EUROPIE I AZJI: ROLA ORGANIZACJI REGIONALNYCH W MONITOROWANIU PRAWA DO OCHRONY ZDROWIA I DOBROSTANU

### Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest rola międzynarodowych organizacji regionalnych w monitorowaniu realizacji celów zrównoważonego rozwoju oraz podejście normatywne krajów europejskich i azjatyckich do tych celów. W 2015 r. przyjęto Agendę ONZ na rzecz Zrównoważonego Rozwoju. W związku z tym instrumentem regionalne organizacje międzynarodowe, w tym Unia Europejska i ASEAN, zostały zobowiązane do uwzględnienia w swoich politykach 17 celów zrównoważonego rozwoju. W artykule skoncentrowano się na SDG 3, który dotyczy ochrony zdrowia i dobrostanu (*well-being*). Artykuł został przygotowany na podstawie następujących metod badawczych: metody dogmatycznej, metody komparatystycznej oraz analizy systemowej. Zwrócono uwagę na różne podejścia do zdrowia ludzi przyjęte przez UE i ASEAN. Przedstawiono również potencjalne podstawy normatywne wzajemnej współpracy organizacji regionalnych w zakresie realizacji SDG i SDG 3. Uznano, że wspólne wysiłki normatywne i instytucjonalne regionalnych organizacji międzynarodowych, zmierzające do osiągnięcia celów zrównoważonego rozwoju, mają charakter komplementarny w stosunku do istniejących instrumentów prawnych w systemie uniwersalnym ochrony praw człowieka, stąd też w artykule uznano, że częściowo te instrumenty prawne wzajemnie się uzupełniają.

Słowa kluczowe: cele zrównoważonego rozwoju, Organizacja Narodów Zjednoczonych, Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju, prawo międzynarodowe dotyczące praw człowieka, ASEAN, Unia Europejska

## ЕЖЕКУЦИОН ДЕ ФИДЕС ДЕЛ ДЕСАРРОЛЛО СОСТЕНИБЛЕ ЕН ЕУРОПА Й АСИА: ПАПЕЛ ДЕ ОРГАНИЗАЦИОНЕС РЕГИОНАЛЕС ЕН ЛА СУПЕРВИСИОН ДЕ ДЕРЕЧО А ЛА ПРОТЕКЦИОН ДЕ САЛУД Й БИЕНЕСТАР

### Resumen

El presente artículo trata de papel de las organizaciones internacionales regionales que consiste en supervisar la ejecución de fines del desarrollo sostenible y actitud normativa de países europeos y asiáticos hacia estos fines. En el 2015 fue adoptada la agenda de la ONU para el Desarrollo Sostenible. En relación con esta herramienta, las organizaciones internacionales regionales, incluyendo la Unión Europea y ASEAN, quedaron obligadas a incluir en su política los 17 fines del desarrollo sostenible. El artículo se centra en SDG3, relativo a la protección de salud y de bienestar (*well-being*). El artículo ha sido preparado en virtud de los siguientes métodos de investigación: dogmático, comparativo, y análisis sistemática. Destaca la diferente actitud hacia la salud de seres humanos adoptada por la UE y ASEAN. El artículo presenta también potenciales bases normativas de cooperación entre organizaciones internacionales regionales en cuanto a la ejecución de SDG y SDG3. Se considera que los esfuerzos normativos e institucionales conjuntos de las organizaciones internacionales regionales para conseguir fines del desarrollo sostenible tienen carácter complementario a las herramientas jurídicas existentes en el sistema universal de protección de derechos humanos, por lo tanto en el artículo se admite que parcialmente dichas herramientas jurídicas se complementan.

Palabras claves: fines del desarrollo sostenible, Organización de Naciones Unidas, Agenda para el desarrollo sostenible, derecho internacional de derechos humanos, ASEAN, Unión Europea

## РЕАЛИЗАЦИЯ ЦЕЛЕЙ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ В ЕВРОПЕ И АЗИИ: РОЛЬ РЕГИОНАЛЬНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В НАБЛЮДЕНИИ ЗА ПРАВОМ НА ЗДРАВООХРАНЕНИЕ И БЛАГОПОЛУЧИЕ

### Резюме

Предметом настоящей статьи является роль международных региональных организаций в мониторинге реализации целей устойчивого развития, а также нормативный подход европейских и азиатских государств к этим целям. В 2015 году была принята Повестка дня ООН в области устойчивого развития, в связи с которой региональные международные организации, включая Европейский Союз и АСЕАН, должны были включить в свою политику реализацию 17 целей в области устойчивого развития. В статье особое внимание обращено на ЦУР3, которая касается обеспечения здорового образа жизни и содействия благополучию (*well-being*). В статье использованы следующие методы исследования: догматический метод, сравнительный метод и метод системного анализа. Обращено внимание на различные подходы к здоровью человека, принятые в ЕС и АСЕАН. Представлены также потенциальные нормативные основы взаимного сотрудничества между региональными организациями в рамках реализации ЦУР и ЦУР3. Было признано, что совместные нормативные и институциональные усилия региональных международных организаций, направленные на достижение целей устойчивого развития, дополняют существующие правовые инструменты в универсальной системе защиты прав человека, поэтому в статье подчеркивается, что эти правовые инструменты частично дополняют друг друга.

Ключевые слова: цели устойчивого развития, Организация Объединённых Наций, Повестка дня ООН в области устойчивого развития, международное право в области прав человека, АСЕАН, Европейский союз

## ABWICKLUNG VON ZIELEN AUSGEGLICHERER ENTWICKLUNG IN EUROPA UND IN ASIEN: ROLLE DER REGIONALEN ORGANISATIONEN IN DER NACHVERFOLGUNG DES GESUNDHEITS- UND WOHLSTANDSRECHTES

### Zusammenfassung

Gegenstand dieses Artikels ist die Rolle der regionalen internationalen Organisationen in der Nachverfolgung der Zielabwicklung einer ausgeglichenen Entwicklung und die normative Herangehensweise europäischer und asiatischer Länder zu diesen Zielen. Es wurde eine Vereinter Nationen-Agenda (VN) zugunsten ausgeglichener Entwicklung angenommen, in diesem Zusammenhang wurden gemäß dieses Instrumentes regionale internationale Organisationen, darunter die Europäische Union (EU) und ASEAN verpflichtet, die 17 Ziele der ausgeglichenen Entwicklung in ihrer Politik zu berücksichtigen. In diesem Artikel fokussierte sich man auf SDG3 (Sustainable Development 3), welcher den Gesundheitsschutz und Wohlstand (*well-being*) betrifft. Der Artikel wurde anhand folgender Untersuchungsmethoden vorbereitet: dogmatische Methode, komparatistische Methode und Systemanalyse. Er wurde auf verschiedene Herangehensweisen zur menschlichen Gesundheit hingewiesen, was seitens der EU und ASEAN angenommen worden ist. Potenzielle normative Grundlagen gegenseitiger, reziproken Zusammenarbeit der regionalen Organisationen in Abwicklungsbereichen von SDG und SDG3 wurden vorgeführt. Es wurde beschlossen, dass gemeinsame normative und institutionelle Bemühungen von regionalen internationalen Organisationen, die nach Erreichung der Ziele einer regionalen internationalen Organisationen streben, einen komplementären Charakter entgegen der vorhandenen Rechtsinstrumente im universellen System des Menschenrechtsschutzes haben, deswegen stellte man auch in diesem Artikel fest, dass sich diese Instrumente teilweise gegenseitig ergänzen.

Schlüsselwörter: Ziele der ausgeglichenen Entwicklung, Vereinte Nationen (VN), Agenda zugunsten der ausgeglichenen Entwicklung, internationales Recht, Menschenrechte, ASEAN, Europäische Union (EU)

## MISE EN ŒUVRE DES OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE EN EUROPE ET EN ASIE: LE RÔLE DES ORGANISATIONS RÉGIONALES DANS LA SURVEILLANCE DU DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE

### Résumé

Le sujet de cet article est le rôle des organisations internationales régionales dans le suivi de la mise en œuvre des objectifs de développement durable et l'approche normative des pays européens et asiatiques à ces fins. En 2015, l'agenda des Nations Unies pour le développement durable a été adopté. Dans le cadre de cet instrument, les organisations internationales



régionales, notamment l'Union européenne et l'ANASE, ont été obligées d'inclure 17 objectifs de développement durable dans leurs politiques. L'article se concentre sur l'ODD 3, qui traite de la protection de la santé et du bien-être. L'article a été préparé sur la base des méthodes de recherche suivantes : la méthode dogmatique, la méthode comparative et l'analyse systémique. Une attention particulière a été accordée aux différentes approches de la santé humaine adoptées par l'UE et l'ANASE. La base normative potentielle pour la coopération mutuelle entre les organisations régionales dans la mise en œuvre des ODD et de l'ODD 3 a également été présentée. Il a été reconnu que les efforts normatifs et institutionnels conjoints des organisations internationales régionales visant à atteindre les objectifs de développement durable complètent les instruments juridiques existants dans le système universel de protection des droits de l'homme. Cet article reconnaît donc que ces instruments juridiques se complètent en partie.

Mots-clés: objectifs de développement durable, Nations Unies, Agenda pour le développement durable, Droit international des droits de l'homme, ANASE, Union européenne

#### ATTUAZIONE DEGLI OBIETTIVI DI SVILUPPO SOSTENIBILE IN EUROPA E IN ASIA: IL RUOLO DELLE ORGANIZZAZIONI REGIONALI NEL MONITORAGGIO DEL DIRITTO ALLA SALUTE E AL BENESSERE

##### Sintesi

L'oggetto di questo articolo è il ruolo delle organizzazioni internazionali a carattere regionale nel monitorare l'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile e l'approccio normativo dei paesi europei e asiatici a tali obiettivi. Nel 2015 è stata adottata l'Agenda delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile. In relazione con questo strumento, le organizzazioni internazionali a carattere regionale, comprese l'Unione europea e l'ASEAN, hanno dovuto includere nelle loro politiche 17 obiettivi dello sviluppo sostenibile. L'articolo si concentra su SDG 3, che riguarda la salute e il benessere (*well-being*). L'articolo è stato preparato sulla base dei seguenti metodi di ricerca: metodo dogmatico, metodo comparativo e analisi sistemica. È stata richiamata l'attenzione sui diversi approcci alla salute umana adottati dall'UE e dall'ASEAN. Viene inoltre presentata la potenziale base normativa per la cooperazione reciproca delle organizzazioni regionali nell'attuazione di SDG e SDG3. È stato riconosciuto che gli sforzi normativi e istituzionali congiunti delle organizzazioni internazionali a carattere regionale, volti a raggiungere gli obiettivi dello sviluppo sostenibile, sono complementari agli strumenti giuridici esistenti nel sistema universale di tutela dei diritti umani, pertanto l'articolo riconosce che tali strumenti giuridici sono in parte complementari.

Parole chiave: obiettivi di sviluppo sostenibile, Nazioni Unite, Agenda per lo sviluppo sostenibile, Diritto internazionale dei diritti umani, ASEAN, Unione europea

**Cytuj jako:**

Tabaszewski R.K., *Achieving Sustainable Development Goals in Europe and Asia: the role of regional organizations in monitoring human right to health and well-being* [Realizacja celów zrównoważonego rozwoju w Europie i Azji: rola organizacji regionalnych w monitorowaniu prawa do ochrony zdrowia i dobrostanu], „*Ius Novum*” 2019 (Vol. 13) nr 2, s. 255–274. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.25/r.k.tabaszewski

**Cite as:**

Tabaszewski, R.K. (2019) ‘Achieving Sustainable Development Goals in Europe and Asia: the role of regional organizations in monitoring human right to health and well-being’. *Ius Novum* (Vol. 13) 2, 255–274. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.25/r.k.tabaszewski

# PROTECTING CONSCIENTIOUS OBJECTION AS THE “HARD CORE” OF HUMAN DIGNITY\*

MICHAŁ SKWARZYŃSKI\*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.26/m.skwarzynski

## 1. INTRODUCTION

The aim of this article is to present the results of research on the source of conscientious objection, i.e. human dignity. It seems that the system of human rights has the task to provide a normative expression of human dignity. The essence of the protection of these rights is based precisely on anchoring in dignity. If, therefore, it is proved that conscientious objection should be protected in the system of human rights, then a natural problem arises of indicating what element of dignity it applies to.

This is a matter of a specific, effective and current interaction of soft law, hard law and *ius cogens* of international law related with conscientious objection. The problem of conscientious objection is currently the subject of the analysis of the doctrine in connection with the judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 7 October 2015 in case K 12/14, which concerned the doctor's conscience clause.<sup>1</sup>

Of course, these considerations cannot include the whole analysis of the essence of *ius cogens* or soft law in international law. It is clear that in international law the catalogue of *ius cogens* is not closed and there are views that it also includes the obligation to respect human rights. This has some justification in the jurisprudence of international courts, as well as in the fact that the position of human rights is so

---

\* Artykuł oryginalnie w języku angielskim

\*\* PhD, Assistant Professor at the Department of Human Rights, Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin; e-mail: [michal.skwarzynski@gmail.com](mailto:michal.skwarzynski@gmail.com); ORCID 0000-0002-4357-8035

<sup>1</sup> The conscience clause is recognized as “the right to act in accordance with one’s conscience, and consequently also freedom from compulsion to act against one’s conscience”, cf.: P. Stanisław, Klauzula sumienia, [in:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław (eds), *Prawo wyznaniowe*, Warsaw 2011, p. 104, point 111.

strong that they lead to non-application of state immunity.<sup>2</sup> In the author's opinion, it seems that human rights are *ius cogens*, because their source lies directly in human dignity.<sup>3</sup>

Since human rights have the task to provide a normative expression, more or less successful, of the inherent human dignity, consequently it is a normative system closest to dignity, which is the source of all individual rights. Undoubtedly, normative sources of human rights in the system of international law are hard law, and the principle of interaction between soft law and hard law is noticeable here. It also translates into analogous interaction between soft law and *ius cogens*. A multi-source international placement of conscientious objection, as well as the constitutional perspective, allows one to show the role of protection of conscientious objection as an element protecting the basic core of human dignity.

## 2. CONCEPT OF CONSCIENTIOUS OBJECTION AS A STATUTORY RIGHT, NOT BASED ON THE HUMAN RIGHT TO FREEDOM OF CONSCIENCE AND RELIGION

The analysis of the doctor's right to conscientious objection after the judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 7 October 2015, case K 12/14, is, of course, the right voice in the scientific discourse.

It should be noted that the above judgment received the greatest criticism from W. Brzozowski.<sup>4</sup> Certainly, I see the Tribunal's failure to mention the legal argumentation presented so far by the author in the doctrine, but the Tribunal's practice in this area is known and it is not an isolated case.

Referring to the kind, nearly two-hour discussion on the judge's conscientious objection that I had with Professor Brzozowski during the XIV National Symposium

---

<sup>2</sup> For more, see: C. Mik, *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym*, [in:] A. Wnukiewicz-Kozłowska (ed.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wrocław 2011, pp. 179–210, 222–224; M. Pazdan (ed.), *Prawo prywatne międzynarodowe*, [in:] *System Prawa Prywatnego*, Vol. 20A, Warsaw 2014, p. 153, point 380; A. Wyrozumska, *Umowa międzynarodowa. Teoria i praktyka*, Warsaw 2006, p. 287; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warsaw 1994, p. 91 ff.; S. Janczarek, *Immunitet jurysdykcyjny państwa a bezwzględnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego*, *Państwo i Prawo* No. 12, 2009, pp. 57–68; W. Czapliński, *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, *Państwo i Prawo* No. 1, 2004, pp. 18–34.

<sup>3</sup> For more on personal dignity and dignity of personality, see: K. Orzeszyna, *Godność ludzka podstawą praw człowieka*, [in:] R. Tabaszewski (ed.), *Człowiek i jego prawa i odpowiedzialność*, Lublin 2013, p. 23 ff.; J. Krukowski, *Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki*, [in:] L. Wiśniewski (ed.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warsaw 1997, pp. 39–42; W. Jedlecka, J. Policiewicz, *Pojęcie godności na tle Konstytucji RP*, [in:] A. Bator (ed.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, Wrocław 1999, p. 146; J. Zajadło, *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* No. 2, 1989, p. 111; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, *Przegląd Sejmowy* No. 5, 1998, p. 42 ff.

<sup>4</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, *Państwo i Prawo* No. 1, 2017, pp. 23–30.

on Religious Law on 9 May 2017,<sup>5</sup> and to the encouragement from the author to the debate on conscientious objection expressed in the text covered by the polemic,<sup>6</sup> I would like to speak, this time in writing, in opposition to the author's theses contained in the article mentioned above.

I cannot agree with the main theses of the author who focused on undermining<sup>7</sup> the source of conscientious objection adopted by the Constitutional Tribunal, i.e. the freedom of conscience and religion in international law on human rights<sup>8</sup> and the adopted standard of control under Article 53 of the Constitution<sup>9</sup> of the Republic of Poland of 2 April 1997<sup>10</sup>. This is where the basic problem materialises: what is conscientious objection, what is its normative purpose and what is the legal meaning of such an institution? W. Brzozowski's analysis of these issues seems to be insufficient. In my opinion, the sources of conscientious objection in the system of human rights, their nature and multiplicity, as well as the evolution of the jurisprudence of international bodies indicate that conscientious objection protects human dignity at its basic and most important level.

Of course, the Constitutional Tribunal, in fact, emphatically rejects the view seeking a source of conscientious objection elsewhere than the human right to freedom of conscience and religion. The Constitutional Tribunal estimates that it is "in clear contradiction" with international standards and the constitutional status of freedom of conscience and religion.<sup>11</sup> It seems that the Tribunal could present its arguments more broadly or refer to the existing literature in this regard.

Therefore, the author's thesis that "the categorical tone of this assessment is surprising, because if the right to conscientious objection really resulted from the very idea of freedom of conscience and religion, it would be difficult to understand what the dispute is about"<sup>12</sup> is too far-reaching. The author ignores well-known views of the doctrine as well as elements of international jurisprudence, and thus duplicates the practice of the Constitutional Tribunal. The justification for the latter is that it does not invoke the majority of doctrinal views, perhaps because of the fear of "standardising" the views of other authors.

W. Brzozowski's argument that the Constitutional Tribunal established an international standard in a manner that deviates from the criteria listed in the judgment of the European Court of Human Rights in Strasbourg in the *Eweida*<sup>13</sup> case is a valid one, yet it is a minor deviation, determined by the axiology of the

---

<sup>5</sup> XIV Ogólnopolskie Sympozjum Prawa Wyznaniowego: *Prawo wyznaniowe formalne*, Zielona Góra-Kęszczyca Leśna, 8–10 May 2017.

<sup>6</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 23.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 25–33.

<sup>8</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2015, case K 12/14, OTK ZU 9A/2015, item 143, points 3.2.3, 3.2.4, 4.4.1, 4.4.5.

<sup>9</sup> *Ibid.*, points 4.4.5, 4.5.

<sup>10</sup> Journal of Laws [Dz.U.] of 1997, No. 78, item 483, as amended; hereinafter the Polish Constitution.

<sup>11</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 25.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 30.

Polish Constitution, and the Tribunal had no obligation to apply the Strasbourg standard in full but could establish a higher standard.

However, W. Brzozowski totally ignores the research in the doctrine concerning international sources of conscientious objection. The author conducted a thorough, but not complete, analysis of normative sources of conscientious objection in international law yet omitted uncomfortable elements from the Strasbourg jurisprudence.

Nevertheless, in many places the author's analyses are accurate and legitimately raise objections against the judgment of the Constitutional Tribunal. The author is right to accuse the Tribunal of restricting its comments on the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>14</sup> to the normative content of the provision,<sup>15</sup> but it is possible to find broader sources that contradict the theses adopted by the author and confirm the Tribunal's argumentation, which will be discussed below.

W. Brzozowski rightly indicates that in the judgment of the ECtHR in the case of *Bayatyan v. Armenia*, "there was not a single claim that would allow one to assume that on the basis of Article 9 ECHR protection is granted to conscientious objection in the scope unrelated to refusal of military service" and the author assesses a different doctrinal view as premature.<sup>16</sup> However, the author perfectly knows the results of research in this matter and omits both them and the key element of the ECtHR judgment in the *Eweida* case.<sup>17</sup> W. Brzozowski, referring to my article, claims that the author's assessment is accurate and says that "the author – being an advocate of finding the right to conscientious objection in Article 9 ECHR – admits that the ECtHR 'avoids (...) issuing a clear decision stating that conscientious objection results from the essence of the right to freedom of conscience and religion'".<sup>18</sup> However, in that Article I criticized the ECtHR for statements essentially concerning conscientious objection in cases other than refusal of military service, where the ECtHR used replacement expressions.

At the same time, W. Brzozowski's assessment is right. He – being an opponent of finding the right to conscientious objection in Article 9 ECHR – all the same admits that "the only mentioned (...) act of international law that really supports the reasoning of the Tribunal is Resolution 1763 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to conscientious objection in lawful medical care".<sup>19</sup> The author, however, omits the remaining soft law documents and depreciates the

---

<sup>14</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature in New York on 19 December 1966, annex to Journal of Laws [Dz.U.] of 1977, No. 38, item 167; hereinafter ICCPR.

<sup>15</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 26.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>17</sup> ECtHR judgment of 15 January 2013, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, applications no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, points 105, 106, 107.

<sup>18</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 27, and M. Skwarzyński cited therein; M. Skwarzyński, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie klauzuli sumienia*, [in:] P. Stanisz, A.M. Abramowicz, M. Czelny, M. Ordon, M. Zawislak (eds), *Aktualne problemy wolności myśli, sumienia i religii*, Lublin 2015, p. 292.

<sup>19</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 29.

impact of this type of instrument on international law and the case law of the ECtHR.<sup>20</sup>

One cannot agree with W. Brzozowski's analysis regarding the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR),<sup>21</sup> where the author omits the Explanations to the CFR as well as problems with various language versions of Article 10 para. 2 CFR. This is related to the concretisation of human rights and the concept of the margin of appreciation.<sup>22</sup>

It is also important to consider W. Brzozowski's fears that recognising conscientious objection as a personal right stemming directly from the Constitution and international law should not automatically mean that: other professions are also entitled to it;<sup>23</sup> the provision specifying conscience clause has no normative meaning;<sup>24</sup> the doctor's conscience can become an absolute category in opposition to the patient's rights;<sup>25</sup> therefore conscientious objection, understood as a personal right having its source in the freedom of conscience and religion, requires detailed statutory regulation in order to counteract abuse.<sup>26</sup>

However, these fears arise from the lack of distinction between conscientious objection and conscience clause, inconsistent analysis of the role of the state in the implementation of patient's rights and human rights, inconsistent application of the prohibition of discrimination, and lack of willingness to indicate a framework for conscientious objection, which can be reconstructed on the basis of the case law of the ECtHR and the Polish Constitutional Tribunal.

### 3. NORMATIVE SOURCES OF CONSCIENTIOUS OBJECTION IN INTERNATIONAL LAW

It should be indicated that the human right to freedom of conscience and religion seems to be the normative source of conscientious objection. In the universal system it is Article 18 ICCPR.

One cannot agree with W. Brzozowski's claim that "the necessity for the state to respect the right to conscientious objection was obviously based on Article 18 ICCPR, because neither its editorial form nor the practice of its application give grounds for such a statement".<sup>27</sup> Well, it results from the General Comment No. 22, where the need to protect conscientious objection against compulsory military

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>22</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 9 EKPCz*, [in:] L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (eds), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, Vol. 1, Warsaw 2010, p. 552, point 4; *idem*, as cited in A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008, pp. 130–131, pp. 136, 187.

<sup>23</sup> W. Brzozowski, *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia...*, p. 31.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 31 *in fine*.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 30 *in fine*.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 25.

service was indicated.<sup>28</sup> Of course, there was some evolution, but the conclusion is right: the state must recognize the right to conscientious objection if military service is compulsory, and currently, the right to conscientious objection is therefore recognized by the United Nations Human Rights Committee and seems to be widely accepted by states.<sup>29</sup> What is more, the Committee states that the framework of protection under Article 18 ICCPR includes protection of refusal to pay taxes for military purposes, although this is not evident.<sup>30</sup> There are no statements from the Committee regarding the rights of medical staff.<sup>31</sup> However, Article 18 ICCPR also treats the jurisprudence of the European Court of Human Rights as a source of conscientious objection, presenting the whole evolution of the Committee's position.<sup>32</sup> This allows the assumption that the scope of Article 18 ICCPR includes protection of conscientious objection, and it is for the states to provide a detailed regulation of mutual interactions between conscientious objection and the rights of other individuals, especially in the sensitive matter of conflicts between the rights

---

<sup>28</sup> General Comment 22, para. 11: "Many individuals have claimed the right to refuse to perform military service (conscientious objection) on the basis that such right derives from their freedoms under Article 18. In response to such claims, a growing number of States have in their laws exempted from compulsory military service citizens who genuinely hold religious or other beliefs that forbid the performance of military service and replaced it with alternative national service. The Covenant does explicitly refer to a right to conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from Article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one's religion or belief. When this right is recognised by law or practice, there shall be no differentiation among conscientious objectors on the basis of the nature of their particular beliefs; likewise, there shall be no discrimination against conscientious objectors because they have failed to perform military service. The Committee invites States parties to report on the conditions under which persons can be exempted from military service on the basis of their rights under Article 18 and on the nature and length of alternative national service"; for more, see: C. de la Hougue, *Article 18*, [in:] E. Decaux (ed.), *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques. Commentaire Article par article*, Paris 2011, p. 432; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2008, pp. 517–519.

<sup>29</sup> For more, cf. K. Orzeszyna, *Klauzula sumienia jako gwarancja realizacji prawa do wolności sumienia*, Medyczna Wokanda, Naczelna Izba Lekarska No. 9, 2017, pp. 20–21 and references cited therein.

<sup>30</sup> UN Human Rights Committee, case *JP v. Canada*, conclusion of 8 November 1991, Communications, n° 446/1991, para. 2.1: "The author is a member of the Society of Friends (Quakers). Because of her religious convictions, she has refused to participate in any way in Canada's military efforts. Accordingly, she has refused to pay a certain percentage of her assessed taxes, equal to the amount of the Canadian federal budget earmarked for military appropriations. Taxes thus withheld have instead been deposited with the Peace Tax Fund of Conscience Canada, Inc., a non-governmental organisation"; para. 4.2: "Although Article 18 of the Covenant certainly protects the right to hold, express and disseminate opinions and convictions, including conscientious objection to military activities and expenditures, the refusal to pay taxes on grounds of conscientious objection clearly falls outside the scope of protection of this article"; O. Nawrot, *Sprzeciw sumienia a prawa człowieka i ich filozofia*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie prawa*, Sopot 2015, p. 20; S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2013, p. 584.

<sup>31</sup> For more, cf. K. Orzeszyna, *Klauzula sumienia jako gwarancja...*, p. 22.

<sup>32</sup> ECtHR judgment of 7 June 2016, *Enver Aydemir v. Turkey*, application no. 26012/11, points 44, 47, 48; ECtHR judgment of 23 March 2016, *F.G. v. Sweden*, application no. 43611/11, points 60–64.



of patients and of medical staff.<sup>33</sup> However, this does not depreciate the rights of doctors, nurses or members of technical staff.

The relevant regulations in the European-continental system are Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950<sup>34</sup> and Article 10 para. 2 of the Charter of Fundamental Rights of 7 December 2000<sup>35</sup>.

Moreover, in the international soft law, the right to conscientious objection was verbalised in Resolution No. 337, Recommendation No. 478 and Resolution No. 1763 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. It should be noted that it is not possible to discuss the entire soft law concerning the right to refuse military service or the right to use conscience clause in other cases.<sup>36</sup> The three above-mentioned documents will be discussed because they had a real impact on the national law and the jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal.

Chronologically, the first was Resolution No. 337 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 26 January 1967 on the right to conscientious objection to military service in the Member States of the Council of Europe,<sup>37</sup> followed by Recommendation No. 478 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 26 January 1967 on the right to conscientious objection,<sup>38</sup> and the third document is Resolution No. 1763 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 7 October 2010 on the right to conscientious objection in lawful medical care<sup>39</sup>.

In its introduction Resolution 337 indicates that it concerns the interpretation of Article 9 ECHR, which obliges states to respect the freedom of individual conscience, and the substantive part of this Resolution concerns the refusal of military service. What is important, Resolution 337 specifies in point 1.1. that the refusal of military service due to beliefs of conscience is personal, while in point 2.3. it speaks directly about the right to conscientious objection. A similar content may be found in point a. of the Recommendation, which indicates the right to conscientious objection.<sup>40</sup> The most detailed analysis of the issue of the right to conscientious objection may

<sup>33</sup> For more, see C. de la Hougue, *Article 18...*, p. 433.

<sup>34</sup> Journal of Laws [Dz.U.] of 1993, No. 61, item 284, as amended; hereinafter ECHR.

<sup>35</sup> OJ EU C 83/02 of 2010, p. 389.

<sup>36</sup> For more, cf. H. Takemura, *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*, Berlin, Heidelberg 2009, pp. 90–96.

<sup>37</sup> Assembly debate on 26 January 1967 (22nd sitting), the text adopted by the Assembly on 26 January 1967 (22nd sitting), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16909&lang=en> (accessed on 1/09/2016); hereinafter Resolution 337.

<sup>38</sup> Assembly debate on 26 January 1967 (22nd sitting), the text adopted by the Assembly on 26 January 1967 (22nd sitting), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14515&lang=en> (accessed on 1/09/2016); hereinafter Recommendation 478.

<sup>39</sup> Assembly debate on 7 October 2010 (35th sitting), the text adopted by the Assembly on 7 October 2010 (35th sitting), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17909&lang=en> (accessed on 1/09/2016); hereinafter Resolution 1763.

<sup>40</sup> The documents that also refer to earlier regulations are: Recommendation No. 816 of 7 October 1977 on the right to conscientious objection to military service, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14850&lang=en> (accessed on 1/09/2016), as well as Recommendation No. 1518 of 26 May 2001 on exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe Member States, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16909&lang=en> (accessed on 1/09/2016).

be found in Resolution 1763, which is why it has been broadly discussed in the doctrine.<sup>41</sup> One should agree with the statement of J. Pawlikowski that, despite various arguments during the work on Resolution 1763, it ultimately confirms the existence of a fundamental right to conscientious objection.<sup>42</sup> The resolution itself specifies in point 1 that no person, hospital or institution may be forced, held liable or discriminated in any way because of refusing to perform an abortion or euthanasia. Point 2 emphasizes the need to confirm the right to conscientious objection, and points 3 and 4 also refer to it.

#### 4. ISSUE OF CONSCIENTIOUS OBJECTION IN THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Article 10 CFR contains a similar standard to that provided in Article 9 ECHR defining freedom of thought, conscience and religion. As assumed by the European legislator, the scope of Article 10 para. 1 CFR was to correspond to the content of the entire Article 9 ECHR, since in the explanations to the CFR it was indicated that “The right guaranteed in paragraph 1 corresponds to the right guaranteed in Article 9 of the ECHR and, in accordance with Article 52(3) of the Charter, has the same meaning and scope. Limitations must therefore respect Article 9(2) of the Convention”.<sup>43</sup>

However, the key regulation for this analysis is Article 10 para. 2 CFR, which in the official Polish translation of the official language version specifies “uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”<sup>44</sup> (“the right to refuse acting against one’s conscience is recognized in accordance with national regulations concerning the exercise of this right”). Compared with the previous protection, this is a new guarantee<sup>45</sup> given *expressis verbis* in the European system of human rights, indicating the process of specifying the rights and freedoms of the individual.

It seems that the wording of Article 10 para. 2 CFR in both English: “the right to conscientious objection is recognised, in accordance with the national laws governing

<sup>41</sup> For more, cf. J. Pawlikowski, *Prawo do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 7 października 2010 r.*, *Studia z Prawa Wyznaniowego* No. 14, 2011, p. 313 ff, pp. 333–337; L. Bosek, *Komentarz do art. 53 Konstytucji RP*, [in:] M. Safjan, L. Bosek (eds), *Konstytucja RP*, Vol. 1: *Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck 2016, pp. 1249–1251, 1250 ff, point 7.

<sup>42</sup> J. Pawlikowski, *Prawo do sprzeciwu...*, pp. 316–333, 336.

<sup>43</sup> Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ C 303/2007, p. 21, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:PL:PDF> (accessed on 30/09/2018).

<sup>44</sup> Translation into Polish provided in the Official Journal of the European Union of 2010, C. 83, p. 389, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:PL:PDF> (accessed on 30/09/2018).

<sup>45</sup> Similar to J. Duffar, *Commentaire art. II–70*, [in:] L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (eds), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Commentaire Article par article. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l’Union*, Brussels 2005, p. 167.

the exercise of this right",<sup>46</sup> and French: "le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice"<sup>47</sup> allows claiming that the correct translation should be "the right to conscientious objection is recognised (...)". However, the official Polish version does not use this term directly, it contains an equivalent expression. Therefore, the Charter of Fundamental Rights protects the right to conscientious objection within the limits provided for by national law.

However, it should be borne in mind that the German version of CFR has the following content "das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen wird nach den einzelstaatlichen Gesetzen anerkannt, welche die Ausübung dieses Rechts regeln",<sup>48</sup> which should be literally translated as "the right to refuse military service on the grounds of conscience is recognized by the laws of individual states<sup>49</sup> regulating the exercise of this right". This is due to the fact that the phrase *Wehrdienstverweigerung* has obvious military connotations, because *wehrdienst* means military service. Therefore, there is a difference in the content of CFR in different language versions. Nevertheless, it is obvious from the content of CFR in Polish, English and French that there is a provision to protect conscientious objection, which is not guaranteed explicitly in the content of the ECHR, but is protected in some European constitutions. One can see here the phenomenon of concretisation of human rights, which, as a living instrument, give the basis for the interpretation that defines new rights resulting from a specific human right. Therefore, since the new document on human rights, i.e. the Charter of Fundamental Rights, defines the protection of conscientious objection, it is an expression of acknowledgement of the existence of a partial power in the form of conscientious objection, the source of which is the freedom of conscience and religion. However, in accordance with Article 10 para. 2 CFR, the scope of conscientious objection is defined by national laws, and in the Polish legal system the key regulation in this regard is Article 53 of the Polish Constitution specifying the right to freedom of conscience and religion.

## 5. IMPACT OF SOFT LAW ON THE ECtHR JURISPRUDENCE CONCERNING CONSCIENTIOUS OBJECTION

In the case of conscientious objection, the ECtHR case law can be divided into three groups of cases: military service, medical professions and other professions. In view of the case law, one can observe the development of the Court's jurisprudence and a certain normative, logical and semantic inconsistency is noticeable. It should be

---

<sup>46</sup> Translation provided in the Official Journal of the European Union of 2010, C. 83, p. 389, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:EN:PDF> (accessed on 24/09/2012).

<sup>47</sup> Translation provided in the Official Journal of the European Union of 2010, C. 83, p. 389, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:FR:PDF> (accessed on 24/09/2012).

<sup>48</sup> Translation provided in the Official Journal of the European Union of 2010, C. 83, p. 389, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:DE:PDF> (accessed on 24/09/2012).

<sup>49</sup> In the meaning of the High Contracting Parties.

stated that the right to refuse military service is the most common case of protection of conscience clause by the ECtHR.<sup>50</sup> The most important is the ECtHR judgment of 7 July 2011 in the case of *Bayatyan v. Armenia*, where the ECtHR indicated that the regulation provided for in Article 9 para. 1 ECHR “does not explicitly refer to a right to conscientious objection”, although it is the source of protection against obligatory military service.<sup>51</sup> This view, in my opinion, is contradictory, and it was articulated by the ECtHR in spite of the fact that Article 10 para. 2 CFR determines the right to invoke one’s conscience and conscience clause in accordance with national law.<sup>52</sup> What is more, in this judgment the ECtHR refers to the content of Resolution 337 and Recommendation 478<sup>53</sup>, nevertheless it argues that conscientious objection does not fall within the scope of Article 9 ECHR.

It should also be indicated that the ECtHR jurisprudence has accepted the need to protect conscience in the case of medical personnel. The Court held that “States are obliged to organise the health services system in such a way as to ensure an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals”,<sup>54</sup> and this view was expressed on the basis of the case law that concerned performing the abortion procedure.

Another ruling is the case of a civil registrar and psychotherapist and the *Eweida* case.<sup>55</sup> In this judgment the ECtHR often refers to the conscience clause. Unfortunately, the ECtHR’s avoidance of making explicit reference to the phrase conscience clause or conscientious objection was also evident in this case. The ECtHR dismissed the question of conscientious objection, even though one of the applications directly referred to its violation.<sup>56</sup>

It seems clear that the Court is trying to avoid stating that the scope of Article 9 para. 1 ECHR, so the right to freedom of conscience and religion, does not include the conscience clause. However, it indicates cases that fall within the scope of protection under Article 9 ECHR, and it is undoubtedly the right to refuse military service due to conscientious objection. Unfortunately, the inconsistencies in the ECtHR case law, especially at the terminological level, make it difficult to establish the Court’s

---

<sup>50</sup> In the following ECtHR cases: *Tsaturyan v. Armenia*, application no. 37821/03, judgment of 10 January 2012; *Bukharatyan v. Armenia*, application no. 37819/03, judgment of 10 January 2012; *Thlimmenos v. Greece*, application no. 34369/97, judgment of 6 April 2000; *Ülke v. Turkey*, application no. 39437/98, judgment of 24 January 2006; *Jehovah’s Witnesses in Moscow and Others v. Russia*, application no. 302/02, judgment of 10 June 2010, amended on 18 August 2010, *TAGANROG LRO and others v. Russia*, application no. 32401/10; *Bayatyan v. Armenia*, application no. 23459/03, judgment of 7 July 2011.

<sup>51</sup> *Bayatyan v. Armenia*, ECtHR judgment of 7 July 2011, point 110, as well as points 46, 49, 128; for more, cf. J-F. Renucci, *Droit européen des droits de l’homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par CEDH*, Paris 2013, pp. 161–162; P. Cumper, *Article 9: Freedom of Thought, Conscience, and Religion*, [in:] D. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2014, pp. 601–602; M. Amos, *Human Rights Law*, Oxford and Portland, Oregon 2014, pp. 535–536.

<sup>52</sup> For more, cf. M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, *Przegląd Sejmowy* No. 6, 2013, p. 12 ff.

<sup>53</sup> *Bayatyan v. Armenia*, ECtHR judgment of 7 July 2011, points 51, 52.

<sup>54</sup> *R.R. v. Poland*, application no. 27617/04, ECtHR judgment of 26 May 2011, point 206.

<sup>55</sup> *Eweida and Others v. the United Kingdom*, ECtHR judgment of 15 January 2013.

<sup>56</sup> *Ibid.*, point 70.

position. In the end, it decided that the refusal to fulfil the legal obligation due to the conflict with religious beliefs falls within the scope of protection under Article 9 ECHR, also in cases other than the duty of military service.<sup>57</sup> Nevertheless, the view that the *Eweida* judgment on conscientious objection is ambiguous and not clear is valid.<sup>58</sup>

## 6. INFLUENCE OF INTERNATIONAL LAW CONCERNING CONSCIENTIOUS OBJECTION ON NATIONAL LAW

The scope of the influence of the international hard law and soft law on the Polish law on conscientious objection is evident in the jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal. The judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2015 in case K 12/14, which concerned the doctor's conscience clause,<sup>59</sup> as well as earlier<sup>60</sup> and later scientific research,<sup>61</sup> showed that the source of conscientious objection is the human right to freedom of conscience and religion. The main direction of scientific research on conscientious objection concerns the rights of the doctor and nurse,<sup>62</sup> possibly axiological issues concerning conscience<sup>63</sup> or axiological normative context<sup>64</sup> are indicated, and less frequently conscience clause is connected with legal professions.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> *Ibid.*, point 105.

<sup>58</sup> As in: W. Brzozowski, *Orzeczenie: Eweida i inni v. Wielka Brytania*, <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=8d8e8ea7b076c177ecd21e2d0d7e52fa74c48f3c-b0> (accessed on 1/09/2016).

<sup>59</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2015, K 12/14, points 3.2.3, 3.2.4, 4.4.1, 4.4.5.

<sup>60</sup> M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim...*, pp. 9–26.

<sup>61</sup> L. Bosek, *Komentarz do art. 53 Konstytucji RP...*, pp. 1249–1251, 1257–1258, 1263–1264, points 5, 33, 50, 51.

<sup>62</sup> P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, Lublin 2014, *passim*; A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, *Prawo i Medycyna* No. 13, 2003, p. 18; L. Bosek, *Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem na przykładzie lekarza*, *Forum Prawnicze* No. 1, 2014, p. 17; L. Bosek, *Problem zakresowej niekonstytucyjności art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, [in:] P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej...*, pp. 96–100; O. Nawrot, *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmu* No. 3, 2012, pp. 12–16.

<sup>63</sup> A. Szostek, *Kategoria sumienia w etyce*, [in:] P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce...*, pp. 15–25.

<sup>64</sup> A. Zoll, *Klauzula sumienia*, [in:] P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce...*, pp. 77–85; M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim...*, pp. 17–21; L. Bosek, *Prawo osobiste...*, pp. 87–89, 92–95; L. Bosek, *Problem zakresowej...*, pp. 87–90, 100–103; O. Nawrot, *Prawa człowieka, sprzeciw sumienia i państwo prawa*, [in:] P. Stanisławski, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce...*, pp. 107–109.

<sup>65</sup> For more, cf. A. Machnikowska, *Klauzula sumienia w zawodzie prawnika*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie...*, pp. 127–142; J. Zajadło, *Sędzia pomiędzy moralnym przekonaniem a wiernością prawu (na przykładzie orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa)*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie...*, pp. 143–161; Z. Cichoń, *Klauzula sumienia w różnych zawodach*, [in:] *Prawnik katolicki a wartość prawa*, Kraków 1999, pp. 44–51.

Of course, the author is familiar with Professor J. Pawlikowski's view, expressed at many scientific conferences, that conscience clause is included in a specific provision of the Act, which gives the right of invoking conscientious objection, whose source is hierarchically higher. The postulate of terminological ordering is obviously correct, nevertheless, these concepts function interchangeably both in the doctrine and in jurisprudence. What is more, it seems that there is a requirement that the conscience clause be understood as a statutory provision; a statutory clause is understandable in the case of a doctor or a nurse, where such a provision is included in corporate law. In the case of a normative analysis based on the system of human rights and one's profession, where the clause is not explicitly specified in corporate regulations, this differentiation does not matter that much. However, they must be distinguished in order not to invoke the lack of conscience clause as binding for the non-existence or sources of conscientious objection.

In its ruling, the Constitutional Tribunal rightly stated that freedom of conscience "being a fundamental human right is also a source of many other rights and freedoms, it is a specific 'right of rights'"<sup>66</sup> and its essence "is sometimes considered to be over-positive, axiologically related to human nature, an important element of his dignity. Hence, a legal system that would not guarantee it would be 'ab initio incomplete, ineffective and inefficient, and consequently also undemocratic, because it would deviate from the model of the state respecting the necessary *minimum minorum* in the field of protection of human rights' (J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania...*, p. 39). The need to respect it is closely linked to respect for and protection of human dignity, which is the responsibility of public authorities"<sup>67</sup>.

The Constitutional Tribunal's conclusions resulted from the correct analysis of international law on human rights, both in the universal<sup>68</sup> and in the European system. In the latter case, the Constitutional Tribunal referred to the analysis of the ECHR and six ECtHR judgments,<sup>69</sup> i.e.: judgment of 13 December 2001, *Église métropolitaine de Bessarabie and others v. Moldova*, application no. 45701/99; judgment of 25 May 1993, *Kokkinakis v. Greece*, application no. 14307/88; judgment of 6 November 2008, *Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, application no. 58911/00; decision of 6 December 1991, *Tomi Autio v. Finland*, application no. 17086/90; judgment of 7 July 2011, *Bayatyan v. Armenia*, application no. 23459/03; judgment of 10 January 2012, *Bukharatyan v. Armenia*, application no. 37819/03.

It is also important that the Constitutional Tribunal referred directly to the international soft law, i.e. Resolution 337, Recommendation 478 and Resolution 1763, and for obvious reasons paid greatest attention to the last one.<sup>70</sup> The Constitutional Tribunal found that "although the Council of Europe Resolution of 7 October 2010 is not binding, it could not have been irrelevant to the considerations in this case, because it establishes a universal standard of protection for persons performing medical professions (see O. Nawrot, *Klauzula sumienia w zawodach medycznych...*,

<sup>66</sup> Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2015, K 12/14, point 4.1.1.

<sup>67</sup> *Ibid.*, point 4.1.2.

<sup>68</sup> *Ibid.*, point 3.2.2.

<sup>69</sup> *Ibid.*, point 3.2.3.

<sup>70</sup> *Ibid.*, points 3.2.4., 6.2.3.

pp. 20–22). In its light, the right to conscientious objection is very broadly marked both subjectively and personally, as it also includes entities other than natural persons providing medical services".<sup>71</sup> It was after the analysis of the ECtHR jurisprudence and the development of soft law that the Constitutional Tribunal indicated that "the possibility to use conscience clause is one of human rights".<sup>72</sup>

In its argument the Constitutional Tribunal, having analysed hard law, the ECtHR jurisprudence and soft law in accordance with the concept of the margin of assessment, came to the right conclusions: "there is no basis for the formulation of a separate right to 'conscience clause' and, consequently, there is no doubt that the legislator cannot arbitrarily shape this 'privilege' or abolish it, but must respect the constitutional conditions of establishing restrictions on the freedoms and rights of human and citizen (Article 30 and Article 31 para. 3 of the Constitution). In the Tribunal's opinion, the doctor's, as well as any other person's, right to refrain from acting against his own conscience stems directly from the freedom guaranteed by the Constitution".<sup>73</sup>

This conclusion, on account of the order of the analyses conducted by the Constitutional Tribunal and the presented reasoning, was drawn by the Tribunal i.a. also due to the significance and influence of international law. This applies to both soft and hard law. This means that the source of conscientious objection is the freedom of conscience and religion, because of the subject of protection of this human right. The Tribunal's view met with the acceptance of the doctrine also internationally.<sup>74</sup>

## 7. SUMMARY

In my opinion, the position of the Constitutional Tribunal in case K 12/14 is also a manifestation of an interaction between international hard law and soft law and it is correct. Elaborating the Constitutional Tribunal's argumentation, one should try to assume that this human right to freedom of conscience and religion is not the one that would be

<sup>71</sup> *Ibid.*, point 3.2.4.

<sup>72</sup> *Ibid.*, point 3.2.4. *in fine*.

<sup>73</sup> *Ibid.*, point 4.4.5.

<sup>74</sup> For more, cf.: P. Stanisz, J. Pawlikowski, *Il diritto dei medici all'obiezione di coscienza in Polonia: recenti sviluppi*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica No. 2, 2017, pp. 459–471; T. Koncewicz, M. Zubik, M. Konopacka, K. Staškiewicz, *Developments in Polish Constitutional Law: The Year 2016 in Review*, [in:] R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, S. Drugda (eds), *The I-CONnect-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*, Boston 2017, p. 165; *Women's Sexual and Reproductive Health and Rights in Europe*, Council of Europe 2017, p. 23; J. Pawlikowski, *Conscientious Objection of Health Care Workers in the Context of Genetic Testing*, [in:] *Philosophy and Medicine*, Vol. 128: M. Soniewska (ed.), *The Ethics of Reproductive Genetics: Between Utility, Principles, and Virtues*, 2018, pp. 103–113; G. Puppinc, *Conscientious Objection and Human Rights: A Systematic Analysis*, Brill Research Perspectives in Law and Religion Vol. 1, No. 1, 2017, pp. 13, 15, 16, 24; A. Ciucă, *The Right to Conscientious Objection*, Logos Universality Mentality Education Novelty, Section: Law Vol. 5, No. 1, 2017, pp. 17, 18, 23–25; M. Hill, *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and others v. United Kingdom*, Ecclesiastical Law Journal Vol. 15, No. 2, 2013, pp. 199, 200, 203; D. Gamper, *Conscientious Objection to Same-Sex Marriage: Politics by Other Means*, [in:] F. Requejo, C. Ungureanu (eds), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-secularism*, London–New York 2014, pp. 165, 166.

the source of protection of conscience, and another axiological source should be found, which would be expressed in the normative standard of human rights. However, it is impossible to indicate another human right and avoid falling into logical contradictions, ignoring the human right to freedom of conscience and religion.

If one assumes that conscientious objection is a statutory right, detached from human dignity and the axiological order expressed in the system of human rights, it is only possible if one also assumes a positive system of law, which directly leads to effects similar to the genocide crime of the Third Reich due to religious denomination or racial origin.

Of course, the right to invoke conscientious objection is not an unlimited right. Firstly, objection should be a subsidiary right, i.e. one that can be implemented as the ultimate way to protect human rights to freedom of conscience and religion, and if it is impossible to resolve the conflict in any other way. Secondly, the use of the right to conscientious objection must be justified in each case, and the helpful criterion seems to be whether it is aimed at safeguarding protected goods in a positive or non-positive legal system, natural law. The Strasbourg Court has defined a reference to the criterion of views that have reached an adequate level of persuasion, seriousness, coherence or importance in society.<sup>75</sup> Thirdly, the good that the person invoking conscientious objection wants to protect should also be commensurate, i.e. proportional to the obligations imposed by the law, which the obligated person cannot perform due to the conflict of conscience.<sup>76</sup>

Therefore, it seems that the normative source, which is the human right to freedom of conscience and religion, is sufficient to protect conscientious objection of every human being, due to his inherent dignity. One's occupation cannot determine the possibility of exercising human rights. This means that the doctor, attorney, and nurse have the right to use conscience clause, despite the lack of a clear basis in the corporate act or professional ethics. The consequence of this is the state's positive obligations, because in this respect conscientious objection is protected as a human right, not as human freedom. Therefore, much wider obligations on the part of the state are required.

The human right to freedom of conscience and religion is one of the closest, if not the closest, to dignity of the human being. If the human right to conscientious objection did not exist as an element of human rights, it would not protect the individual, and, in fact, this element of a person's dignity would not be protected, because free will would not be protected. If conscientious objection did not have the nature of a human right, then the protection of this sphere of human dignity, expressed normatively in the right to freedom, would only be facade protection. After all, one cannot dehumanize the individual more than by forcing him to act against his own conscience. This indicates that conscientious objection protects the hard core of dignity and its essence. At the same time, it does not mean giving

---

<sup>75</sup> ECtHR judgments: of 7 July 2011, *Bayatyan v. Armenia*, point 110; of 15 January 2013, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, point 82; of 7 December 2010, *Jakóbski v. Poland*, application no. 18429/06, point 44; of 6 November 2008, *Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, application no. 58911/00, point 80.

<sup>76</sup> For more, cf. M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim...*, pp. 23–26.



consent to whims of conscience, that is why the above-mentioned conditions for invoking conscientious objection are necessary.

It should be borne in mind that conscience as a normative category or, more broadly, morality and values, as the imperative and determinant of behaviour, is reflected in the legal order. If conscientious objection was a statutory right, it would make no sense to refer to conscience in a series of oaths or vows, as a category to be followed by representatives of specific professions. Such references would only work if there was a specific statutory right to object, and it is reserved exclusively for the doctor and nurse, although the category of conscience is also referred to in many other professions. It would also raise obvious doubts about the prohibition of discrimination and equality before the law. It cannot be the case that a physician deciding in the same situation as a lawyer, such as a judge, will be able to protect his conscience through objection and others will not. Dignity, as a normative source for the system of human rights, enforces equal protection of the rights of all people.

## BIBLIOGRAPHY

- Amos M., *Human Rights Law*, Oxford and Portland, Oregon 2014.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warsaw 1994.
- Bosek L., *Prawo osobiste do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem na przykładzie lekarza*, Forum Prawnicze No. 1, 2014.
- Bosek L., *Problem zakresowej niekonstytucyjności art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, [in:] P. Stanisz, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, Lublin 2014.
- Burgorgue-Larsen L., Levade A., Picod F. (eds), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire Article par article. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Brussels 2005.
- Brzozowski W., *Orzeczenie: Eweida i inni v. Wielka Brytania*, <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?orzeczenie=8d8e8ea7b076c177ecd21e2d0d7e52fa74c48f3c-b0> (accessed on 1/09/2016).
- Brzozowski W., *Prawo lekarza do sprzeciwu sumienia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo No. 7, 2017.
- Cichoń Z., *Klauzula sumienia w różnych zawodach*, [in:] *Prawnik katolicki a wartość prawa*, Kraków 1999.
- Ciucă A., *The Right to Conscientious Objection*, Logos Universality Mentality Education Novelty, Section: Law Vol. 5, No. 1, 2017.
- Complak K., *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, Przegląd Sejmowy No. 5, 1998.
- Cumper J-F., *Article 9: Freedom of Thought, Conscience, and Religion*, [in:] D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2014.
- Czapliński W., *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, Państwo i Prawo No. 1, 2004.
- Decaux E. (ed.), *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques. Commentaire Article par article*, Paris 2011.
- Gamper D., *Conscientious Objection to Same-Sex Marriage: Politics by Other Means*, [in:] F. Requejo, C. Ungureanu (eds), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-secularism*, London–New York 2014.

- Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A. (eds), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, Vol. 1, Warsaw 2010.
- Hill M., *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and others v. United Kingdom*, *Ecclesiastical Law Journal* Vol. 15, No. 2, 2013.
- Janczarek S., *Immunitet jurysdykcyjny państwa a bezwzględnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego*, *Państwo i Prawo* No. 12, 2009.
- Jedlecka W., Policiewicz J., *Pojęcie godności na tle Konstytucji RP*, [in:] A. Bator (ed.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, Wrocław 1999.
- Joseph S., Castan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford 2013.
- Koncewicz T., Zubik M., Konopacka M., Staśkiewicz K., *Developments in Polish Constitutional Law: The Year 2016 in Review*, [in:] R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, S. Drugda (eds), *The I-CONNECT-Clough Center 2016 Global Review of Constitutional Law*, Boston 2017.
- Krukowski J., *Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki*, [in:] L. Wiśniewski (ed.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warsaw 1997.
- Machnikowska A., *Klauzula sumienia w zawodzie prawnika*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie prawa*, Sopot 2015.
- Mezglewski A., Misztal H., Stanisz P., *Prawo wyznaniowe*, Warsaw 2011.
- Mik C., *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym*, [in:] A. Wnukiewicz-Kozłowska (ed.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wrocław 2011.
- Nawrot O., *Klauzula sumienia w zawodach medycznych w świetle standardów Rady Europy*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmu* No. 3, 2012.
- Nawrot O., *Sprzeciw sumienia a prawa człowieka i ich filozofia*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie prawa*, Sopot 2015.
- Orzeszyna K., *Godność ludzka podstawą praw człowieka*, [in:] R. Tabaszewski (ed.), *Człowiek i jego prawa i odpowiedzialność*, Lublin 2013.
- Orzeszyna K., *Klauzula sumienia jako gwarancja realizacji prawa do wolności sumienia*, *Medyczna Wokanda, Naczelna Izba Lekarska* No. 9, 2017.
- Pawlikowski J., *Prawo do sprzeciwu sumienia w ramach legalnej opieki medycznej. Rezolucja nr 1763 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 7 października 2010 r.*, *Studia z Prawa Wyznaniowego* No. 14, 2011.
- Pawlikowski J., *Conscientious Objection of Health Care Workers in the Context of Genetic Testing*, [in:] *Philosophy and Medicine*, Vol. 128: M. Soniewska (ed.), *The Ethics of Reproductive Genetics: Between Utility, Principles, and Virtues*, 2018.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, [in:] *System Prawa Prywatnego*, Vol. 20A, Warsaw 2014.
- Puppinc G., *Conscientious Objection and Human Rights: A Systematic Analysis*, *Brill Research Perspectives in Law and Religion* Vol. 1, No. 1, 2017.
- Renucci J-F., *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par CEDH*, Paris 2013.
- Safjan M., Bosek L. (eds), *Konstytucja RP, Vol. 1: Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck 2016.
- Skwarzyński M., *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, *Przegląd Sejmowy* No. 6, 2013.
- Skwarzyński M., *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie klauzuli sumienia*, [in:] P. Stanisz, A.M. Abramowicz, M. Czelný, M. Ordon, M. Zawislak (eds), *Aktualne problemy wolności myśli, sumienia i religii*, Lublin 2015.
- Stanisz P., Pawlikowski J., Ordon M. (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, Lublin 2014.

- Stanisz P., Pawlikowski J., *Il diritto dei medici all'obiezione di coscienza in Polonia: recenti sviluppi*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica No. 2, 2017.
- Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2008.
- Szostek A., *Kategoria sumienia w etyce*, [in:] P. Stanisz, J. Pawlikowski, M. Ordon (eds), *Sprzeciw sumienia w praktyce medycznej – aspekty etyczne i prawne*, Lublin 2014.
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.
- Women's Sexual and Reproductive Health and Rights in Europe*, Council of Europe 2017.
- Wyrozumska A., *Umowa międzynarodowa. Teoria i praktyka*, Warsaw 2006.
- Takemura H., *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*, Berlin, Heidelberg 2009.
- Zajadło J., *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny No. 2, 1989.
- Zajadło J., *Sędzia pomiędzy moralnym przekonaniem a wiernością prawu (na przykładzie orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa)*, [in:] O. Nawrot (ed.), *Klauzula sumienia w państwie prawa*, Sopot 2015.
- Zoll A., *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, Prawo i Medycyna No. 13, 2003.

#### Legal regulations and other sources

- Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws [Dz.U.] of 1997, No. 78, item 483, as amended.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, Journal of Laws [Dz.U.] of 1993, No. 61, item 284, as amended.
- International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature in New York on 19 December 1966, annex to Journal of Laws [Dz.U.] of 1977, No. 38, item 167.
- Charter of Fundamental Rights of 7 December 2000, OJ EU C 83/02 of 2010, p. 389.
- Resolution No. 337 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 26 January 1967 on the right to conscientious objection to military service in the Member States of the Council of Europe, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16909&lang=en> (accessed on 1/09/2016).
- Recommendation No. 478 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 26 January 1967 on the right to conscientious objection, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14515&lang=en> (accessed on 1/09/2016).
- Recommendation No. 816 of 7 October 1977 on the right to conscientious objection to military service, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14850&lang=en> (accessed on 1/09/2016).
- Recommendation No. 1518 of 26 May 2001 on exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe Member States, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16909&lang=en> (accessed on 1/09/2016).
- Resolution No. 1763 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 7 October 2010 on the right to conscientious objection in lawful medical care, Assembly debate on 7 October 2010 (35th sitting), the text adopted by the Assembly on 7 October 2010 (35th sitting), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17909&lang=en> (accessed on 1/09/2016).
- Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, OJ C 303/2007, p. 21, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:PL:PDF> (accessed on 30/09/2018).

**Case law**

Human Rights Committee, case *JP v. Canada*, conclusion of 8 November 1991, Communications, n° 446/1991.

Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2015, K 12/14, OTK ZU 9A/2015, item 143.

**ECtHR judgments**

*Tomi Autio v. Finland*, decision of 6 December 1991, application no. 17086/90.

*Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, application no. 14307/88.

*Thlimmenos v. Greece*, judgment of 6 April 2000, application no. 34369/97.

*Église métropolitaine de Bessarabie and others v. Moldova*, judgment of 13 December 2001, application no. 45701/99.

*Ülke v. Turkey*, judgment of 24 January 2006, application no. 39437/98.

*Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, judgment of 6 November 2008, application no. 58911/00.

*Jehovah's Witnesses in Moscow and Others v. Russia*, judgment of 10 June 2010, application no. 302/02, amended on 18 August 2010, *TAGANROG LRO and others v. Russia*, application no. 32401/10.

*Jakóbski v. Poland*, judgment of 7 December 2010, application no. 18429/06.

*R.R. v. Poland*, judgment of 26 May 2011, application no. 27617/04.

*Bayatyan v. Armenia*, judgment of 7 July 2011, application no. 23459/03.

*Bukharatyan v. Armenia*, judgment of 10 January 2012, application no. 37819/03.

*Tsaturyan v. Armenia*, judgment of 10 January 2012, application no. 37821/03.

*Eweida and Others v. the United Kingdom*, judgment of 15 January 2013, applications no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

*F.G. v. Sweden*, judgment of 23 March 2016, application no. 43611/11.

*Enver Aydemir v. Turkey*, judgment of 7 June 2016, application no. 26012/11.

## PROTECTING CONSCIENTIOUS OBJECTION AS THE "HARD CORE" OF HUMAN DIGNITY

**Summary**

The article is an analysis of legal and axiological source of conscientious objection. The study was based on the European and national system of human rights protection. Freedom of conscientious objection is recognized by both Article 9(1) of the European Convention on Human Rights and Article 10(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The problem of conscientious objection is the subject of the analysis of the doctrine in connection with the judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 7 October 2015 in case K 12/14, which concerned the doctor's conscience clause. The conscientious objection protects the hard core of dignity and its essence. The human right to freedom of conscience and religion is one of the closest, if not the closest, to dignity of the human being. The author also points out the scope of the human right to conscientious objection and claims that it should have a subsidiary character, be limited to justified cases, as well as seek to protect the interests stipulated in the systems of natural law or positive law.

Keywords: conscientious objection, human dignity, human right to freedom of conscience and religion

## OCHRONA SPRZECIWU SUMIENIA JAKO „TWARDEGO RDZENIA” GODNOŚCI CZŁOWIEKA

### Streszczenie

Artykuł jest analizą źródła normatywnego i aksjologicznego dla sprzeciwu sumienia. Badanie opierało się na europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka. Prawo do sprzeciwu sumienia uznaje zarówno art. 9 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw, jak i art. 10 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Problem sprzeciwu sumienia jest obecnie przedmiotem analizy doktryny w związku z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., w sprawie sygn. akt K 12/14, który dotyczył klauzuli sumienia lekarza. Sprzeciw sumienia chroni „rdzeń” godności człowieka i jej istotę. Prawo człowieka do wolności sumienia i wyznania jest jednym z najbliższych, jeśli nie najbliższym, istoty godności ludzkiej. Autor wskazuje również na zakres prawa człowieka do sprzeciwu sumienia i twierdzi, że powinien on mieć charakter pomocniczy, subsydiarny, ograniczony do uzasadnionych przypadków, a także dążyć do ochrony interesów określonych w systemach prawa naturalnego lub w prawie pozytywnym.

Słowa kluczowe: sprzeciw sumienia, godność człowieka, prawo człowieka do wolności sumienia i religii

## PROTECCIÓN DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO “MÉDULA DURA” DE LA DIGNIDAD HUMANA

### Resumen

El artículo analiza la fuente normativa y axiológica de la objeción de conciencia. El estudio se basa en el sistema europeo y nacional de protección de derechos humanos. El derecho a la objeción de conciencia está reconocido tanto en el art. 9 ap. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) como en el art. 10 ap. 2 de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea. El problema de la objeción de conciencia en actualidad es un objeto de análisis en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2015, causa núm. K 12/14 que se refiere a la cláusula de objeción de conciencia de los médicos. La objeción de conciencia protege la “médula dura” de la dignidad humana y su naturaleza. El derecho de ser humano a la libertad de conciencia y de religión es muy cercano, si no es el más cercano, a la naturaleza de la dignidad humana. El autor señala también que el ámbito de ser humano a la objeción de conciencia ha de tener carácter auxiliar – subsidiario, limitado a casos fundados y también encaminado a proteger intereses determinados en los sistemas de derecho natural o en el derecho positivo.

Palabras claves: objeción de conciencia, dignidad humana, derecho humano a la libertad de conciencia y religión

## ПРАВО НА ВОЗРАЖЕНИЕ ПО СООБРАЖЕНИЯМ СОВЕСТИ В КАЧЕСТВЕ «ТВЁРДОГО ВНУТРЕННЕГО СТЕРЖНЯ» ЧЕЛОВЕЧЕСКОГО ДОСТОИНСТВА

### Резюме

Статья представляет собой анализ нормативно-аксиологического источника возражения по соображениям совести. Исследование основывалось на европейской и отечественной системе защиты человеческих прав. Право на возражение по соображениям совести предусмотрено как ст. 9 п. 1 Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ), так и ст. 10 п. 2 Хартии Европейского союза об Основных правах. Проблематика возражения по соображениям совести в настоящее время является предметом анализа доктрины в связи с решением Конституционного трибунала от 7 октября 2015 года, дело № К 12/14, касающегося положения о совести врача. Право на возражение по соображениям совести обеспечивает защиту «твердого стержня» человеческого достоинства и его сущности. Право человека на свободу совести и религии является одним из самых близких, если не самым близким, сущности человеческого достоинства. Автор также указывает на объем применения права человека на возражение по соображениям совести и утверждает, что он должен иметь вспомогательный характер, или субсидиарный, ограниченный подтверждёнными случаями, а также защищать интересы, определенные в системах естественного права или позитивного права.

Ключевые слова: возражение по соображениям совести, достоинство человека, право человека на свободу совести и религии

## VERWEIGERUNG AUS GEWISSENSGRÜNDEN ALS „HARTER KERN“ DER MENSCHENWÜRDE

### Zusammenfassung

Der Artikel ist eine Analyse der normativen und axiologischen (wertlehrebezogenen) Verweigerung aus Gewissensgründen. Die Untersuchung stützte man auf europäischem und einheimischem Menschenrechtsschutzsystem. Das Recht zur Verweigerung aus Gewissensgründen wird sowohl unter Art. 9 Abschn. 1 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EKSM), als auch unter Art. 10 Abschn.2 der Grundrechtskarte der Europäischen Union anerkannt. Die Verweigerung aus Gewissensgründen ist Gegenstand gegenwärtiger Analyse der Doktrin aus Anlass des Verfassungsgerichtsspruches vom 07. Oktober 2015 bezüglich Aktenzeichen K12/14 betreffend der Gewissensklausel des Arztes. Die Verweigerung aus Gewissensgründen schützt den „harten Kern“ der Menschenwürde und sein Kernstück. Das Recht des Menschen zur Gewissensfreiheit und Bekenntnisfreiheit ist eines der nächsten, wenn nicht das allernächste des Wesens einer Menschenwürde. Der Autor weist auch auf den Menschenrechtsbereich zur Verweigerung aus Gewissensgründen hin und meint ebenso, dass der Bereich einen behilflich-subsiidiären Charakter haben sollte, begrenzt zu begründeten Fällen; weiterhin sollte der Bereich den Interessenschutz bestimmt in Systemen des Naturrechtes und des positiven Rechtes.

Schlüsselwörter: Verweigerung aus Gewissensgründen, Menschenwürde, Recht des Menschen zur Gewissensfreiheit und Bekenntnisfreiheit

## PROTECTION DE L'OBJECTION DE CONSCIENCE EN TANT QUE «NOYAU DUR» DE LA DIGNITÉ HUMAINE

### Résumé

L'article est une analyse d'une source normative et axiologique d'objection de conscience. L'étude était basée sur le système européen et national de protection des droits de l'homme. Le droit à l'objection de conscience est reconnu à la fois à l'article 9 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ainsi qu'à l'article 10 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le problème de l'objection de conscience fait actuellement l'objet d'une analyse de la doctrine dans le cadre de l'arrêt du Tribunal constitutionnel du 7 octobre 2015, affaire n° K 12/14, qui concernait la clause de conscience du médecin. L'objection de conscience protège le «noyau dur» de la dignité humaine et de son essence. Le droit humain à la liberté de conscience et de religion est l'un des plus proches, sinon le plus proche, de l'essence de la dignité humaine. L'auteur indique également la portée du droit de l'homme à l'objection de conscience et affirme qu'il devrait être accessoire, subsidiaire, limité aux cas justifiés, et s'efforcer de protéger les intérêts définis dans les systèmes de droit naturel ou dans le droit positif.

Mots-clés: objection de conscience, dignité humaine, droit humain à la liberté de conscience et de religion

## PROTEZIONE DELL'OBIEZIONE DI COSCIENZA COME "NUCLEO DURO" DELLA DIGNITÀ UMANA

### Sintesi

L'articolo è un'analisi della fonte normativa e assiologica per l'obiezione di coscienza. La ricerca si è basata sul sistema europeo e nazionale di tutela dei diritti umani. Il diritto all'obiezione di coscienza riconosce sia l'articolo 9. paragrafo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che l'articolo 10. paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il problema dell'obiezione di coscienza è attualmente oggetto di un'analisi dottrinale in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale del 7 ottobre 2015, causa n. K 12/14, che riguardava la clausola di coscienza del medico. L'obiezione di coscienza tutela il "nucleo duro" della dignità umana e il suo principio. Il diritto umano alla libertà di coscienza e di religione è uno dei più vicini, se non il più vicino al principio della dignità umana. L'autore indica anche la portata del diritto umano all'obiezione di coscienza e sostiene che esso dovrebbe avere un carattere sussidiario, limitato ai casi giustificati, e dovrebbe cercare di proteggere gli interessi definiti nei sistemi di diritto naturale o di diritto positivo.

Parole chiave: obiezione di coscienza, dignità umana, diritto umano alla libertà di coscienza e di religione

**Cytuj jako:**

Skwarzyński M., *Protecting conscientious objection as the “hard core” of human dignity [Ochrona sprzeciwu sumienia jako „twardego rdzenia” godności człowieka]*, „*Ius Novum*” 2019 (Vol. 13) nr 2, s. 275–296. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.26/m.skwarzynski

**Cite as:**

Skwarzyński, M. (2019) ‘Protecting conscientious objection as the “hard core” of human dignity’. *Ius Novum* (Vol. 13) 2, 275–296. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.26/m.skwarzynski



BOŻENA GRONOWSKA \*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.27/b.gronowska

**GLOSS \*****On the judgment of the European Court of Human Rights  
of 25 October 2018 in case *E.S. v. Austria*, appl. no. 38450/12**

**“Criminal conviction and a fine for the applicant calling Muhammad and Aisha’s marriage a pattern of paedophilia did not amount to violation of freedom of expression in the meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights”**

**BASIC FACTS OF THE CASE**

Elisabeth Sabatitsch-Wolff (E.S.), an Austrian national and a professional in Islam,<sup>1</sup> in the period of January–November 2008 participated in several open seminars entitled “Basic Information on Islam”<sup>2</sup>. The presentations concerned different aspects of the religion at issue, and – consequently – took into account both public and private relations. Regarding the latter, the Islamic marriage model was analysed. Among others, the possibility of marriage between adult men and girls before puberty was discussed.

Two seminars which were held in October and November 2008 gathered around thirty participants, including an undercover journalist who asked for a preliminary investigation against E.S. As a result of the proceedings, on 18 January 2011 the Vienna Regional Court convicted E.S. of disparaging religious doctrines under Article 188 of the Criminal Code and ordered her to pay 480 euros in total (a fine and cost of the proceedings). As one of the most incriminating statements of E.S., the Regional Court found i.a. the following:

---

\* Artykuł oryginalnie w języku angielskim

\*\* Prof., PhD hab., Head of the Department of Human Rights, Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń; e-mail: bogro@law.umk.pl; ORCID: 0000-0001-9709-7686

<sup>1</sup> In fact, the applicant, having a diplomat family background, spent some years of her life in Arabic countries. Then, she started her professional studies on the Quran.

<sup>2</sup> All facts invoked in the present paper are published in the ECtHR judgment of 25 October 2018 in case of *E.S. v. Austria*, application no. 38450/12. In the Polish press the above case was presented by D. Bychawska-Siniarska, *Uczucia religijne nie zawsze ponad swobodą wypowiedzi*, *Dziennik Gazeta Prawna* No. 215(4965), 6 November 2018, p. E2.

“One of the biggest problems we are facing today is that Muhammad is seen as the ideal man, the perfect human, the perfect Muslim. (...) This does not happen according to our social standards and laws. Because he was a warlord, he had many women, to put it like this, and liked to do it with children. (...) A 56-year-old and a six-year-old? What do you call that? Give me an example? What do you call it, if it is not paedophilia?”

According to the Regional Court the above statements together with other opinions conveyed “the message that Muhammad had paedophilic tendencies”. Furthermore, the Regional Court considered that “the statements were not statements of fact, but derogatory value judgments which exceeded the permissible limits”. And still continuing, the Austrian Court stated that “the child marriages were not the same as paedophilia, and were not only a phenomenon of Islam, but also used to be widespread among the European ruling dynasties”<sup>3</sup> (Sic!).

The E.S.’s case was unsuccessfully referred to all the domestic judicial levels. The main argument of the applicant was that of participation in the important public debate in a democratic society, connected with historical and present facts. Finally, the domestic courts stressed that in the present case the nature of such debate was to be rejected as unconvincing and unpersuasive. Finally, on 6 June 2012, E.S. lodged her application with the European Court of Human Rights (ECtHR) claiming violation of her right to freedom of expression under Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR). These proceedings ended on 25 October 2018 with the unanimous judgment of the seven-judge Chamber in which a non-violation of Article 10 ECHR was found.

In their argumentation the judges of the ECtHR referred to its previous case law, mainly on the margin of appreciation doctrine. They stressed that they had already decided that the scope of this margin in cases like that, i.e. concerning a matter with a possibility to offend personal convictions within the sphere of morals or religion, broadened respectively.<sup>4</sup> The basic reason of this interpretation is “the absence of a uniform European conception of the requirements of the protection of the rights of others in relation to attacks on their religious convictions”<sup>5</sup>.

Another point of the ECtHR reasoning, which seems worth recalling, is a traditional division of statements into those of facts and values. In the case of E.S. the latter category of statements was at stake. In this regard the ECtHR reminded that a value judgment “is not susceptible of proof (...) a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself (...). However, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive”<sup>6</sup>.

Consequently, the Strasbourg judges accepted the opinion of domestic courts that the applicant’s statements were value judgments without sufficient factual basis. Moreover, the ECtHR reminded that the statements which are based on “manifestly”

---

<sup>3</sup> See *E.S. v. Austria*, § 14–15.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 44.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 48.

untrue facts do not enjoy the protection of Article 10 of the ECHR.<sup>7</sup> Moreover, the ECtHR judges concluded that the impugned statements of the applicant “were not phrased in a neutral manner aimed at being an objective contribution to a public debate concerning child marriages (...) as going beyond the permissible limits (...) classifying them as an abusive attack on the Prophet of Islam, which was capable of stirring up prejudice and putting at risk religious peace”<sup>8</sup>.

At last, the ECtHR reminded that the impugned interference of the state authorities into individual freedom of expression should have been considered not only “in the light of the content of the statements at issue, but also the context in which they were made”<sup>9</sup>. It was obvious for the European judges that the case of E.S. was of “a particularly sensitive nature, and that the (potential) effects of the impugned statements, to a certain degree, depend on the situation in the respective country”<sup>10</sup> (emphasis added). Accordingly, the problem at issue in the present case was the preservation of religious peace in the Austrian society.

Additionally, in the opinion of the ECtHR, the sanction ordered was rather moderate, thus in the light of the circumstances of the case (especially the applicant’s repeated infringement as an aggravating factor) it could not be considered disproportionate.

## COMMENTARY

First of all, the presented judgment concerning the freedom of expression in the religious context is not the first under the ECtHR’s review. As early as in 1994 the ECtHR stated that:

“Those who choose to exercise the freedom to manifest their religion, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, cannot reasonably expect to be exempt from all criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith. However, the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders.”<sup>11</sup>

For sure, one can argue that there are “different times and different social context”. I do not insist, like some other representatives of the human rights doctrine do,<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Reference to *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, judgment of Grand Chamber of 27 June 2017, application no. 17224/11, § 117.

<sup>8</sup> *E.S. v. Austria*, § 57.

<sup>9</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 50. Actually, the reference to the particularity of the social situation in a state appeared in the Strasbourg case law earlier, see e.g. case of *Leila Şahin v. Turkey*, judgment of 29 June 2004, application no. 44774/98, § 107–109; judgment of Grand Chamber of 10 November 2005, § 115.

<sup>11</sup> Case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, application no. 13470/87, § 47.

<sup>12</sup> See more in S. Smet, *E.S. v. Austria: Freedom of Expression versus Religious Feelings, the Sequel*, Strasbourg Observers, 7 November 2018.

that there is no human right not to be offended in one's religious beliefs. I am simply of the opinion that every religious belief should be protected on a non-discrimination basis which takes into account the "fair balance" test. Furthermore, I also agree that a special attention should be given to the beliefs of minorities' groups.<sup>13</sup>

Nonetheless, the above-presented judgment provokes some difficult questions and bears controversies, at least as far as I am concerned. Taking the problem seriously, these dilemmas could be covered by the principle of a true "neutrality" of the European judges, while facing the problems of extremely sensitive nature, whether political or religious ones. With full understanding of the gravity of my previous statement, I should present my views by referring to facts which provoked me to touch on such a controversial question.

Firstly, let us consider the courts' interpretation of the lack of a factual background for the value judgment presented by E.S. According to the available and rather reliable sources, there is a common knowledge concerning the details of Muhammad's family life. Nonetheless, some official Sunni Muslim sources admitted that 54 or 56-year-old Muhammad married Aisha when she was around the age of six or seven and consummated the marriage approximately four years later. He left her a childless widow at the age of eighteen.<sup>14</sup> It is also true that the problem of legality of marriages between adult men and prepubescent girls in the light of Quran is open to discussions.

Of course, maybe it is better for human rights lawyers to leave the discussion on the religious details to the professionals in the field (as for sure E.S. can be qualified as such), but some social phenomena, evidently influenced by religious factor, like e.g. forced marriages and child marriages, have already entered Europe and focused a strong attention of important European organs.<sup>15</sup> It would be really difficult to deny the solid factual basis of the sentences formulated in 2018 by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe that "Every day throughout the world, 39,000 young girls are married before reaching the age of majority. More than one third of them are younger than 15. (...) All countries in Europe are affected by these harmful practices, whether in the form of forced marriages concluded in Europe (...) These human rights violations (...) ruined lives, much wasted potential and serious health risks lie behind these figures. For young girls, marrying often

---

<sup>13</sup> Actually, according to statistical data, the "religious" picture of Europe is changing in a very dynamic way (e.g. in Austria the Muslim community rose from 4.22% in 2001 to over 6% in 2010).

<sup>14</sup> This can be found in commonly available sources: Sahih al-Bukhari, Vol. 7, Book 62, No. 63–65, 88; the same author Vol. 5, Book 58, No. 234, 236; Vol. 9, Book 87, No. 139–140; Sahih Muslim, Book 008, No. 3309–3311; Sunan Abu Dawud, No. 2116, Book 41, No. 4915; the same author, Book 13, No. 2380.

<sup>15</sup> See Resolutions of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Forced marriages and child marriages, RES 1468(2005), 5 October 2005; Forced marriage in Europe, RES 2233(2018), 28 June 2018. Actually, in both resolutions a similar attitude of the General Assembly of the UNO is invoked, according to which forced marriage can in no way be justified and declaring "certain customs, ancient laws and practices relating to marriage and the family to be inconsistent with the principles set forth in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights".

means (...) unprotected and forced sexual relations and unwanted pregnancies that endanger their health.”<sup>16</sup> (emphasis added).

Consequently, the Parliamentary Assembly called on Member States of the Council of Europe to start the fight against forced marriages in their national policies, including criminalising such practices. Is it not a solid proof that in the present-day European societies a serious debate on the topic at stake is needed and can be classified as a very important one?

Moreover, in Part III of its judgment the ECtHR enlisted, e.g. such international material like the Recommendation 1805(2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion and the Resolution of the European Parliament of 27 February 2014 on the situation of fundamental rights in the European Union (2012) (2013/2078(INI)). In both documents the decriminalisation of blasphemy is strongly recommended as an evident pattern of restriction of expression concerning religious or other beliefs.<sup>17</sup> Unfortunately, one could hardly find any further reference to the above-mentioned documents in the ECtHR judgment in the present case. Likewise, the arguments of the third-party intervener – the European Centre for Law and Justice<sup>18</sup> – which submitted the factual basis for the E.S.’s value judgments were not taken into account in the final decision of the European judges.

In the context of the above-cited available sources only, it could be difficult to accept that the applicant’s statements were totally ungrounded as to the facts. In the case of the domestic courts, it seems that in order to justify their own interpretation (or to be honest “extra-interpretation”), they chose and separated some parts of E.S.’s speech. Accordingly, in my opinion, the careful reading of the whole E.S.’s presentation (relying on the version published in the judgment and taking this as an original) can lead to the conclusion that it was rather the criticism – from the present European standards perspective – of a certain custom sanctioned by Islam, important for a discussion in European democratic society, and not a direct “attack” on the Prophet as such. Moreover, one cannot forget that the whole event took place in the course of a “heated” discussion, full of emotional moments. Interestingly enough, the ECtHR quoted the arguments of the applicant that “the impugned statements had been made in the context of an objective and lively discussion, where they could not be revoked anymore”, but – contrary to the previous case law – it found them unconvincing.<sup>19</sup>

Maybe the above attitude of the ECtHR should be viewed in the context of a tragic and painful “lecture” that Europe experienced after the publication in 2005 of the article entitled *Muhammeds ansigt* in the Danish journal “Jyllands-Posten”, which reprinted the Muslim cartoons by the French tabloid “Charlie Hebdo”<sup>20</sup>

<sup>16</sup> RES 2233(2018), paras. 1 and 2.

<sup>17</sup> *E.S. v. Austria*, § 26, 31.

<sup>18</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 53. See also a reference to judgment in the case of *Gündüz v. Turkey* of 4 December 2003, application no. 35071/97.

<sup>20</sup> For more see: N. Cox, *The Freedom to Publish ‘Irreligious’ Cartoons*, Human Rights Law Review No. 16, 2016, pp. 195–221; K. Lemmens, *‘Irreligious’ Cartoons and Freedom of Expression: A Critical Reassessment*, Human Rights Law Review No. 18, 2018, pp. 89–109.

Bearing this in mind, however, one could risk a thesis that the European judges (like most of the Europeans nowadays) are simply afraid of provoking potential aggression on the part of some orthodox Muslim communities. If so, I dare say, Europe will be in trouble as its main human rights protectors appear to weaken.<sup>21</sup>

Secondly, there is also an additional side of the story, namely this connected with the equal protection of symbols of worship of another great religion, i.e. the Roman Catholicism. The ECtHR has already had several occasions to deal with cases which were “touching on” symbols considered sacred by Roman Catholics. This was the case of the Cross,<sup>22</sup> then the assumption that the Bible covers the “seeds of anti-Semitism”<sup>23</sup> and, lastly, using in the purely commercial context, such prominent religious figures as Jesus and Mary<sup>24</sup>. Let us stress that in all of those cases the state’s intervention into the freedom of particular applicants’ expression was found to be a violation of Article 10 ECHR. Thus, in all those cases the ECtHR accepted the special and crucial position of freedom of expression in a modern democratic society as it was found in earlier case law.<sup>25</sup>

Surely, it would be difficult to defend the thesis that the gravity or burden of each of the case is comparable. Dedications could, however, be a significant contribution to *ius commune europaeum* if they are justified by special reasons and provided with well-grounded *rationes decidendi*.<sup>26</sup>

Nonetheless, at least the problem of accusation and punishing of a professional researcher and journalist (*per analogiam* to the E.S. case) expressing an opinion that “the fulfilment of the Old Covenant in the New, and the superiority of the latter (...) led to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation of Auschwitz took seed”<sup>27</sup> seems to be equally harmful to Catholics, even if this statement was published in the course of a historic and theological debate.<sup>28</sup>

Lastly, still another point is worth mentioning in the present paper which is connected with the test of proportionality of the state’s reaction in the cases under analysis, i.e. the level of severity of punishments. Both in *Giniewski* and *E.S.* cases the

<sup>21</sup> This can be easily expressed just by a question: Is Islamophobia knocking on Strasbourg’s door? Actually, several years ago I expressed some worries about a true neutrality of the ECtHR judges in cases of sensitive political content, see B. Gronowska, *The European Court of Human Rights and Potential Dangers for its Independence. Some Controversies*, [in:] J. Jaskiernia (ed.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, Warsaw 2014, pp. 693–702. This element of “fear behind the scene” was also invoked by G. Puppincq, *The ECtHR Holds Anti-Blasphemy Law*, <https://ecjl.org/free-speech/echr/blasphemy-crime-the-echr> (accessed on 8/12/2018).

<sup>22</sup> Case of *Lautsi v. Italy*, judgment of 3 November 2009, application no. 308114/08. The ECtHR changed its view and contested the Grand Chamber on 18 March 2011 in which it found non-violation of Article 10 ECHR.

<sup>23</sup> Case of *Giniewski v. France*, judgment of 31 January 2006, application no. 64016/00.

<sup>24</sup> Case of *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, judgment of 30 January 2018, application no. 69317/14.

<sup>25</sup> The most relevant in this regard was the reference to possibility of expressing the “information” or “ideas” that also can “offend, shock or disturb”, see e.g. the case of *Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, application no. 5493/72, § 49.

<sup>26</sup> Compare with A. Paulus, *International Adjudication*, [in:] S. Besson, J. Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, p. 220.

<sup>27</sup> *Giniewski v. France*, § 14, p. 3.

<sup>28</sup> *Ibid.* § 51.

ECtHR faced quite similar situations but reached totally different final conclusions, the second of which was evidently to the detriment of E.S. It would be hard to find any additional arguments in the ECtHR reasoning included in the judgment.

Surely, I am able to express my apology and empathy to those who has felt hurt and abused by the whole situation caused by E.S.'s presentations.<sup>29</sup> Nonetheless, the European human rights justice system should be strong enough to eliminate any possible doubts concerning its impartiality and independence. Therefore, alike cases should be provided with alike justification. Otherwise, a very detrimental impression can be created that this system cannot defend itself against any sort of "blackmailing", depending on the pressure of extra-legal factors. Thus, it makes me wonder whether the strong foundations upon which the ECtHR was built are similarly strong in our present social realities.

## BIBLIOGRAPHY

- Bychawska-Siniarska D., *Uczucia religijne nie zawsze ponad swobodą wypowiedzi*, Dziennik Gazeta Prawna No. 215(4965), 6 November 2018.
- Cox N., *The Freedom to Publish 'Irreligious' Cartoons*, Human Rights Law Review No. 16, 2016.
- Gronowska B., *The European Court of Human Rights and Potential Dangers for its Independence. Some Controversies*, [in:] J. Jaskiernia (ed.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, Warsaw 2014.
- Harpaz G., *The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, Common Market Law Review issue 105, 2018.
- Lemmens K., *'Irreligious' Cartoons and Freedom of Expression: A Critical Reassessment*, Human Rights Law Review No. 18, 2018.
- Paulus A., *International Adjudication*, [in:] S. Besson, J. Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010.
- Puppinc G., *The ECtHR Holds Anti-Blasphemy Law*, <https://ecjl.org/free-speech/echr/blasphemy-crime-the-echr>.
- Smet S., *E.S. v. Austria: Freedom of Expression versus Religious Feelings, the Sequel*, Strasbourg Observers, 7 November 2018.

### Other sources

- Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Forced marriages and child marriages, RES 1468(2005), 5 October 2005.
- Recommendation 1805(2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion.
- Resolution of the European Parliament of 27 February 2014 on the situation of fundamental rights in the European Union (2012) (2013/2078(INI)).
- Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Forced marriage in Europe, RES 2233(2018), 28 June 2018.

---

<sup>29</sup> The case met with an immediate reaction of other writers who deal with the problem, still with other arguments, connected with the classic case of *Otto-Preminger-Institute v. Austria*, see e.g. S. Smet, *E.S. v. Austria...*; G. Puppinc, *The ECtHR...*

**ECtHR case law**

*Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, application no. 5493/72.

*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, application no. 13470/87.

*Gündüz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003, application no. 35071/97.

*Leila Şahin v. Turkey*, judgment of 29 June 2004, application no. 44774/98; judgment of Grand Chamber of 10 November 2005.

*Giniewski v. France*, judgment of 31 January 2006, application no. 64016/00.

*Lautsi v. Italy*, judgment of 3 November 2009, application no. 308114/08; judgment of Grand Chamber of 18 March 2011.

*Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, judgment of Grand Chamber of 27 June 2017, application no. 17224/11.

*Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, judgment of 30 January 2018, application no. 69317/14.

*E.S. v. Austria*, judgment of 25 October 2018, application no. 38450/12.

GLOSS ON THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS OF 25 OCTOBER 2018 IN CASE *E.S. V. AUSTRIA*,  
APPL. NO. 38450/12

**Summary**

The gloss deals with the judgment issued by the ECtHR on 25 October 2018 concerning freedom of expression as provided for in Article 10 ECHR. In the case of *E.S. v. Austria* the ECtHR agreed with domestic courts that the applicant's statements concerning the marriage life style of Muhammad were "inciting hatred or religious intolerance" read in the light of Article 188 of the Austrian Criminal Code. During the public debate, the applicant made a reference to "paedophilia", while talking about 56-year-old Muhammad having sexual intercourse with his 9-year-old wife Aisha. The main thesis of the author of this gloss is contrary to the ECtHR judges' viewpoint, especially in the context of the facts of the case and the previous Strasbourg case law. Going further, the author presents her fears that the visible and ongoing Islamisation of Europe starts to have its potential impact on the judicial authorities and their attitudes in cases connected with some sensitive issues of Islam. The author's opinion concerns both the domestic and regional courts' attitudes.

Keywords: freedom of expression, margin of appreciation, religious tolerance, paedophilia, Muhammad

GŁOSA DO WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA  
Z DNIA 25 PAŹDZIERNIKA 2018 R. W SPRAWIE *E.S. PRZECIWKO AUSTRII*,  
SKARGA NR 38450/12

**Streszczenie**

Głosa dotyczy wyroku wydanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) w dniu 25 października 2018 r., dotyczącego swobody wypowiedzi w rozumieniu art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W sprawie *E.S. przeciwko Austrii* ETPCz zaakceptował stanowisko



sądów krajowych, które uznały stwierdzenia powódki dotyczące stylu życia małżeńskiego Mahometa jako „wzniecające nienawiść lub nietolerancję religijną” w rozumieniu art. 188 austriackiego kodeksu karnego. W trakcie debaty publicznej powódka nawiązała do „pedofilii”, rozważając fakt seksualnego współżycia 56-letniego Mahometa z jego 9-letnią żoną Aiszą. Główna teza autorki niniejszej glosy jest odmienna, szczególnie w kontekście okoliczności analizowanej sprawy oraz w świetle dotychczasowej strasburskiej linii orzeczniczej. W dalszej kolejności, autorka wyraża swoje obawy o to, że widoczna i postępująca islamizacja Europy zaczyna wywierać potencjalny wpływ na władze sądowe i ich postawy w sprawach dotyczących szczególnie drażliwych zagadnień Islamu. W opinii autorki zjawisko to dotyczy postaw zarówno sądów krajowych, jak i regionalnych.

Słowa kluczowe: swoboda wypowiedzi, margines swobody oceny, tolerancja religijna, pedofilia, Mahomet

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS DE 25 DE OCTUBRE DE 2018 EN LA CAUSA  
*E.S. CONTRA AUSTRIA*, CASO NÚM. 38450/12

Resumen

El comentario se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 15 de octubre de 2018 relativo a la libertad de expresión conforme con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En el caso *E.S. contra Austria*, el TEDH aceptó la posición de tribunales nacionales que consideraron que afirmaciones de la demandante relativos al estilo de la vida matrimonial de Mahomet “suscitaron odio o intolerancia religiosa” de acuerdo con art. 188 del código penal austriaco. Durante el debate público la demandante hizo referencia a “pedofilia” refiriéndose a las relaciones sexuales de Mahomet (56 años) con su mujer Aisha (9 años). La principal tesis de la autora es diferente, en particular en el contexto de circunstancias del caso analizado y a la luz de la línea jurisprudencial de Estrasburgo. La autora demuestra su preocupación que la manifiesta y progresiva islamización de Europa empieza a tener influencia potencial a las autoridades judiciales y a su postura en casos que versan sobre cuestiones particularmente delicadas de islam. A juicio de autora, este fenómeno afecta tanto a los tribunales nacionales como a los regionales.

Palabras claves: libertad de expresión, margen de juicio libre, tolerancia religiosa, pedofilia, Mahomet

ГЛОССА К ПОСТАНОВЛЕНИЮ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА  
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ОТ 25 ОКТЯБРЯ 2018 ГОДА  
ПО ДЕЛУ *Е.С. В ОТНОШЕНИИ АВСТРИИ*, ЖАЛОБА № 38450/12

Резюме

Глосса касается постановления, принятого в Европейском суде по правам человека от 25 октября 2018 года, в отношении свободы высказывания в толковании ст. 10 Европейской конвенции о правах человека. По делу *Е.С. в отношении Австрии* ЕСПЧ принял позицию национальных судов, которые признали утверждения истицы, касающиеся стиля семейных отношений Мухаммеда, как «разжигание ненависти или религиозной нетерпимости» в понимании ст. 188 Уголовного кодекса Австрии. Во время публичных дебатов истица упоминала о факте «педофилии», ссылаясь на сексуальную связь 56-летнего Мухаммеда с его 9-летней женой Аишей. Основной тезис автора настоящей глоссы имеет отличительный характер, в особенности в контексте обстоятельств рассматриваемого дела и в свете нынешней страсбургской прецедентной судебной практики. Далее автор выражает опасения, что заметная и прогрессирующая исламизация Европы начинает оказывать потенциальное воздействие на судебные органы и их отношение к вопросам, касающимся наиболее чувствительных вопросов ислама. По мнению автора, это явление касается позиций как национальных, так и региональных судов.

Ключевые слова: свобода высказывания, предел свободы оценки, религиозная терпимость, педофилия, Мухаммед

GLOSSE ZUM URTEIL DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES  
FÜR MENSCHENRECHTE VOM 25. OKTOBER 2018  
IN ZIVILSACHE *E.S. GEGEN ÖSTERREICH*, KLAGE NR. 38450/12

Zusammenfassung

Die Glosse betrifft das am 25. Oktober 2018 seitens des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGM) veröffentlichten Urteils betreffend der Aussagefreiheit in Anbetracht des Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte (EKSM). In Zivilsache *E.S. gegen Österreich* hat der EGM die Meinungen der Landesgerichte akzeptiert und anerkannt, welche die Feststellungen der Klägerin bezüglich des Ehelebensstils von Mahomet als „Hass- und Religionsintoleranz entfachendes“ im Sinne von Art. 188 des österreichischen Strafgesetzbuches. Im Verlauf einer öffentlichen Debatte nahm die Klägerin Bezug auf „Pädophilie“, die Tatsache des Geschlechtsverkehrs vom 56-jährigen Mahomet mit seiner 9-jährigen Frau Aisha erwogen zu haben. Die Hauptthese der Autorin dieser vorliegenden Glosse ist unterschiedlich, besonders im Zusammenhang der Gegenstände der erkundeten Zivilsache und angesichts der bisherigen Straßburger Rechtsprechungsgrundlinie. Im Nachhinein äußert die Autorin ihre Befürchtungen, dass die sichtbare und fortschreitende Islamisierung Europas potenziellen Einfluss auf die Gerichtsgewalt und deren Standpunkt in Sachen besonders empfindlicher Islamangelegenheiten einzuprägen gewinnt. Nach Meinung der Autorin betrifft dieses Phänomen sowohl Landes-, als auch Amtsgerichte.

Schlüsselwörter: Aussagefreiheit, Aussagefreiheitsspanne, Religionstoleranz, Pädophilie, Mahomet

GLOSE À L'ARRÊT DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
DU 25 OCTOBRE 2018 DANS L'AFFAIRE *E.S. C. AUTRICHE*,  
PLAINTÉ N° 38450/12

Résumé

La glose concerne l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) le 25 octobre 2018, concernant la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cas de *E.S. contre l'Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme a accepté la position des tribunaux nationaux qui ont considéré les affirmations de la demanderesse concernant le style de mariage de Mohammed comme «incitant à la haine ou à l'intolérance religieuse» au sens de l'article 188 du code pénal autrichien. Au cours du débat public, la demanderesse s'est référé à «la pédophilie», en considérant le fait de la coexistence sexuelle de Mohammed, âgé de 56 ans, avec son épouse Aisha, âgée de 9 ans. La thèse principale de l'auteur de cette glose est différente, notamment dans le contexte des circonstances de l'affaire analysée et à la lumière de la jurisprudence actuelle de Strasbourg. Ensuite, l'auteur exprime ses craintes que l'islamisation visible et progressive de l'Europe commence à exercer une influence potentielle sur les autorités judiciaires et leur attitude dans les affaires concernant des questions particulièrement sensibles de l'islam. L'auteur est d'avis que ce phénomène concerne les attitudes des tribunaux nationaux et régionaux.

Mots-clés: liberté d'expression, marge de liberté d'évaluation, tolérance religieuse, pédophilie, Mohammed

GLOSSA ALLA SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI  
DELL'UOMO DEL 25 OTTOBRE 2018 NELLA CAUSA *E.S. CONTRO AUSTRIA*,  
RICORSO N. 38450/12

Sintesi

La glossa riguarda la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) del 25 ottobre 2018 sulla libertà di espressione ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella sentenza *E.S. contro Austria*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accettato la posizione dei tribunali nazionali, i quali hanno riconosciuto che le dichiarazioni della ricorrente relative allo stile di vita coniugale di Maometto che "incita all'odio religioso o all'intolleranza" ai sensi dell'articolo 188 del codice penale austriaco. Durante il dibattito pubblico, la ricorrente ha fatto riferimento alla "pedofilia" quando si considera il rapporto sessuale di Maometto di 56 anni con sua moglie Aisha di 9 anni. La tesi principale dell'Autrice di questa glossa è diversa, soprattutto nel contesto delle circostanze del caso di specie e alla luce dell'attuale linea giurisprudenziale di Strasburgo. Di seguito, l'Autrice esprime la sua preoccupazione per il fatto che l'islamizzazione visibile e progressiva dell'Europa comincia ad avere un impatto potenziale sulle autorità giudiziarie e sui loro atteggiamenti in questioni riguardanti argomenti particolarmente delicati dell'Islam. Secondo l'Autrice, questo fenomeno riguarda sia gli atteggiamenti dei tribunali nazionali che regionali.

Parole chiave: libertà di espressione, margine di discrezionalità, tolleranza religiosa, pedofilia, Maometto

**Cytuj jako:**

Gronowska B., *Gloss on the judgment of the European Court of Human Rights of 25 October 2018 in case E.S. v. Austria, appl. no. 38450/12* [Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 października 2018 r. w sprawie E.S. przeciwko Austrii, skarga nr 38450/12], „Ius Novum” 2019 (Vol. 13) nr 2, s. 297–308. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.27/b.gronowska

**Cite as:**

Gronowska, B. (2019) ‘Gloss on the judgment of the European Court of Human Rights of 25 October 2018 in case *E.S. v. Austria*, appl. no. 38450/12’. *Ius Novum* (Vol. 13) 2, 297–308. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.2.2019.27/b.gronowska

## NOTY O AUTORACH

---

- Mieczysław Błoński dr, adiunkt na Wydziale Ekonomii i Zarządzania Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Zbigniew Kwiatkowski prof. dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Karnego Procesowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego
- Mirosława Melezini prof. dr hab., Katedra Prawa i Administracji na Wydziale Nauk Społecznych i Humanistycznych Państwowej Wyższej Szkoły Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży
- Marek Mozgawa prof. dr hab., Katedra Prawa Karnego i Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Andrzej Wrzyszczy dr hab., prof. UMCS, Katedra Historii Państwa i Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
- Jerzy Lachowski dr hab., prof. UMK, Katedra Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Anna Golonka dr. hab., prof. UR, Zakład Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego
- Jacek Sobczak prof. dr hab., Kierownik Katedry Prawa Ochrony Własności Intelektualnej na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie
- Robert Gwiazdowski prof. nadzw. dr hab., Katedra Prawa Rzymskiego, Logiki oraz Teorii i Historii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie

- Przemysław Szustakiewicz prof. nadzw., dr hab., Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Karol Bielski dr, adiunkt w Katedrze Prawa Administracyjnego i Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Zbigniew Czarnik prof. nadzw. dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji w Katedrze Prawa Publicznego WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej
- Tomasz Braun dr, prorektor ds. współpracy międzynarodowej Uczelni Łazarskiego w Warszawie, radca prawny i wieloletni członek zarządu, szef pionów prawnych globalnych korporacji finansowych oraz partner międzynarodowych kancelarii prawnych
- Robert Krzysztof Tabaszewski dr, asystent w Katedrze Praw Człowieka na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, adwokat
- Michał Skwarzyński dr, adiunkt w Katedrze Praw Człowieka na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II
- Bożena Gronowska prof. dr hab., Kierownik Katedry Praw Człowieka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

## NOTES ON THE AUTHORS

---

- Mieczysław Błoński PhD, Assistant Professor, Department of Management and Marketing, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
- Zbigniew Kwiatkowski Prof., PhD hab., Head of the Chair of Criminal Procedure Law, Faculty of Law and Administration of the University of Opole
- Mirosława Melezini Prof., PhD hab., Department of Law and Administration, Faculty of Social Sciences and Humanities of Łomża State University of Applied Sciences
- Marek Mozgawa Prof., PhD hab., Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Administration of Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
- Andrzej Wrzyszczyk PhD hab., UMCS Associate Professor, Department of History and Theory of State and Law, Faculty of Law and Administration of Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
- Jerzy Lachowski PhD hab., NCU Associate Professor, Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Anna Golonka PhD hab., UR Associate Professor, Criminal Law Department, Faculty of Law and Administration of the University of Rzeszów
- Jacek Sobczak Prof., PhD hab., Head of the Department of Intellectual Property Protection Law, Faculty of Law of the SWPS University of Social Sciences and Humanities in Warsaw

- Robert Gwiazdowski PhD hab., Associate Professor, Department of Roman Law, Logic and Theory and History of Law, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
- Przemysław Szustakiewicz PhD hab., Associate Professor, Head of the Department of Administrative Law and Labour Law, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
- Karol Bielski PhD, Assistant Professor, Department of Administrative Law and Labour Law, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
- Zbigniew Czarnik PhD hab., Associate Professor, Head of the Chair of Administrative Law and Administrative Science, Department of Public Law of the WSPiA University of Rzeszów
- Tomasz Braun PhD, Deputy Rector for International Cooperation of Lazarski University in Warsaw, attorney-at-law and long-standing member of the management board, head of legal divisions of global financial corporations, partner of multinational legal firms
- Robert Krzysztof Tabaszewski PhD, Assistant Lecturer at the Department of Human Rights, Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin, attorney-at-law (advocate)
- Michał Skwarzyński PhD, Assistant Professor at the Department of Human Rights, Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin
- Bożena Gronowska Prof., PhD hab., Head of the Department of Human Rights, Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń



## INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.
2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)
3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywa), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).
4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.
5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.
6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.
7. Szczegółowe wskazówki dla autorów opublikowane są na stronie internetowej Oficyny Wydawniczej Uczelni Łazarskiego, pod adresem <http://www.lazarski.pl/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/dla-autorow/>. Autorów artykułów obowiązuje składanie bibliografii.
8. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faksu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

ZASADY RECENZOWANIA OPRACOWAŃ  
PRZEZNACZONYCH DO PUBLIKACJI W „IUS NOVUM”

1. Wstępnej kwalifikacji artykułów do recenzji dokonują redaktorzy tematyczni.
2. Decyzje o skierowaniu opracowania do recenzji podejmuje redaktor naczelny, po sprawdzeniu warunków formalnych opracowania, tj. wskazania przez autora jednostki reprezentowanej (afiliacji) i danych koniecznych do korespondencji (adres do doręczeń, adres e-mailowy oraz numer telefonu), załączenia oświadczeń wszystkich współautorów o ich wkładzie do opracowania, załączenia streszczenia w języku polskim oraz słów kluczowych.
3. W recenzji uwzględnia się rodzaj opracowania (oryginalne, doświadczalne, przeglądowe, kazuistyczne, metodyczne), poziom naukowy, czy praca odpowiada tematowi określone w tytule, czy spełnia wymogi pracy naukowej, czy zawiera istotne elementy nowości, prawidłowość terminologiczną, rzetelność wyników i wniosków, układ pracy, objętość, przydatność poznawczą, język oraz wnioski co do przyjęcia bez zmian lub po poprawach albo odrzucenia. Recenzja sporządzana jest w formie karty recenzenta.
4. Recenzje opracowują recenzenci stały oraz powoływani *ad hoc*. Są to osoby posiadające znaczny dorobek naukowy w danej dyscyplinie naukowej. Lista recenzentów stałych jest publikowana na stronie internetowej, a w każdym numerze publikowany jest wykaz recenzentów, którzy recenzowali zamieszczone w nim artykuły i glosy.
5. Recenzje opracowuje dwóch niezależnych recenzentów.
6. Recenzenci nie są afiliowani przy tej samej placówce, z której pochodzą autorzy.
7. Recenzenci i autorzy nie znają swoich tożsamości.
8. Recenzenci do publikacji recenzowanego tekstu nie ujawniają informacji o jego recenzowaniu.
9. Recenzja jest sporządzana na piśmie według wzoru (karta recenzenta) i zawiera stwierdzenie o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu artykułu do publikacji.
10. Recenzent przekazuje redakcji recenzję w postaci elektronicznej oraz w formie papierowej z odręcznym podpisem. Jest ona przechowywana w redakcji przez 2 lata.
11. Uwagi recenzenta są przekazywane autorowi recenzowanego tekstu, który ma obowiązek ustosunkować się do nich. Recenzent dokonuje powtórnej weryfikacji poprawionego tekstu.
12. W razie negatywnej oceny przez recenzenta poprawionego tekstu, decyzje o publikacji tekstu podejmuje redaktor naczelny po konsultacji z redaktorem tematycznym.

## DODATKOWE INFORMACJE

Redakcja uprzejmie informuje, że czasopismo „Ius Novum”:

- zostało zamieszczone w części B. wykazu czasopism naukowych Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, pod pozycją 1136, a za publikację na jego łamach przyznano **11 punktów**.

Dalsze informacje w tym zakresie: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>;

- poddane zostało procesowi ewaluacji ICI Journals Master List 2016, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **58,16 pkt.**

Dalsze informacje w tym zakresie: <https://journals.indexcopernicus.com>.

## ADDITIONAL INFORMATION

The Editorial Board informs that the *Ius Novum* quarterly:

- has been listed in section B of the register of scientific journals kept by the Ministry of Science and Higher Education, under entry 1136, with **11 points** awarded for a publication in the quarterly.

Further particulars in this respect are available at: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>;

- underwent the ICI Journals Master List 2016 evaluation process, as a result of which the periodical was awarded an ICV (*Index Copernicus Value*) of **58.16 points**.

Further information on this topic can be found at: <https://journals.indexcopernicus.com>.

LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW / REGULAR REVIEWERS

1. Dr hab. Zbigniew Czarnik, WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa w Rzeszowie
2. Prof. dr hab. Katarzyna Dudka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
3. Dr hab. Jolanta Jakubowska-Hara, Zakład Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
4. Prof. dr hab. Jerzy Jaskiernia, Wydział Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach
5. Dr hab. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, Wydział Prawa i Administracji WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie
6. Dr Dariusz Kala, Instytut Prawa i Administracji, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy
7. Dr hab. Tomasz Kalisz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego,
8. Dr hab. Czesław Kłak, Instytut Prawa i Administracji, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy
9. Prof. dr hab. Violetta Konarska-Wrzosek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
10. Prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego
11. Dr hab. Jerzy Lachowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
12. Dr Maria Jeż-Ludwichowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
13. Dr hab. Aneta Łazarska, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
14. Dr Eliza Maniewska, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski
15. Prof. dr hab. Mirosława Melezini, Wydział Nauk Społecznych i Humanistycznych, Państwowa Wyższa Szkoła Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży
16. Prof. dr hab. Marek Mozgawa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
17. Prof. dr hab. Hanna Paluszkiewicz, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego
18. Dr hab. Mateusz Pilich, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
19. Dr hab. Piotr Rączka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
20. Dr hab. Maciej Rogalski, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
21. Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego
22. Dr hab. Andrzej Sakowicz, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku
23. Prof. dr hab. Jacek Sobczak, Wydział Prawa Uniwersytetu SWPS w Warszawie

24. Dr hab. Sławomir Steinborn, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
25. Prof. dr hab. Krzysztof Ślebzak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
26. Dr hab. Marek Świerczyński, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
27. Dr Marta Roma Tużnik, Wydział Nauk Społecznych i Administracji Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie
28. Dr hab. Monika Wałachowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
29. Dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, Wydział Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego im. Jana Pawła II
30. Dr hab. Sławomir Żółtek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

## RECENZENCI ZAGRANICZNI / FOREIGN REVIEWERS

1. Prof. Regina Hučková, Faculty of Law of Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Slovakia
2. Prof. Maciej Małolepszy, PhD hab., Faculty of Law of the European University Viadrina Frankfurt (Oder), Germany
3. Prof. Rodrigo Ochoa Figueroa, attorney, Department of Administrative Law of the Michoacan University of Saint Nicholas of Hidalgo, Mexico
4. Prof. Alembert Vera Rivera, Catholic University of Santiago de Guayaquil, Ecuador; attorney of the President of the Republic of Ecuador
5. Katarzyna Krzysztyniak, PhD, attorney, Czech Republic
6. Miguel Bustos Rubio, PhD, Faculty of Law of the University of Salamanca, Spain

ZASADY ETYCZNE  
OBOWIĄZUJĄCE W ODNIESIENIU DO PUBLIKACJI ZAMIESZCZANYCH  
W „IUS NOVUM”

Redakcja „Ius Novum” dba o utrzymanie wysokich standardów etycznych czasopisma. Artykuły przekazane do publikacji w „Ius Novum” są oceniane pod kątem rzetelności, spełniania standardów etycznych oraz wkładu w rozwój nauki.

Poniższe zasady zostały oparte na COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.

ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE REDAKCJI

**Decyzje o publikacji**

Redaktor naczelny stosuje się do aktualnego stanu prawnego w zakresie zniesławienia, naruszenia praw autorskich i plagiatu oraz ponosi odpowiedzialność za decyzje, które ze złożonych w Redakcji artykułów powinny zostać opublikowane.

**Poufność**

Żadnemu członkowi zespołu redakcyjnego oraz recenzentom nie wolno ujawniać informacji na temat złożonej pracy komukolwiek, kto nie jest upoważniony procedurą wydawniczą do ich otrzymania.

**Ujawnienie i konflikt interesów**

Nieopublikowane artykuły bądź ich fragmenty nie mogą być wykorzystane w badaniach własnych członków zespołu redakcyjnego bądź recenzentów bez wyraźnej pisemnej zgody autora.

ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE AUTORÓW

**Autorstwo pracy**

Autorstwo powinno być ograniczone do osób, które znacząco przyczyniły się do pomysłu, projektu, wykonania lub interpretacji pracy. Jako współautorzy powinny być wymienione wszystkie osoby, które miały udział w powstaniu pracy.

**Ujawnienie i konflikt interesów**

Autor powinien ujawnić wszelkie źródła finansowania projektów w swojej pracy oraz wszelkie istotne konflikty interesów, które mogą wpłynąć na jej wyniki lub interpretację.

**Oryginalność i plagiat**

Autor przekazuje do redakcji wyłącznie oryginalną pracę. Powinien upewnić się, że nazwiska autorów cytowanych w pracy i/lub fragmenty prac cytowanych dzieł zostały w niej w prawidłowy sposób zacytowane lub wymienione.

### **Ghostwriting/guestauthorship**

Ghostwriting/guestauthorship są przejawem nierzetelności naukowej i wszelkie wykryte przypadki będą demaskowane. Autor/ka składa oświadczenie, którego celem jest zapobieganie praktykom ghostwriting/guestauthorship.

## ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE RECENZENTÓW

### **Poufność**

Wszystkie recenzowane prace są traktowane jak dokumenty poufne.

### **Anonimowość**

Wszystkie recenzje wykonywane są anonimowo, a Redakcja nie udostępni danych autorów recenzentom.

### **Standardy obiektywności**

Recenzje powinny być wykonane w sposób obiektywny i rzetelnie.

### **Ujawnienie i konflikt interesów**

Informacje poufne lub pomysły nasuwające się w wyniku recenzji muszą być utrzymane w tajemnicy i nie mogą być wykorzystywane do innych celów. Recenzenci nie mogą recenzować prac, w stosunku do których występuje konflikt interesów wynikający z relacji z autorem.

**Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego**  
oferuje następujące publikacje:

1. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
2. Maria Biegniewicz-Steyer, *O powstańczych dniach trochę inaczej*, Warszawa 2018.
3. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
4. Wojciech Bieńkowski, Adam K. Prokopowicz, Anna Dąbrowska, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership. The 21<sup>st</sup> Century Agreement*, Warsaw 2015.
5. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
6. Jacek Brdulak, Ewelina Florczak, *Uwarunkowania działalności przedsiębiorstw społecznych w Polsce*, Warszawa 2016.
7. Piotr Brzeziński, Zbigniew Czarnik, Zuzanna Łaganowska, Arwid Mednis, Stanisław Piątek, Maciej Rogalski, Marlena Wach, *Nowela listopadowa prawa telekomunikacyjnego*, Warszawa 2014.
8. Hans Ephraïmson-Abt, Anna Konert, *New Progress and Challenges in The Air Law*, Warszawa 2014.
9. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
12. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
13. Tomasz G. Grosse (red. nauk.), *Między polityką a rynkiem. Kryzys Unii Europejskiej w analizie ekonomistów i politologów*, praca zbiorowa, Warszawa 2013.
14. Jan Grzymiski, *Powrót do Europy – polski dyskurs. Wyznaczenie perspektywy krytycznej*, Warszawa 2016.
15. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
16. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
17. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
18. Marian Guzek, *Kapitalizm na krawędzi*, Warszawa 2014.
19. Marian Guzek, *Doktryny ustrojowe. Od liberalizmu do libertarianizmu*, Warszawa 2015.
20. Marian Guzek, *Przyszłość kapitalizmu – cesjonalizm?*, Warszawa 2016.
21. Marian Guzek, *Świat zachodu po nieudanym wejściu w erę postindustrialną*, Warszawa 2018.
22. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
23. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
24. Dominika E. Harasimiuk, Marcin Olszówka, Andrzej Zinkiewicz (red. nauk.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014.



25. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
26. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1/2007, 2–3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010, 4/2010, 1/2011, 2/2011, 3/2011, 4/2011, 1/2012, 2/2012, 3/2012, 4/2012, 1/2013, 2/2013, 3/2013, 4/2013, Numer specjalny 2014, 1/2014, 2/2014, 3/2014, 4/2014, 1/2015, 2/2015, 3/2015, 4/2015, 1/2016, 2/2016, 3/2016, 4/2016, 1/2017, 2/2017, 3/2017, 4/2017, 1/2018, 2/2018, 3/2018, 4/2018.
27. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
28. Sylwia Kaczyńska, Anna Konert, Katarzyna Łuczak, *Regulacje hiszpańskie na tle obowiązujących przepisów międzynarodowego i europejskiego prawa lotniczego*, Warszawa 2016.
29. Anna Konert (red.), *Aspekty prawne badania zdarzeń lotniczych w świetle Rozporządzenia 996/2010*, Warszawa 2013.
30. Anna Konert, *A European Vision for Air Passengers*, Warszawa 2014.
31. Anna Konert (red.), *Internacjonalizacja i europeizacja prawa lotniczego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Marka Żylicza*, Warszawa 2015.
32. Łukasz Konopielko, Michał Wołoszyn, Jacek Wytrębowski, *Handel elektroniczny. Ewolucja i perspektywy*, Warszawa 2016.
33. Dariusz A. Kosior, Marek Postuła, Marek Rosiak (red.), *Doustne leki przeciwkrzepliwe. Od badań klinicznych do praktyki*, Warszawa 2013.
34. Dariusz A. Kosior, Marek Rosiak, Marek Postuła (red.), *Doustne leki przeciwplytkowe w leczeniu chorób układu sercowo-naczyniowego. Okiem kardiologa i farmakologa*, Warszawa 2014.
35. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
36. Stanisław Koziej, *Rozmowy o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wywiadach i komentarzach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
37. Stanisław Koziej, *Rozważania o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wystąpieniach i referatach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
38. Stanisław Koziej, *Studia o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym i międzynarodowym w latach 2010–2015 w publikacjach i analizach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2017.
39. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
40. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
41. Rafał Krawczyk, *Zachód jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2016.
42. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
43. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
44. Michał Kuź, *Alexis de Tocqueville's Theory of Democracy and Revolutions*, Warsaw 2016.

2/2019

45. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
46. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
47. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
48. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
49. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
50. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. nac.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010, 3(30)2010, 4(31)2010, 1–2(32–33)2011, 3(34)2011, 4(35)2011, 1(36)2012, 2(37)2012, 3(38)2012, 4(39)2012, 1(40)2013, 2(41)2013, 3(42)2013, 4(43)2013, 1(44)2014, 2(45)2014, 3(46)2014, 4(47)2014, 1(48)2015, 2(49)2015, 3(50)2015, 4(51)2015, 1(52)2016, 2(53)2016, 3(54)2016, 4(55)2016, 1(56)2017, 2(57)2017, 3(58)2017, 4(59)2017, 1(60)2018, 2(61)2018, 3(62)2018, 4(63)2018.
51. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
52. Marcin Olszówka, *Konstytucja PRL a system źródeł prawa wyznaniowego do roku 1989*, Warszawa 2016.
53. Marcin Olszówka, *Wpływ Konstytucji RP z 1997 roku na system źródeł prawa wyznaniowego*, Warszawa 2016.
54. Bartłomiej Opaliński, *Rola Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w procesie stanowienia ustaw na tle praktyki ustrojowej Konstytucji III RP*, Warszawa 2014.
55. Bartłomiej Opaliński (red. nauk.), *Prawo administracyjne w ujęciu interdyscyplinarnym*, Warszawa 2014.
56. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski (red. nauk.), *Kontrola korespondencji. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2018.
57. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski, Przemysław Szustakiewicz, *Służby specjalne w systemie administracyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016.
58. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013.
59. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz (red. nauk.), *Funkcjonowanie służb mundurowych i żołnierzy zawodowych w polskim systemie prawnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2015.
60. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
61. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
62. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
63. Iryna Polets, *Merlin's Faces. From Medieval Literature to Film*, Warsaw 2018.
64. Maciej Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji*, Warszawa 2015.
65. Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2014.

66. Maciej Rogalski (red. nauk.), *Wymiar wolności w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018.
67. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
68. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
69. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golat, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
70. Jacek Szymanderski, *Schyłek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
71. Jacek Sierak, Kamila Lubańska, Paweł Wielądek, Marcin Sienicki, Tetiana Kononenko, Ryma Alsharabi, Malwina Kupka, Bartłomiej Rutkowski, Bogdan Olesiński, Remigiusz Górniak, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 1: Województwa Polski Północnej, Zachodniej i Południowej*, Warszawa 2016.
72. Jacek Sierak, Anna Karasek, Angelika Kucyk, Oleksandr Kornijenko, Marcin Sienicki, Anna Godlewska, Agnieszka Boczkowska, Albina Łubian, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 2: Województwa Polski Wschodniej i Centralnej*, Warszawa 2016.
73. Karol Sławik, *Zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego w Polsce. Aspekty prawno-kryminologiczne i medyczne*, Warszawa 2015.
74. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres (tłum. z jęz. łac.)*, Warszawa 2009.
75. Janusz Żarnowski, *Współczesne systemy polityczne. Zarys problematyki*, Warszawa 2012.

Oficyna Wydawnicza  
Uczelni Łazarskiego  
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43  
tel.: (22) 54 35 450  
fax: (22) 54 35 392  
e-mail: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)